

**Gießener Schriften
zum Strafrecht und zur Kriminologie**

51

Jacob Böhringer

Fahrlässige Mittäterschaft

Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und
Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten



Nomos

**Gießener Schriften
zum Strafrecht und zur Kriminologie**

mitbegründet von Prof. Dr. Günter Heine (†)

herausgegeben von

Prof. Dr. Britta Bannenberg
Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Walter Gropp
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Arthur Kreuzer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Gabriele Wolfslast

Band 51

Jacob Böhringer

Fahrlässige Mittäterschaft

Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und
Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Gießen, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4489-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8778-2 (ePDF)

Die Bände 1 – 13 sind erschienen in der Reihe „Nomos Universitätsschriften Recht“

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 am Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und Gesetzesstand wurden bis einschließlich September 2016 berücksichtigt. Für die Veröffentlichung wurde das Manuskript aktualisiert und im Zuge dessen konnten Literaturquellen aus dem Jahr 2017 noch vereinzelt aufgenommen werden.

Mein besonders herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Thomas Rotsch* für die Betreuung meines Promotionsvorhabens ebenso wie für die angenehmen und lehrreichen Jahre, die ich als Mitarbeiter seines Lehrstuhls verbringen durfte.

Herrn *Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Walter Groppe* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Den Herausgebern der Schriftenreihe „Gießener Schriften zum Strafrecht und zur Kriminologie“ danke ich für die Aufnahme der Arbeit.

Dankbar bin ich ebenso meinen Freunden, die mich während meiner Promotionszeit durch alle Höhen und Tiefen begleitet und unterstützt haben. Insbesondere gilt dabei mein Dank meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für die zahlreichen fachlichen und fachfremden Diskussionen und alle unvergesslichen Erlebnisse innerhalb und außerhalb der Professur. Stellvertretend seien Frau *Rebecca v. Atens* und Herr *Dr. Markus Wagner* genannt, die zudem durch ihre stete Diskussionsbereitschaft und konstruktive Kritik an meinen Ideen in unverzichtbarer Weise zu dieser Arbeit beigetragen haben.

Ganz besonderer Dank gilt schließlich meiner Familie und dabei insbesondere meinen Eltern, Frau *Dr. Claudia Madel-Böhringer* und Herrn *Rüdiger Böhringer*. Sie haben mich nicht nur zur Promotion ermutigt, sondern dabei auch in jeder erdenklichen Hinsicht stets und bedingungslos unterstützt. Ohne sie wäre dieses Buch nicht entstanden, ihnen ist es gewidmet.

Zu guter Letzt möchte ich mich bei der Konrad-Adenauer-Stiftung bedanken, die mich durch ein Promotionsstipendium bei der Entstehung dieser Arbeit vielfältig gefördert hat.

Augsburg, Oktober 2017

Jacob Böhringer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
A. Mögliche Zurechnungsdimension einer fahrlässigen Mittäterschaft	27
I. Kausalitätsprobleme aufgrund von Unkenntnis des Geschehensablaufes	28
1. Gegenstand der „Rolling Stones“-Entscheidung	28
a) Die Lösung des schweizerischen Bundesgerichts	29
b) Bewertung der Entscheidung innerhalb der Literatur	30
2. Ähnliche Sachverhalte in der deutschen Judikatur	31
a) BayObLG, Urt. v. 27.4.1990 – RReg. 2 St 392/89 („Kerzenfall“)	31
b) OLG Schleswig, Urt. v. 27.04.1981 – 1 Ss 756/80 („Streichholzfall“)	32
3. Lösung mithilfe der fahrlässigen Mittäterschaft	33
4. Lösungsmöglichkeiten unter Verzicht auf die fahrlässige Mittäterschaft	34
a) Die Unterlassungslösung	35
b) Vorverlagerung des Schuldvorwurfes	38
5. Zwischenfazit	41
II. Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme bei überbedingten Kausalverläufen	41
1. Die „Lederspray“-Entscheidung – BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106	42
a) Zum Sachverhalt	42
b) Problematik der Entscheidung	43
c) Die Lösung des 2. Senates	44
2. Die „Politbüro“-Entscheidung – BGH, Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01 = BGHSt 48, 77	47
3. Zwischenfazit	48
4. Überbedingte Erfolge bei unechten Unterlassungsdelikten	49

5.	Lösung auf Kausalität- und Zurechnungsebene	50
a)	Äquivalenztheorie und condicio sine qua non-Formel	51
aa)	Modifikationen der condicio sine qua non-Formel	51
bb)	Mangelnder Erkenntnisgewinn der condicio sine qua non-Formel	53
cc)	Lösung von Fällen überbedingter Kausalität	56
dd)	Übertragbarkeit auf die Unterlassungskausalität	58
ee)	Zwischenfazit	60
b)	Theorie von der notwendigen Mindestbedingung	61
aa)	Notwendige Mindestbedingung und überbedingte Erfolge	62
bb)	Überbedingte Erfolge bei Unterlassungsdelikten	63
cc)	Kritik	64
dd)	Zwischenfazit	66
c)	Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung	68
aa)	Bewältigung überbedingter Erfolge bei Begehungsdelikten	68
bb)	Überbedingte Erfolge bei unechten Unterlassungsdelikten	71
cc)	Zwischenfazit	72
d)	Die Risikoerhöhungslehre	73
6.	Überbedingte Kausalität und Mittäterschaft	76
a)	Bei vorsätzlichen Delikten	76
b)	Bei Fahrlässigkeitsdelikten	79
7.	Zusammenfassung	79
III.	Fahrlässige Mittäterschaft bei verschiedenartigen Sorgfaltspflichtverletzungen	80
1.	Probleme bei der Begründung von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei Arbeitsteilung	81
a)	Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang	82
b)	Vorhersehbarkeit	83
c)	Vertrauensgrundsatz	84
d)	Ergebnis	87
2.	Potential einer zurechnungsbegründenden fahrlässigen Mittäterschaft bei Sachverhalten mit Unternehmensbezug	88
a)	Erfolgszurechnung in Unternehmen: Die sog. „top down“-Zurechnung	89
b)	Mangelhafte Unternehmensorganisation als strafbares Unrecht: Das sog. „Organisationsverschulden“	90
c)	Die Möglichkeiten fahrlässiger Mittäterschaft zur Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Unternehmen	92

IV. Ergebnis	94
1. Fahrlässige Mittäterschaft zur Zurechnung bei Sachverhaltsunklarheiten	95
2. Fahrlässige Mittäterschaft zur Überwindung von Notwendigkeits- bzw. Vermeidbarkeitserwägungen	96
3. Fahrlässige Mittäterschaft bei verschiedenartigen Sorgfaltspflichtverletzungen	97
4. Fahrlässige Mittäterschaft bei Sachverhalten mit Unternehmensbezug	98
B. Konzeptionen der fahrlässigen Mittäterschaft	99
I. Otto	99
II. Roxin	100
1. Ursprüngliche Konzeption	101
a) Dogmatische Grundlagen	101
b) Praktische Relevanz	102
aa) Auseinandersetzung mit Exner	102
bb) Nach Roxins Definition	103
2. Neue Konzeption	104
a) Konstruktion	105
b) Praktische Notwendigkeit	106
III. Weißer	107
1. Die fahrlässiger Mittäterschaft nach Weißer	107
2. Zur kriminalpolitischen Notwendigkeit fahrlässiger Mittäterschaft	108
IV. Kamm	109
V. Knauer	110
1. Vereinbarkeit mit den Vorschriften des Allgemeinen Teils	110
2. Voraussetzungen	112
3. Anwendungsbereich	113
VI. Pfeiffer	113
VII. Dencker	114
1. Notwendigkeit der fahrlässigen Mittäterschaft	114
2. Fahrlässigkeitsdelikte und Gesamttat	115
VIII. Renzikowski	116
IX. Ergebnis	116

C.	Das Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung	118
I.	Allgemeines zum Täterbegriff	119
1.	Tatherrschaft als Teilaspekt der Täterlehre Roxins	121
a)	Unanwendbarkeit des Tatherrschaftskriteriums aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung	121
b)	Herrschaft über den Grund des Erfolgs nach Schönemann	125
c)	Tatherrschaft als (umfassendes) Täterkriterium	126
d)	Ergebnis	127
2.	Reichweite des restriktiven Täterbegriffs	128
a)	Die Ablehnung des extensiven Täterbegriffes	131
b)	Gemäßigt restriktiver Täterbegriff	132
c)	Formal-objektiver restriktiver Täterbegriff	134
d)	Teilweise gemäßigt restriktiver Täterbegriff	135
e)	Ergebnis	136
II.	Das Tatherrschaftskriterium	138
1.	Der Siegeszug der Tatherrschaftslehre	139
a)	Ablehnung der formal-objektiven und subjektiver Täterlehren	140
b)	Die „Zentralgestalt“ als Ausgangspunkt und Leitprinzip der Täterschaft nach Roxin	142
2.	Die Tatherrschaftslehre und die Täterschaftsregelung in § 25 StGB	143
3.	Das Tatherrschaftskriterium als „offener Begriff“	145
4.	Das Tatherrschaftskriterium und Tatbestandsverwirklichung	146
a)	Materieller Gehalt des Tatherrschaftskriteriums	147
aa)	Das Erfolgsdelikt als Herrschaftsdelikt	148
bb)	Tatherrschaft als Kriterium der Tatbestandsverwirklichung von Erfolgsdelikten	150
cc)	Herrschaftsdelikte im Vergleich zu eigenhändigen und Pflichtdelikten	151
dd)	Die Tatherrschaftslehre als Tatbestandshandlungslehre	154
ee)	Tatherrschaft als personalisierendes Zurechnungskriterium	155
ff)	Zur Notwendigkeit des Kausalkriteriums bei Erfolgsdelikten	156
gg)	Das Verhältnis von Tätigkeits- und Herrschaftsdelikten	159
hh)	Tatherrschaft bei Pflichtdelikten?	162

b)	Tatbegriff des Tatherrschaftskriteriums	165
aa)	Grundsätzliches zum Begriff der „Tat“	165
bb)	Tatbegriff in Roxins Täterlehre	166
cc)	Konsequenzen für den Tatbegriff i.S.d. Tatherrschaft	167
c)	Beherrschung der Tat	170
III.	Das Verhältnis von Tatherrschaft und objektiver Zurechnung	173
1.	Sinn und Zweck der objektiven Zurechnung	174
a)	Ausgangspunkt: Gleichwertigkeit aller Bedingungen nach der Äquivalenztheorie	174
b)	Die Formel der objektiven Zurechnung	175
c)	Kritik von Vertretern normtheoretischer Ansätze	176
d)	Zwischenergebnis	178
2.	Objektive Zurechnung und Teilnahme gem. §§ 26, 27 StGB	178
a)	Zusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg	179
b)	Missbilligte Gefahrschaffung durch Teilnehmer gem. §§ 26, 27 StGB?	180
aa)	Grundsatz	180
bb)	Rechtlichen Missbilligung des Gehilfenbeitrags: Die sog. ‚neutrale‘ Beihilfe	181
(1)	Die „neutrale Beihilfe“	182
(2)	Vertretene Ansichten	183
(a)	Lösung über objektive Zurechnung	184
(b)	Lösung auf Rechtswidrigkeitsebene	185
(c)	Die Lehre von der Sozialadäquanz	187
(d)	Die von Roxin begründete, differenzierende Ansicht	188
(e)	Keine Einschränkung der BeihilfStrafbarkeit	188
(3)	Stellungnahme	189
cc)	Zwischenergebnis	192
3.	Redundanz der Tatherrschaft für die Tatbestandsverwirklichung?	193
a)	Die Kritik von Marlie	193
b)	Konsequenzen für das Verhältnis von Tatherrschaft und objektiver Zurechnung	196
4.	Konsequenzen für die Lehre von der objektive Zurechnung: Wider den Vermeidbarkeitsgedanken	198
IV.	Abgrenzbarkeit der Tatherrschaftsformen voneinander?	199
V.	Schlussfolgerungen für die fahrlässige Mittäterschaft	202
VI.	Analyse und Schlussfolgerungen hinsichtlich der allgemeinen Täterlehre	204

D. Mittäterschaft als Zurechnungsfigur?	207
I. Bei Herrschaftsdelikten: Funktionelle Tatherrschaft	207
1. Voraussetzungen der Mittäterschaft	210
a) Der Tatbeitrag des Mittäters	211
aa) Erfolgskausalität des Tatbeitrages	211
(1) Die sog. „alternative Mittäterschaft“	212
(2) Die sog. „additive Mittäterschaft“	215
(3) Begründungen für einen Verzicht der Kausalität des Einzelbeitrages	218
(a) Teilnahme an der Gesamttat	218
(b) Lehre von der Kollektivperson	222
(c) Stellungnahme	224
(4) Kausalität des einzelnen Beitrages ist notwendig	225
(5) Zwischenfazit	228
bb) Der Tatbeitrag des Mittäters in Abgrenzung zur Beihilfe	229
(1) Notwendigkeit als Maßstab des mittäterschaftlichen Tatbeitrages: Die sog. „negative“ funktionelle Tatherrschaft	230
(2) Tatbestandsverwirklichung als Kennzeichen des mittäterschaftlichen Tatbeitrages: Die sog. „positive“ funktionelle Tatherrschaft	232
(3) Potentielle tatbestandsverwirklichende Relevanz des mittäterschaftlichen Beitrages: Potentielle Tatherrschaft?	233
(4) Zwischenfazit	235
b) Der gemeinsame Tatplan	235
aa) Der Tatentschluss als subjektives Element der Mittäterschaft	236
bb) Der Tatentschluss als zumindest auch objektives Element	243
cc) Entbehrlichkeit eines gemeinsamen Tatplanes?	245
dd) Zwischenfazit	248
2. Der Mittäter als Täter	249
a) Kollektivansätze	250
b) Kritik an den Kollektivansätzen	251
c) Die individualistischen Ansätze	255
3. Fazit	263

II.	Eigene Konzeption einer individualistisch begründeten Mittäterschaft	264
	1. Konstruktion	264
	2. Konsequenzen	266
III.	Mittäterschaft jenseits der Herrschaftsdelikte	268
	1. Mittäterschaft bei unechten Unterlassungsdelikten	268
	2. Konsequenzen	271
IV.	Ergebnis	271
V.	Zusammenfassung	272
E.	Mittäterschaft und Fahrlässigkeitsdelikte	274
I.	Anwendung des § 25 Abs. 2 StGB auf Fahrlässigkeitsdelikte	275
	1. Verstoß gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB?	275
	2. Kein Verstoß gegen den Wortlaut von § 25 Abs. 2 StGB	277
	3. Unerheblichkeit des Wortlauts von § 25 Abs. 2 StGB	278
	4. Ergebnis	279
II.	Täterbegriff der Fahrlässigkeitsdelikte	279
	1. Allgemeines zur Einheitstäterschaft	280
	2. Das praktizierte Tätermodell der Fahrlässigkeitsdelikte	283
	a) Täterschaft als Tatbestandsverwirklichung auch bei Fahrlässigkeitsdelikten	283
	b) Einige Bemerkungen zum Sorgfaltsmaßstab	286
	c) Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeitstäterschaft	287
	d) Zwischenfazit	290
	3. Einführung eines „restriktiven Täterbegriffs“ für Fahrlässigkeitsdelikte?	291
	a) Verantwortlichkeit für eine Rechtsgutsverletzung nach Otto	291
	b) Die Konzeption Hoyers	292
	c) Rückgriff auf das Autonomieprinzip nach Renzikowski	294
	d) Die Zuständigkeit für eine Risikoquelle bei Sanchez Lazaro	295
	4. Ergebnis	296
III.	Substitution der Kriterien vorsätzlicher Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten	297
	1. Kollektivbildung durch ein gemeinsames Handlungsprojekt?	298
	a) Ausreichende Konturierung des Handlungsprojekts?	298
	b) Inhalt des Handlungsprojekts	299
	c) Zwischenergebnis	300

Inhaltsverzeichnis

2. Vereinigung durch eine gemeinsame Pflicht?	301
3. Objektive Gemeinschaftlichkeit des Verhaltens	302
4. Ergebnis	302
F. Gemeinschaftliche Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts	304
Zusammenfassung der Ergebnisse	306
Literaturverzeichnis	311
Stichwortverzeichnis	325

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtshofs
BeckOK-StGB	Beck'scher Online-Kommentar StGB
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/-n
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	folgenden
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Golddammers Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß

Abkürzungsverzeichnis

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GK	Grundkurs
GS	Gedächtnisschrift
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.d.S.	in diesem Sinn
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK-BGB	Münchener Kommentar zum BGB
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MK-StPO	Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungsreport
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht

OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen des Oberlandesgerichts
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz, Seite
sic	sic erat scriptum
sog.	sogenannte/-r
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
u.a.	und andere
Urt.	Urteil
v.	vom
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung/-en
WaffG	Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Strafrechtswissenschaft und -praxis hatten in den letzten Jahrzehnten stetig neue Herausforderungen zu bewältigen. Waren es früher zumeist Probleme bei der Aburteilung von relativ überschaubaren Sachverhalten, anhand derer in Wissenschaft und Praxis die Strafrechtsdogmatik verfeinert wurde, so sind es in den letzten Jahren zunehmend die medienwirksamen Verfahren gegen Großunternehmen,¹ die den Strafrechtsanwender zu dogmatischer Innovation bewegen – gar dazu zwingen. Es ist keine neue oder überraschende Erkenntnis, dass gerade Unternehmen und deren komplexe Organisationsstrukturen für die an überschaubaren Konstellationen entwickelten dogmatischen Figuren ein beinahe nicht zu überwindendes Hindernis darstellen, sobald nach strafrechtlicher Verantwortung einzelner Unternehmensmitarbeiter gefragt wird.²

Einen Beleg hierfür stellt die – oft bis in kleinste Details austarierte – Komplexität der deutschen Strafrechtsdogmatik selbst dar.³ Nun sind es freilich erst seit kurzer Zeit – zumindest im Vergleich zur Geschichte der deutschen Strafrechtsjurisprudenz – die großen Wirtschaftsstrafverfahren, die zu dieser verästelten nach Einzelfallgerechtigkeit strebenden Differenzierung innerhalb der Strafrechtsdogmatik beigetragen haben.

Insbesondere die Beteiligungsdogmatik ist von dieser Tendenz betroffen. Fragen rund um Täterschaft und Teilnahme spielen naturgemäß erst dann eine Rolle, wenn mehrere Personen zu einem vom Strafrecht missbilligten Erfolg beigetragen haben.⁴ Die bekannteste Entwicklung in diesem Zusammenhang ist die Übertragung der von *Roxin* entwickelten Organisationsherrschaft⁵ von staatlichen Unrechtsorganisationen hin auf Un-

1 Bspw. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 (Vodafone/Mannesmann); BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07 = BGHSt 52, 323 (Siemens).

2 Dazu ausführlich *Rotsch*, Individuelle Haftung, passim.

3 Gar von einer „Hypertrophie des Rechts“ schreibt *Rotsch*, ZIS 2008, 1; vgl. dazu *ders.*, Einheitstäterschaft, S. 1 Fn. 1 m.w.N.

4 Siehe statt aller *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor § 25 Rn. 1; *Schünemann*, in: LK, § 25 Rn. 1.

5 Grundlegend *Roxin*, Tatherrschaft, S. 242 ff., 736 ff., Rn. 334 ff.

ternehmen durch den BGH.⁶ Die Organisationsherrschaft als Instrument zur Begründung von Täterschaft innerhalb der Führungsebene von Unternehmen hat vielfach Kritik erfahren,⁷ zumal die Idee der Organisationsherrschaft schon selbst umstritten ist.⁸ Im Rahmen eines anschließend veröffentlichten Vortrages gibt der BGH-Richter *Nack* zu erkennen, dass es weniger dogmatische Erwägungen waren, die den BGH zur Übertragung der Organisationsherrschaft auf Unternehmen bewogen haben, als vielmehr das kriminalpolitische Bedürfnis, Täterschaft in der Führungsebene von Unternehmen begründen zu können.⁹

Doch ganz gleich welchen Widerhall die Organisationsherrschaft in der Literatur verursacht haben mag, ging es dabei „nur“ um die Reichweite *einer* Beteiligungsart. Die neuere Diskussion um die fahrlässige Mittäterschaft birgt eine ganz andere Dimension an strafrechtsdogmatischer Neuerung: Den Verzicht auf einen individuell kausalen Beitrag.¹⁰ Insbesondere dieser Umstand regt zum Nachdenken an, denn das Erbringen eines kausalen Beitrags war bis dato die unumstrittenste Voraussetzung strafrechtlicher Erfolgsdelikte.¹¹ Der Verzicht auf einen kausalen Beitrag ist kein explizites Novum der fahrlässigen Mittäterschaft, sondern wird allgemein als Besonderheit der Mittäterschaft von einer großen Zahl von Autoren schon seit längerem vertreten.¹²

Die Diskussion um die fahrlässige Mittäterschaft förderte diesen Disput lediglich erneut zu Tage. Ausgangspunkt der Diskussion, ob es möglich ist, Mittäter an einem Fahrlässigkeitsdelikt ohne eigenen kausalen Beitrag zu sein, waren insbesondere zwei Entscheidungen, von denen eine noch nicht einmal von einem deutschen Gericht stammt: Die „Rolling Stones“-Entscheidung¹³ des schweizerischen Bundesgerichts und das „Leder-

6 BGHSt 40, 218 (236); BGHSt 45, 270 (296); BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147 (163).

7 Allen voran von *Roxin* selbst, Tatherrschaft, S. 748 ff., Rn. 379 ff.; ebenfalls ablehnend und kritisch dazu *Rotsch*, ZStW 2000 (112), 518; *ders.*, ZIS 2009, 549; *Schroeder*, ZIS 2009, 569; *Jakobs*, ZIS 2009, 572.

8 Siehe *Hruschka*, ZStW 110, 581 (606 ff.); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 670; ausführlich *Rotsch*, Einheitstäterschaft, S. 322 ff. m.w.N.

9 *Nack*, GA 2006, 342.

10 Dies kritisiert insb. *Puppe*, GA 2004, 129.

11 Siehe auch *Rotsch*, FS Puppe, 887 (892 ff.).

12 So schon *Herzberg*, Täterschaft, S. 56 ff.; Vgl. auch *Kamm*, Fahrlässige Mittäterschaft, S. 60; *Knauer*, Kollegialentscheidungen, S. 83 ff., 133 ff.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 25 Rn. 11; *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 213.

13 Kassationshof, Urt. v. 15.5.1987 – 113 IV 58 = BGE 113 IV, 58.

spray“-Urteil¹⁴ des BGH. Von fahrlässiger Mittäterschaft war jedoch in keinem der beiden Urteile ausdrücklich die Rede. Wieso gerade diese Entscheidungen eine derartige Resonanz in der Literatur erfahren haben, und sich in Folge dessen die fahrlässige Mittäterschaft einer zunehmenden Anerkennung in der Literatur erfreut, wird erst bei genauerer Betrachtung der Gegenstände beider Entscheidungen klar:

Im „Rolling Stones“-Fall befand das schweizerische Bundesgericht zwei Angeklagte der fahrlässigen Tötung für schuldig, die absprachegemäß Felsen einen Berg herab rollten; von einem dieser Felsen wurde am Fuße des Berges ein Fischer erschlagen.¹⁵ Welcher der beiden den tödlichen Stein hinabgestoßen hatte, konnte nicht festgestellt werden. Das schweizerische Bundesgericht entschied dennoch entgegen dem Grundsatz *indubio pro reo* auf Freispruch unter dem Hinweis, dass die beiden zusammen gehandelt haben.¹⁶

Im Rahmen der „Lederspray“-Entscheidung waren es die vermeintlichen dogmatischen Schwierigkeiten rund um die Frage, ob ein Beitrag für einen Erfolg auch dann kausal ist, wenn mehr identische Beiträge auf einen Erfolg eingewirkt haben, als zu dessen Herbeiführung mindestens notwendig waren.¹⁷ Denkt man den einzelnen Beitrag hinweg, so kommt der Erfolg dennoch zustande. Die *condicio sine qua non*-Formel gerät bei der Begründung der Kausalität der Einzelstimme an ihre Grenzen.¹⁸ Konsequenterweise wäre kein Abstimmender für den getroffenen Beschluss verantwortlich, da jede Stimme hinweggedacht werden kann. Es ist ein absurdes Ergebnis, dass niemand für den getroffenen Beschluss kausal gewesen sein soll. Der BGH hielt freilich an einer Strafbarkeit der Gremiumsmitglieder fest und wies darauf hin, diese seien schließlich Mittäter gewesen.¹⁹ Freilich hat das Problem der sog. Gremienkausalität zunächst nichts damit zutun, ob die Gremienmitglieder vorsätzlich oder fahrlässig handelten. Jedoch ließe sich das Problem der Gremienkausalität bei Fahrlässigkeitsdelikten nur dann mit einem Hinweis auf die Mittäterschaft der Gremiumsmitglieder begründen, insofern man eine fahrlässige Mittäterschaft anerkennt.

14 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106.

15 BGE 113 IV, 58.

16 BGE 113 IV, 58 (59 f.).

17 Vgl. zu dieser Frage, *Knauer*, Kollegialentscheidungen, S. 201 ff.; *Weißer*, Kollegialentscheidungen, S. 75 ff.

18 Siehe *Puppe*, in: NK-StGB, Vor § 13 Rn. 122 m.w.N.

19 BGHSt 37, 106 (insb. 129).

Um diese vermeintlichen Kausalitätsprobleme auch bei Fahrlässigkeitsdelikten zufriedenstellend bewältigen zu können, gewann die fahrlässige Mittäterschaft innerhalb kurzer Zeit zahlreiche Anhänger in der Literatur.²⁰ Bewogen hat die Vertreter einer fahrlässigen Mittäterschaft freilich nicht die Überzeugung, dass eine solche dogmatisch und systematisch unentbehrlich sei, sondern vielmehr die Zuversicht, dass die behauptete Eigenart der Mittäterschaft, einen individual kausalen Beitrag obsolet zu machen, dazu beitragen kann, Kausalitäts- und Sachverhaltsfragen dem gewünschten – bzw. reflexhaft als richtig erkannten – Ergebnis zuzuführen.

Im gleichen Maße regt sich jedoch auch Widerstand: Es mehren sich die Stimmen, die eine fahrlässige Mittäterschaft für mit dem geltenden Recht unvereinbar halten,²¹ bzw. nicht die Möglichkeit deren Konstruktion, wohl aber den Nutzen dieser Figur bestreiten.²²

Losgelöst von der jüngsten Debatte in der Strafrechtswissenschaft, kann auch die Diskussion um die fahrlässige Mittäterschaft – wie viele andere, auch heute noch umstrittene Probleme im Umkreis der Beteiligungslehre – in ihren Grundzügen noch viel weiter zurückverfolgt werden.²³

Und genau wie viele andere strafrechtliche Grundsatzfragen – insbesondere ist hier die immerwährende Forderung nach einer originären Unternehmensstrafbarkeit zu nennen²⁴ – erlebte auch die fahrlässige Mittäterschaft eine Renaissance, als Rechtsprechung oder Literatur sich mit einem Problem konfrontiert vorfanden, das sich vermeintlich nur unter Anwendung dieser Rechtsfigur zufriedenstellend lösen lässt.

Bereits bei oberflächlicher Betrachtung der Diskussion um die fahrlässige Mittäterschaft wird ein Aspekt sofort augenscheinlich: Die Argumentationen der meisten Befürworter einer fahrlässigen Mittäterschaft nehmen

20 *Roxin*, AT I, §§ 11 Rn. 19 und *ders.*, AT II, § 25 Rn. 212 f.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, S. 282 ff.; *Knauer*, Kollegialentscheidungen, S. 181 ff.; *Kamm*, Fahrlässige Mittäterschaft, S. 179 ff.; *Otto*, in: Spendel-FS, 272; *Weißer*, Kollegialentscheidungen, S. 142 ff.; für Japan *Utsumi*, ZStW 119 (2007), 768; *Greco*, ZIS 2011, 674 (681 ff.).

21 *Puppe*, GA 2004, 129; *Botke*, GA 2001, 463.

22 *Puppe*, GA 2004, 129; *Roxin*, Tatherrschaft, S. 770 Rn. 430 ff.; *ders.*, AT II, § 25 Rn. 239 ff.; *Rotsch*, FS-Puppe, 887; *Gropp*, GA 2009, 265.

23 Siehe die Nachweise bei *Kraatz*, Fahrlässige Mittäterschaft, S. 31 ff., 86 ff.

24 Siehe zu diesem „kriminalpolitischen Zombie“ jüngst *Schünemann*, ZIS 2014, 1.

bei deren (vermeintlichen) kriminalpolitischen Bedürfnis ihren Ausgangspunkt.²⁵

Ziel dieser Arbeit ist es, sowohl die kriminalpolitische Notwendigkeit der fahrlässigen Mittäterschaft zu erörtern, als auch – von dieser ersten Frage unabhängig – die Möglichkeiten deren Konstruktion auf dem Boden der herrschenden Fahrlässigkeits- und Beteiligungslehre zu diskutieren.

Zunächst sollen (unter A.) all jene Fallgestaltungen betrachtet werden, die zur Anerkennung der fahrlässigen Mittäterschaft durch einen beachtlichen Teil der Literatur²⁶ geführt haben. Dadurch sollen die Zurechnungsmöglichkeiten der fahrlässigen Mittäterschaft verdeutlicht und alternative Lösungsansätze dargestellt werden.

Im nächsten Schritt (unter B.) werden unterschiedliche Konstruktionsansätze der fahrlässigen Mittäterschaft aus der Literatur dargestellt. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse sollen als Grundlage und Maßstab der weiteren Untersuchung dienen.

Grundlage der fahrlässigen Mittäterschaft ist, wie bereits angedeutet, das der Mittäterschaft unterstellte Zurechnungspotential. In einem ersten Schritt wenden wir uns daher der Frage zu, in welchem Verhältnis sich Zurechnung und Beteiligung grundsätzlich zueinander stehen (C.). Anschließend soll das Zurechnungspotential der Mittäterschaft für das Vorsatzdelikt geklärt werden (D.).

Unabhängig vom Ergebnis aus D., wird dann untersucht, inwiefern das von einem Großteil der Literatur behauptete Zurechnungspotential auf Fahrlässigkeitsdelikte übertragen werden kann, bzw. ob die vertretenen Konstruktionsvorschläge einer fahrlässigen Mittäterschaft mit der herrschenden Fahrlässigkeitsdogmatik vereinbar sind (E.).

25 Exemplarisch *Weißer*, Kollegialentscheidungen, S. 105 ff., 158 f.; *dies.*, JZ 1998, 230 (237 f.); *Knauer*, Kollegialentscheidungen, S. 196 f.; *Pfeiffer*, Jura 2004, 519.

26 Siehe *Bindokat*, JZ 1979, 434; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, S. 178 f.; *Greco*, ZIS 2011, 674 (687); *Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, S. 202 ff.; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor § 25 Rn. 114 ff.; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (563); *Hoyer*, in: SK, § 25 Rn. 154; *ders.*, FS Puppe, 514; *Kamm*, Fahrlässige Mittäterschaft, S. 17 ff.; *Knauer*, Kollegialentscheidungen, S. 190 ff.; *Kuhlen*, FG BGH, 646 (670); *Otto*, FS Spindel, 271 (281 ff.); *Pfeiffer*, Jura 2004, 519; *Rengier*, AT, § 53 Rn. 3 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, S. 288 ff.; *ders.*, FS Otto, 423; *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 242, *Schaal*, Gremienentscheidungen, S. 221 ff.; *Schlehofer*, FS Herzberg, 355 (366 ff.); *Weißer*, Kollegialentscheidungen, S. 148; *dies.*, JZ 1998, 230.

Einleitung

Abschließen (F.) wird die Untersuchung mit der Beantwortung der Frage, ob und wie Fahrlässigkeitsdelikte gemeinschaftlich begangen werden können und welche Konsequenzen aus der gemeinschaftlichen Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts folgen.

A. Mögliche Zurechnungsdimension einer fahrlässigen Mittäterschaft

Bevor die dogmatischen Begründungen der fahrlässigen Mittäterschaft und deren Vereinbarkeit mit der herrschenden Beteiligungslehre behandelt werden, legen wir zunächst das Augenmerk auf die Umstände, die zur breiten Anerkennung der fahrlässigen Mittäterschaft beigetragen haben. Zwar werden hauptsächlich die „Rolling Stones“-Entscheidung¹ des Schweizerischen Bundesgerichts und die Abstimmungsproblematik aus der „Lederspray“-Entscheidung² als Schulfälle der fahrlässigen Mittäterschaft und insbesondere als Beispiele für deren rechtspolitische Notwendigkeit angeführt. Doch sind dies freilich nicht die einzigen Fälle, an denen die vermeintlichen Vorzüge der fahrlässigen Mittäterschaft demonstriert werden können.

In neueren Beiträgen, die unter anderem auch die fahrlässige Mittäterschaft zum Gegenstand haben, wird die fahrlässige Mittäterschaft zumeist nicht um ihrer selbst willen, sondern als Ausweg aus verschiedenen – nicht originär beteiligungsdogmatischen – Fragestellungen angeführt.³ Die Vermutung liegt nahe, dass die Hoffnung, mit der fahrlässigen Mittäterschaft das erwünschte und für richtig gehaltene Ergebnis begründen zu können, manches Mal dazu führte, dass die Konstruktion der Rechtsfigur nicht kritisch genug hinterfragt wurde. Aus diesem Grund betrachten wir die „leading cases“ der fahrlässigen Mittäterschaft schon zu Beginn der Untersuchung, um diese auf Gemeinsamkeiten zu untersuchen. Bereits an dieser Stelle soll eine gewisse Grobgliederung der Fälle erfolgen. Daran schließen Überlegungen an, welches weitere Potential die Rechtsfigur bergen könnte.

1 BGE 113 IV, 58.

2 BGHSt 37, 106.

3 Siehe hierzu die Ausführungen unter B. (S. 99 ff.).

I. Kausalitätsprobleme aufgrund von Unkenntnis des Geschehensablaufes

Das wohl anschaulichste Beispiel für eine Fallgestaltung, zu deren Bewältigung die fahrlässige Mittäterschaft beitragen könnte, ist die sog. „Rolling Stones“-Entscheidung⁴ des schweizerischen Bundesgerichtes. Warum aber hat gerade eine Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts solche Auswirkungen auch auf die deutsche Strafrechtswissenschaft?

1. Gegenstand der „Rolling Stones“-Entscheidung

Das Schweizerische Bundesgericht hatte folgenden Fall zu entscheiden: A und B beschlossen, zwei Felsbrocken einen Hang hinabzurollen. Beiden war bekannt, dass sich unterhalb des Hanges häufig Fischer aufhielten. Um auszuschließen, dass jemand von den herabrollenden Steinen getroffen werden könnte, rief B den Abhang hinab. Zwar konnten die beiden das unterhalb des Hanges liegende Flussufer nicht einsehen, da aber niemand auf das Rufen antwortete, rollten sie die Steine herab. Unterhalb des Abhanges befand sich jedoch ein Fischer, der von einem der beiden Steine tödlich getroffen wurde. Wer den tödlichen Stein ins Rollen gebracht hatte, konnte von den Tatsacheninstanzen nicht festgestellt werden.⁵ Dennoch erkannte das Obergericht des Kantons Zürich für beide Angeklagte auf eine fahrlässige Tötung.⁶

Das Problem, welches einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung nach Art. 117 SchStGB⁷ im Wege steht, ist, dass sowohl A wie auch B sich mit dem Vorbringen verteidigen konnten, dass der jeweils andere den tödlichen Stein ins Rollen gebracht habe. Die naheliegende Konsequenz ist, dass beide nach dem Grundsatz in dubio pro reo freigesprochen werden müssten.⁸ Dasselbe Problem würde sich genauso bei einer Verurtei-

4 BGE 113 IV, 58.

5 Vgl. zu den dies bezüglichen Feststellungen der Instanzen, BGE 113 IV 58 (59).

6 BGE 113 IV, 58 (59).

7 Art. 117 SchStGB: „Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“

8 Vgl. v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 1 Rn. 24 m.w.N.

lung nach § 222 StGB stellen – ist die Strafnorm für fahrlässige Tötung in Deutschland und in der Schweiz doch nahezu identisch formuliert.⁹

a) Die Lösung des schweizerischen Bundesgerichts

Das Bundesgericht geht in seiner Entscheidung einen anderen Weg: Zunächst stellt es fest, dass sowohl Erfolg wie auch ein fahrlässiges Handeln nicht in Frage stehen und einzig die Zurechnung des Erfolgs zum Verhalten über eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung entscheidet.¹⁰ Zu diskutieren bliebe einzig die Frage, ob eine Zurechnung des Erfolges zur Sorgfaltswidrigkeit des einzelnen möglich sei, obwohl nicht feststehe, wer den tödlichen Stein hinabrollte.¹¹

Das Bundesgericht nimmt eine derartige Zurechnung dennoch an. Es stützt sich auf die allgemeine Fahrlässigkeitsdogmatik und führt hierzu unter Rückgriff auf die Literatur an, dass derjenige sich gem. Art. 117 SchwStGB strafbar macht, der durch sorgfaltswidriges Verhalten zur Tatbestandserfüllung beiträgt; dies gelte auch dann, wenn andere auf ähnliche Weise an der Tatbestandserfüllung beteiligt waren.¹² Zudem nahm das Bundesgericht an, dass die Angeklagten die Steine „gemeinsam“ herabrollen lassen wollten: „Bei einer derartigen Konstellation [sei] nicht danach zu fragen, ob der jeweilige Einzelbeitrag für den tatbestandsmäßigen Erfolg kausal geworden ist, sondern ob die Kausalität zwischen der gemeinsam vorgenommenen *Gesamthandlung* und dem eingetretenen Erfolg zu bejahen ist.“¹³ Der Begriff (fahrlässige) Mittäterschaft fällt freilich nicht.¹⁴ Dennoch wird diese Entscheidung für eine der Leitentscheidungen zum Thema fahrlässige Mittäterschaft gehalten, was an der Begründung des Bundesgerichts liegt, mittels der die Kausalität der „Gesamttat“ für ursächlich erklärt wird.¹⁵

9 Vgl. *Schubarth*, Kommentar zum schweizerischen StGB, Art. 117 Rn. 3 ff.; *Stratenwerth/Wohlens*, Schweizerisches StGB, Art. 117 Rn. 1 ff.

10 BGE 113 IV, 58 (59).

11 BGE 113 IV, 58 (59).

12 BGE 113 IV, 58 (58 f.).

13 BGE 113 IV, 58 (60, *Hervorhebung durch Verf.*).

14 Vgl. dazu bspw. *Otto*, Jura 1990, 47; *Rotsch*, FS Puppe, 887 f.

15 Der Begriff Gesamttat wird insbesondere von *Dencker* als Zurechnungsprinzip vertreten. An einer allgemeinen Herleitung dieses Prinzips versuchte dieser sich in seinem Werk *Kausalität und Gesamttat*, passim.

Bereits der Leitsatz der Entscheidung lautet: „Haben mehrere Personen eine einzige (sorgfaltswidrige) Handlung beschlossen und in arbeitsteiliger Weise durchgeführt, [...] [hat dies] die Strafbarkeit aller Beteiligten zur Folge.“¹⁶ Auf die Kausalität der Gesamttat komme es dann an, wenn die sorgfaltswidrige Handlung „gemeinsam beschlossen“ wurde und „in der Folge in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang gemeinsam durchgeführt wird, wobei es der zufälligen Arbeitsteilung überlassen bleibt, wer welchen Stein ins Rollen bringt.“¹⁷ Diese Begründung wollte das Schweizerische Bundesgericht wohl – wie in einer späteren Entscheidung zum Ausdruck kommt – als Lösung auf Kausalitätsebene verstanden wissen.¹⁸ Doch verwundert es nicht, dass sich bei Formulierungen wie „gemeinsam beschlossen“ und „gemeinsam arbeitsteilig durchgeführt“ Parallelen zu den geläufig verwendeten Voraussetzungen der Mittäterschaft „gemeinsamer Tatplan“ und „gemeinsame Tatausführung“ aufdrängen.¹⁹

Inwiefern die gewählte Argumentation eine Lösung auf Ebene der Kausalität begründen kann, bleibt unklar. Das Schweizerische Bundesgericht macht es sich einfach, wenn es zwei individuelle Handlungen zu dem von ihm als „Gesamttat“ bezeichneten, einheitlichen Geschehen zusammenfassen will, wobei es hierfür von der Mittäterschaft bekannte Begründungsmuster heranziehen möchte, ohne letztlich die Mittäterschaft selbst als einendes Element anzunehmen.

b) Bewertung der Entscheidung innerhalb der Literatur

Nicht weiter verwunderlich ist es daher, dass die „Rolling Stones“-Entscheidung zum Paradefall der fahrlässigen Mittäterschaft avancierte und sowohl in der schweizerischen wie auch in der deutschen Literatur oftmals als Anerkennung der fahrlässigen Mittäterschaft durch das schweizerische Bundesgericht rezipiert wurde.²⁰ Die Bewertungen fielen –

16 BGE 113 IV, 58.

17 BGE 113 IV, 58 (60).

18 Vgl. Kassationshof, Beschl. v. 1.3.2000 – 126 IV 84 = BGE 126 IV, 84 (88).

19 Allgemein zu den Voraussetzungen der Mittäterschaft vgl. exemplarisch *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 188 ff.

20 Vgl. *Donatsch*, SJZ 1989, 109 (110 ff.); *Riedo/Chvojka*, ZStR 2002, 152 (162 ff.).

wenn auch mit deutlichen Unterschieden in der Begründung – zunächst überwiegend ablehnend aus.²¹ Nichtsdestotrotz wurde die vermeintliche Anerkennung der fahrlässigen Mittäterschaft auch begrüßt.²² Auch wurde angeführt, dass gerade eine gegenseitige Zurechnung, wie sie das schweizerische Bundesgericht vorgenommen hat, der sachlich richtige Weg zur Lösung von all denjenigen Fällen sei, in denen ein persönlicher kausaler Beitrag nicht nachgewiesen werden könne.²³

2. Ähnliche Sachverhalte in der deutschen Judikatur

Auch wenn die „Rolling Stones“-Entscheidung wohl das bekannteste Urteil zu einer Fallkonstellation ist, an der die Berechtigung der fahrlässigen Mittäterschaft anschaulich gemacht werden soll,²⁴ gab es durchaus auch in Deutschland ähnlich gelagerte Entscheidungen:

a) BayObLG, Urt. v. 27.4.1990 – RReg. 2 St 392/89 („Kerzenfall“)

Zwei Einbrecher stiegen in ein unbewohntes Gebäude ein. Im Wohnzimmer des Hauses entzündeten sie mehrere Kerzen. Anschließend verließen sie das Wohnzimmer, um sich im Obergeschoß umzuschauen. In der Zwischenzeit fing der Teppich im Wohnzimmer Feuer. Wie genau es dazu kam, konnte nicht festgestellt werden. Als die Einbrecher den Brand bemerkten, gingen sie davon aus, das Feuer sei nicht mehr zu löschen und flüchteten. Das Haus brannte vollständig nieder.²⁵

Das BayObLG widersprach in dieser Entscheidung zunächst der Vorinstanz, die die Angeklagten wegen des in dubio-Grundsatzes freisprach: Das AG „ging deshalb bei seiner rechtlichen Überlegung davon aus, daß jeweils der andere Angekl. die Kerzen aufgestellt hatte. Es verneinte eine

21 Vgl. nur *Donatsch*, SJZ 1989, 109 (110 ff.); *Walder*, FS Spindel, 363.

22 Exemplarisch *Otto*, FS Spindel, 271 (282 f.).

23 Vgl. *Riedo/Chvolka*, ZStR 2002, 152 (162 ff.).

24 So wird die Entscheidung als Fallbeispiel für die fahrlässige Mittäterschaft genannt von: *Kaspar*, JuS 2012, 112 (116); *Murmann*, GK, § 27 Rn. 54 f.; *Rengier*, AT, § 53 Rn. 4 ff.; *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 240 f.

25 BayObLG NJW 1990, 3032; Trivialname nach *Kühl*, AT § 20 Fn. 179b.

Verantwortlichkeit beider Angekl., weil derjenige, der die Kerzen nicht aufgestellt hatte, nicht verpflichtet gewesen sei, deren Standfestigkeit zu überprüfen.²⁶

Der *Senat* hingegen vertrat die Auffassung, dass beide Angeklagten wegen einer gefährlichen vorangegangenen Handlung dazu verpflichtet gewesen waren, alles Zumutbare zu unternehmen, um einen Brand zu verhindern, da „durch den Gebrauch von Kerzen als Beleuchtung ein Brand entstehen kann“ und diese Handlung somit grundsätzlich gefährlich sei.²⁷ Auf die Problematik, ob in dieser Konstellation eine Ingerenzgarantenstellung angenommen werden kann, soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.²⁸ Interessant ist jedenfalls, dass der *Senat* trotz einer ähnlich gelagerten Fallkonstellation keinerlei Rückgriff auf beteiligungsdogmatische Figuren genommen hat, sondern das Problem auf der Ebene der Unterlassens – genauer: der Garantenpflicht – verortete.

- b) OLG Schleswig, Urt. v. 27.04.1981 – 1 Ss 756/80
(„Streichholzfall“)

Am gleichen Datum neun Jahre zuvor befasste das OLG Schleswig sich mit folgendem Fall: Zwei Einbrecher stiegen in eine Fabrikhalle ein. Dort scheuten sie sich, das Licht einzuschalten. Um dennoch etwas sehen zu können, zündeten sie Streichhölzer an und warfen diese – noch brennend – vor sich. Durch eins dieser Streichhölzer wurde ein in der Halle lagernder Stoffballen in Brand gesetzt. Das Feuer griff auf weitere Ballen über und erfasste Teile des Gebäudes. Wer das Streichholz geworfen hatte, konnte nicht festgestellt werden.²⁹

Der *Senat* stellte zunächst fest, dass eine Verurteilung wegen des Werfens der Streichhölzer nicht möglich sei, da unbekannt war, wessen Streichholz den Brand verursachte.³⁰ Doch anders als das BayObLG zog das OLG Schleswig die Mittäterschaft zur Lösung des Falles zumindest in Erwägung: „Allein dadurch, daß beide Täter offenbar mit gegenseitiger

26 BayObLG NJW 1990, 3032.

27 BayObLG NJW 1990, 3032.

28 Siehe zu den Anforderungen an die Gefahrschaffung exemplarisch *Weigend*, in: LK, § 13 Rn. 42 ff.; *Gaede/Wohlens*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 43; jeweils m.w.N.

29 OLG Schleswig NStZ 1982, 116; Trivialname nach *Kühl*, AT, § 20 Fn. 179b.

30 OLG Schleswig NStZ 1982, 116.

Billigung die Fabrikationshalle mit Zündhölzern ausleuchteten und diese jeweils achtlos fortwarfen, [...] kann der Vorwurf der Brandstiftung durch fahrlässiges Handeln nicht begründet werden. Denn bei fahrlässigen Delikten scheidet eine Mittäterschaft aus³¹. Die vom *Senat* gewählte Formulierung scheint nahezulegen, dass dieser die Lösung der Sachverhaltsunklarheit über die Beteiligungsform durchaus für gangbar hielt, nur eben nicht beim Fahrlässigkeitsdelikt. Da dieser Weg versperrt schien, erwog der *Senat* – ähnlich wie auch das BayObLG – einen Rückgriff auf eine Unterlassensstrafbarkeit, lehnte im Ergebnis jedoch auch diese ab, da eine Ingerenzgarantenstellung dann nicht angenommen werden könne, falls das pflichtwidrige Vorverhalten bereits selbst den Erfolg herbeiführe.³²

3. Lösung mithilfe der fahrlässigen Mittäterschaft

Fälle, bei denen für die Erfolgsverwirklichung die Beiträge verschiedener Personen in Betracht kommen und bei denen nicht nachvollzogen werden kann, wessen Beitrag den Erfolg tatsächlich verursachte, haben eine hohe praktische Relevanz.

Otto argumentiert, die (fahrlässige) Mittäterschaft biete eine Lösung für das Kausalitätsdilemma in den dargestellten Fällen, denn „der Nachweis der kausalen Verknüpfung der einzelnen Tatbeiträge mit dem Erfolg [sei] nicht erforderlich, wohl aber die Realisierung der gemeinschaftlich begründeten oder erhöhten Gefahr im Erfolg.“³³ Anschaulich möchte *Otto* dies am Beispiel des „Balkenwurf“-Falles³⁴ machen: Wenn mehrere Personen bei Arbeiten an einem Dachstuhl zusammen einen Balken auf die Straße hinab werfen und dieser unten einen Passanten erschlägt, so sollen sich diese einer gemeinschaftlichen fahrlässigen Tötung schuldig gemacht haben.³⁵ Das gleiche müsse gelten, wenn die Arbeiter zusammen nicht einen Balken hinabwerfen, sondern wenn jeder nacheinander jeweils einen Balken hinabwirft; wird dabei ein Passant tödlich getroffen, spiele es kei-

31 OLG Schleswig NStZ 1982, 116.

32 OLG Schleswig NStZ 1982, 116 (117).

33 *Otto*, FS Spendel, 271 (282 f.).

34 Siehe v. *Wächter*, Busse, 61. Vgl. auch *Exner*, FS v. Frank, 569 (572); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 655.

35 *Otto*, FS Spendel, 271 (282).