

**Christoph Groß\***

## **§ 357 StGB – eine Darstellung des Tatbestandes und eine Untersuchung über dessen kriminalpolitische Notwendigkeit und mögliche Gesetzesänderungen**

### **Abstract**

Die folgende Arbeit setzt sich mit dem wenig bekannten § 357 StGB auseinander. Aufgrund dieser Norm wird ein (Amts-)Vorgesetzter oder ein Aufsichtsbeamter (Abs. 2), der einen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet oder zu verleiten unternimmt oder eine solche Tat geschehen lässt, immer als Täter dieser Tat bestraft. Die Vorschrift soll dabei der besonderen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten Rechnung tragen.

Zunächst wird auf den Tatbestand sowie auf Schwierigkeiten bei der Auslegung seines Wortlauts eingegangen. Es folgt eine kriminalpolitische Begutachtung, bei der insbesondere versucht wird, die niedrigen Fallzahlen zu erklären. Zudem wird die Frage erörtert, ob der Tatbestand überhaupt noch aktuell und notwendig ist. Dies wird nach einer ausführlichen Diskussion schließlich bejaht. Abschließend werden mögliche Gesetzesänderungen diskutiert.

---

\* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg. Er befindet sich zur Zeit im 10. Semester. Dieser Aufsatz basiert auf einer Studienarbeit im Rahmen eines kriminologischen Seminars zum Thema „Korruption“ bei Prof. Dr. Dieter Dölling im Wintersemester 2014/2015.

## I. Einleitung

Das Urteil im Fall *Daschner* war die letzte relevante und in der juristischen Fachliteratur diskutierte Entscheidung, bei der es zu einer Verurteilung wegen Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat gem. § 357 Abs. 1 StGB (hier in Verbindung mit § 240 Abs. 1 StGB) kam.<sup>1</sup> Das Urteil des *LG Frankfurt am Main* aus dem Jahr 2004 ist sicherlich nicht wegen der Anwendung des § 357 StGB oder der Lösung eines darin enthaltenen juristischen Problems berühmt geworden, sondern wegen der Frage, ob man in Ausnahmefällen die Androhung von Folter einsetzen darf, um ein Menschenleben zu retten. Dennoch ist es als eine der ansonsten kaum vorhandenen Rechtsprechungsquellen in der einschlägigen Kommentarliteratur zu § 357 StGB wenigstens aufgeführt.<sup>2</sup>

Bereits dies zeigt recht eindrucksvoll, wie wenig praxisrelevant § 357 StGB ist. Auch die in der Strafverfolgungsstatistik als verschwindend gering ausgewiesenen Verurteilungszahlen bestärken dies.<sup>3</sup> Im Folgenden soll zunächst der Tatbestand des § 357 StGB genauer dargestellt, im Anschluss daran dieser aus kriminalpolitischer Sicht, insbesondere hinsichtlich seiner Notwendigkeit, betrachtet und sich anbietende Gesetzesänderungen erörtert werden.

## II. Darstellung des § 357 StGB

### 1. Allgemeines

Aufgrund des § 357 StGB wird der (Amts-)Vorgesetzte (Abs. 1) oder der Aufsichtsbeamte (Abs. 2), der einen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet oder zu verleiten unternimmt oder eine solche Tat geschehen lässt (sog. Konnivenz<sup>4</sup>), immer als Täter dieser Tat bestraft.

Dies gilt auch dann, wenn dieser die für eine Täterschaft erforderliche Qualifikation nicht aufweist oder sein Verhalten nicht einmal als strafbare Teilnahme

---

<sup>1</sup> *LG Frankfurt a.M.: Androhung unmittelbaren Zwangs bei polizeilicher Vernehmung – Fall Daschner*, NJW 2005, 692 (693).

<sup>2</sup> Vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 357 Rn. 1; *Schmitz*, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 8.

<sup>3</sup> Zu dieser Einschätzung kommt nahezu das gesamte Schrifttum, vgl. nur *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 1; *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 8; *Kuhlen*, in: NK-StGB II, § 357 Rn. 2; für genaue Zahlen s. u. Abschnitt **III. 2.**

<sup>4</sup> Aus dem Lateinischen: *conivere* - Nachsicht üben, ein Versehen oder Vergehen ungerügt lassen. Im Übrigen beschreibt dieser Ausdruck schon nach seiner Übersetzung und auch nach der Entstehungsgeschichte der Norm nur diese Variante des § 357 StGB und nicht den Gesamttatbestand, vgl. *Andrews*, Verleitung und Geschehenlassen i.S. des § 357 StGB; 1. Aufl. 1996, 91 f.

nach §§ 26, 27, 30 StGB zu werten ist.<sup>5</sup>

Die Norm beruht auf dem Grundgedanken, dass vorgesetzte oder beaufsichtigende Amtsträger die volle Verantwortung dafür tragen, dass in ihrem Dienstbereich keine rechtswidrigen Taten durch ihre Untergebenen begangen werden.<sup>6</sup>

## 2. Entstehungsgeschichte

Seinen historischen Ursprung findet § 357 StGB in den Vorschriften des Allgemeinen Preußischen Landrechts von 1794.<sup>7</sup> Dieses sah in Abschnitt II 20 § 68 zunächst eine allgemeine Strafschärfung für Vorgesetzte und „Respektpersonen“ vor, die sich eines anderen zur Ausführung einer Straftat bedienten. Ebenfalls in Abschnitt II 20 befanden sich zudem noch die speziellen Vorschriften des § 342, der für den Vorgesetzten, der einen Untergebenen zu einer Straftat im Dienst verleitete, eine Strafschärfung bis zur Verdoppelung der Strafe des Untergebenen androhte, und des § 346, der die Bestrafung des Vorgesetzten gleich dem Untergebenen anordnete, wenn er dessen Tat geduldet hatte.<sup>8</sup> Das preußische StGB fasste 1851 diese Normen in § 330 mit der Erweiterung auf die versuchte Verleitung zusammen, wobei allerdings die Schärfung der Strafe für den Vorgesetzten entfiel.<sup>9</sup>

Es entstand ein dem heutigen § 357 StGB ähnlicher Tatbestand, der mit minimalen Änderungen ins RStGB aufgenommen wurde und im Wesentlichen in dieser Form bis heute erhalten geblieben ist.<sup>10</sup> Nachdem eine mit dem Fehlen des kriminalpolitischen Bedürfnisses begründete Gesetzesinitiative zur Streichung des Tatbestandes aus dem Jahr 1962<sup>11</sup> erfolglos blieb, wurde § 357 StGB mit dem EGStGB von 1974<sup>12</sup> unter einer Anpassung an den Sprachgebrauch, aber ohne inhaltliche Änderungen übernommen.<sup>13</sup>

---

<sup>5</sup> Rogall, in: SK-StGB VI, 8. Aufl. 2013, § 357 Rn. 1.

<sup>6</sup> Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 1; Lackner/Kühl-StGB, 28. Aufl. 2014; § 357 Rn. 1, Will, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung von Aufsichtspflichten – eine Darstellung gesetzlicher Einzelregelungen und Überlegungen zur übergreifenden strafrechtlichen Erfassung, 1. Aufl. 1998, 45.

<sup>7</sup> Will (Fn. 6), 44; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 6.

<sup>8</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 1.

<sup>9</sup> Ebd., Rn. 1.

<sup>10</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 1; Will (Fn. 6), 44.

<sup>11</sup> BT-Drucks. IV/650, 648.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 7/550, 288.

<sup>13</sup> Will (Fn. 6); 45; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 8.

### 3. Schutzgut

Das Schutzgut des § 357 StGB ist bis heute umstritten. Die herrschende Meinung geht von einem doppelten Rechtsgüterschutz aus.<sup>14</sup> Zunächst soll § 357 StGB die wirksame Kontrolle Untergebener durch vorgesetzte Amtsträger gewährleisten und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandeln schützen, indem er die Strafbarkeit des Vorgesetzten wegen dessen besonderer Verpflichtung, rechtswidrige Taten in seinem Dienstbereich zu verhindern, schärft.<sup>15</sup> Daneben soll § 357 StGB, wie bei allen anderen Formen der Teilnahme, auch diejenigen Rechtsgüter bewahren, die durch die jeweilige Haupttat beeinträchtigt werden.<sup>16</sup>

Demgegenüber will ein Teil der Literatur den Schutzzweck des § 357 StGB nur auf den überindividuellen Aspekt des Vertrauensschutzes reduzieren, wobei aber größtenteils auf eine Begründung verzichtet wird.<sup>17</sup> Manche Autoren führen immerhin an, dass § 357 StGB lediglich die rein innenrechtliche Pflichtwidrigkeit des Vorgesetzten betreffe, aber gerade nichts über das Unrecht im Außenverhältnis aussage, sodass die durch die Haupttat angegriffenen Rechtsgüter keine Rolle spielen könnten.<sup>18</sup> Überzeugend ist diese Restriktion jedoch nicht.

Zunächst einmal dürfte es durchaus Schwierigkeiten bereiten, ein bloßes „Vertrauen“ als Rechtsgut im Rahmen einer Straftat zu schützen und einen ganzen Straftatbestand mit einer erheblichen Strafdrohung darauf zu begründen.<sup>19</sup> Auf dieser Überlegung gründet sich auch das entscheidende Argument gegen die Reduktion auf den Vertrauensschutz: Die Androhung der gegen den Täter geltenden Strafe kann nur gerechtfertigt sein, wenn § 357 StGB zumindest auch als besondere Form der Teilnahme an einer fremden Straftat verstanden wird.

Eine im Einzelfall so einschneidende Bestrafung nur aufgrund der Verletzung

---

<sup>14</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

<sup>15</sup> Jeßberger in: SSW, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 2; Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

<sup>16</sup> Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Aufl. 2004, § 80 Rn. 1; Schmitz (Fn.2), § 357 Rn. 2.

<sup>17</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 100 Rn. 3; Jeschek in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch IX, 11. Aufl. 2006, § 357 Rn. 1; Will (Fn. 6), 45.

<sup>18</sup> Hoyer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen, 1. Aufl. 1998, 20 f.; Lackner/Kühl (Fn. 6), § 357 Rn. 1.

<sup>19</sup> Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 2; kritisch bezüglich des Gesichtspunktes des Vertrauensschutzes zur Begründung eines strafbaren Verhaltens auch Dölling, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages Band I (Gutachten) Teil C1, 1996, E III 1a, S. 51.

einer reinen Innenrechtswidrigkeit oder eines enttäuschten Vertrauens wäre vollständig unverhältnismäßig und dürfte daher auch nicht angeordnet werden.<sup>20</sup> Nur so kann außerdem – das im Übrigen unstrittig – Zurücktreten der §§ 26, 27, 30 StGB hinter § 357 StGB begründet werden.<sup>21</sup>

#### 4. Deliktsnatur

Auch die Deliktsnatur des § 357 StGB wird unterschiedlich beurteilt. Während die herrschende Lehre insgesamt von einem echten Amtsdelikt ausgeht,<sup>22</sup> möchte ein Teil der Literatur diesbezüglich differenzieren. Demnach soll § 357 StGB nur dann ein echtes Amtsdelikt darstellen, wenn der Tatbestand die Strafbarkeit des Amtsträgers begründet und das Verhalten des Amtsträgers nicht bereits nach den allgemeinen Teilnahmeregeln strafbar ist.<sup>23</sup> Ansonsten führe § 357 StGB lediglich zu einer Verschärfung der bereits vorhandenen Strafbarkeit und sei als unechtes Amtsdelikt zu behandeln.<sup>24</sup>

Konsequenzen hat diese Kontroverse im Rahmen der Teilnahme eines Nichtamtsträgers an der Tat eines übergeordneten Amtsträgers. Während bei einem echten Amtsdelikt § 28 Abs. 1 StGB Anwendung findet, da dort das besondere persönliche Merkmal der Amtseigenschaft strafbegründend wirkt, gilt bei einem unechten Amtsdelikt, bei dem die Amtseigenschaft nur strafscharfend ist, § 28 Abs. 2 StGB.

Bei § 28 Abs. 1 StGB kann ein externer Dritter folglich nur Teilnehmer sein, wohingegen ein externer Dritter im Rahmen des § 28 Abs. 2 StGB aus dem „Grundtatbestand“ zu bestrafen ist.<sup>25</sup>

Für eine einheitliche Behandlung als echtes Amtsdelikt und somit für eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB wird angeführt, dass eine Differenzierung mit § 28 Abs. 2 StGB nicht übereinstimme. Denn es würde jedenfalls bei einer Anstiftung durch den Vorgesetzten dessen Strafe nicht durch § 357 StGB geschärft, weil er bereits gemäß § 26 StGB wie ein Täter zu bestrafen wäre.<sup>26</sup> § 28 Abs. 2 StGB wäre folglich in dieser Konstellation nicht anwendbar und man solle auf eine Differenzierung grundsätzlich verzichten.<sup>27</sup> Dieses Argument mag zwar mit Blick auf die Höhe der zu erwartenden Strafe

<sup>20</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 2; *Kuhlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

<sup>21</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 2; *Kuhlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

<sup>22</sup> *Andreas* (Fn. 4), 139 ff., (142); *Jeschke* (Fn. 17), § 357 Rn. 1; *Otto* (Fn. 17), § 100 Rn. 4.

<sup>23</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 1.

<sup>24</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 1.

<sup>25</sup> *Trüg*, in: BeckOK-StGB, Ed. 23, Stand: 22.07.2013, § 331 Rn. 1.1.

<sup>26</sup> *Kuhlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 10.

<sup>27</sup> *Ebd.*, § 357 Rn. 10.

nachvollziehbar sein, ist aber letztlich nicht überzeugend. Der Amtsträger wird bei § 357 StGB als Täter und nicht nur als Anstifter bestraft, was nach Maßgabe der dem StGB zugrundeliegenden differenzierenden Beteiligungslehre insgesamt eine schwerere Sanktion und damit eine Strafschärfung bedeutet.<sup>28</sup> Jedoch führt die differenzierende Auffassung, wie nachfolgend erläutert wird, bei der Sanktionierung zu erheblichen Problemen und Unstimmigkeiten. Sie ist deshalb im Ergebnis abzulehnen.

Der anschaulichste Fall, bei dem es zu einem kaum vertretbaren Ergebnis kommen würde und der auch nicht aufgrund von §§ 28 Abs. 1, Abs. 2, 29 StGB als unvermeidbar anzusehen wäre,<sup>29</sup> ist der, bei dem ein Nichtamtsträger einem vorgesetzten Amtsträger beim Unternehmen der Verleitung seines Untergebenen zu einer Straftat Hilfe im Sinne des § 27 StGB leistet.<sup>30</sup> Ist diese Straftat ein Verbrechen, so wären zeitgleich mit dem Unternehmen der Verleitung die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 StGB erfüllt, sodass nach der differenzierenden Betrachtungsweise nur ein unechtes Amtsdelikt vorläge.<sup>31</sup> Da beim Gehilfen die Amtsträgereigenschaft fehlt, käme gemäß § 28 Abs. 2 StGB nur eine Strafbarkeit nach § 30 Abs. 1 i.V.m. dem jeweiligen Verbrechen, § 27 StGB in Betracht.<sup>32</sup> Die Beihilfe zur versuchten Anstiftung ist jedoch nach der Rechtsprechung und der ganz herrschenden Lehre straflos.<sup>33</sup>

Stellt die entsprechende Straftat dagegen nur ein Vergehen dar, so kommt § 30 StGB nicht in Betracht, sodass § 357 StGB in diesem Fall nach beiden Ansichten als echtes Amtsdelikt zu betrachten ist. Die Hilfeleistung des Ausstehenden wäre als § 357 i.V.m. dem Vergehen, § 27 StGB zu würdigen, da gem. § 28 Abs. 1 StGB eine Strafbarkeit des Teilnehmers ohne Amtseigenschaft möglich ist, wenn auch gleich seine Strafe zu mildern ist.<sup>34</sup> Die differenzierende Auffassung würde folglich dazu führen, dass die Teilnahme an der unternommenen Verleitung bei einem Vergehen strafbar, bei einem Verbrechen aber straflos wäre, was die abgestufte Bewertung der Delikte im StGB ins Gegenteil verkehren würde und daher nicht richtig sein kann.<sup>35</sup> Diese Probleme umgeht die herrschende Meinung durch ihre einheitliche Behandlung des § 357 StGB als echtes Amtsdelikt.

---

<sup>28</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

<sup>29</sup> So wohl: *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

<sup>30</sup> Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 140.

<sup>31</sup> *Ebd.*, S. 140.

<sup>32</sup> Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 140.

<sup>33</sup> So beispielsweise BGHSt 14, 156 f.; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 30 Rn. 34.

<sup>34</sup> Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 140.

<sup>35</sup> *Ebd.*, 140.

## 5. Tatbestandsmerkmale

### a) Tätereigenschaft

#### aa) Vorgesetzter im Sinne des § 357 Abs. 1 StGB

Täter des § 357 Abs. 1 StGB kann nur ein „Vorgesetzter“ sein, wobei dieser dem Wortlaut zufolge eigentlich kein Amtsträger sein muss. Jedoch gilt nach ganz herrschender und richtiger Ansicht die Amtsträgereigenschaft, die § 357 Abs. 2 StGB ausdrücklich voraussetzt, für den gesamten Tatbestand des § 357 StGB und somit auch für den Vorgesetzten, da nur dann der depriviligierenden Ratio dieser Norm Genüge getan wird, die sich aus der besonderen Intensität des Angriffs auf die Rechtsordnung begründet.<sup>36</sup>

Zur Definition des Vorgesetzten ist das öffentliche Dienstrecht heranzuziehen, das zwischen dem Dienstvorgesetzten gem. § 3 Abs. 2 BBG und dem sonstigen Vorgesetzten gem. § 3 Abs. 3 BBG unterscheidet. Ein Großteil der Literatur beschränkt den Vorgesetzten auf den Dienstvorgesetzten im Sinne des § 3 Abs. 2 BBG, jedoch ohne diese Einschränkung zu begründen oder wenigstens zu erklären.<sup>37</sup> Diese Auslegungsweise des § 357 StGB ist aber ohnehin nicht besonders schlüssig, da es keinen sachlichen Grund gibt, sonstige Vorgesetzte im Sinne des § 3 Abs. 3 BBG aus § 357 StGB auszunehmen.

Vielmehr müssen nach dessen Sinn und Zweck all diejenigen als Täter des § 357 StGB in Betracht kommen, denen eine Weisungsbefugnis zusteht, was bei jedem Vorgesetzten im Sinne des Beamtenrechts gegeben ist.<sup>38</sup>

#### bb) Amtsträger im Sinne des § 357 Abs. 2 StGB

Als Täter im Rahmen des § 357 Abs. 2 StGB kommt nur derjenige Amtsträger in Betracht, der nicht zugleich Vorgesetzter im Sinne des § 357 Abs. 1 StGB ist und dem aufgrund einer besonderen dienstlichen Anordnung die Aufsichts- und Kontrollbefugnis über die Dienstgeschäfte eines anderen Amtsträgers übertragen worden ist.<sup>39</sup>

### a) Rechtswidrige Tat im Amt

#### aa) Amtsträgereigenschaft des Untergebenen

Unstrittig, da durch den Wortlaut eindeutig festgelegt, muss der zu Beaufsichti-

---

<sup>36</sup> Jerouschek, Strafrechtliche Aspekte des Wissenschaftsbetrugs, GA 1999, 416 (432); Andrews (Fn. 4), 6, Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 7.

<sup>37</sup> Vgl. nur: Geppert, Amtsdelikte, JURA 1981, 78 (84); Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 2.

<sup>38</sup> Jerouschek (Fn. 36), 416 (432); Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 7.

<sup>39</sup> Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 8; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 27.

gende des § 357 Abs. 2 StGB ebenfalls ein Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sein. Der herrschenden Meinung zufolge gilt dasselbe auch für den Untergebenen des § 357 Abs. 1 StGB. Dafür spricht neben dem Wortlaut („Tat im Amte“) auch die Gleichbehandlung der beiden Absätze des § 357 StGB.<sup>40</sup> Manche Autoren lehnen dies allerdings wenig überzeugend mit dem Argument ab, dass für die Verwirklichung des § 357 StGB die (Amts-)Pflichtverletzung als solche ausschlaggebend sein solle.<sup>41</sup> Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass nach der ratio legis des § 357 StGB auch der Untergebene Amtsträger sein muss, da nur dann das nötige Maß der Gefährdung des Rechtsgutes erreicht ist.<sup>42</sup>

#### bb) Voraussetzungen der Tat

##### (1) Tat im Amt

§ 357 StGB setzt sowohl in Absatz 1 als auch in Absatz 2 voraus, dass der Untergebene oder zu Beaufsichtigende eine rechtswidrige Tat im Amt begeht. Bezüglich dieser Tat, die weder schuldhaft noch strafbar sein muss,<sup>43</sup> war es seit der Entscheidung des *BGH*<sup>44</sup> aus dem Jahr 1952 eigentlich allgemein anerkannt, dass es sich bei der Tat nicht um ein Amtsdelikt im Sinne des 30. (damals 28.) Abschnitts des StGB handeln muss, sondern jede Tat in Betracht kommt, die in Ausübung des Amtes begangen wird, da sich die Pflicht des Vorgesetzten auch darauf erstreckt, dass der Untergebene überhaupt keine Straftaten begeht.<sup>45</sup>

Seit einem erneuten Urteil des *BGH* vom 17.7.2009<sup>46</sup> herrscht allerdings Unklarheit bezüglich der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals.

In dieser Entscheidung ging es um den Leiter der Rechtsabteilung der Berliner Straßenreinigungsbetriebe (BSR), einer Anstalt des öffentlichen Rechts, der es unterlassen hatte, einen ihm bekannten Berechnungsfehler zu korrigieren, und daraufhin wegen Beihilfe durch Unterlassen zum Betrug verurteilt wurde.<sup>47</sup>

Da der Leiter als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu betrachten ist, was der *BGH* für die Mitarbeiter der BSR in der Entscheidung bezüglich

<sup>40</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 11; *Jefberger* (Fn. 15), § 357 Rn. 4.

<sup>41</sup> So *Kahlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 5; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

<sup>42</sup> *Jerouschek* (Fn. 36), 416 (432); *Otto* (Fn. 17), § 100 Rn. 4.

<sup>43</sup> *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12.

<sup>44</sup> BGHSt 3, 349 ff.

<sup>45</sup> Vgl. nur: BGHSt 3, 349 (351); *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 11.

<sup>46</sup> *BGH*, NJW 2009, 3173 ff.

<sup>47</sup> *BGH*, NJW 2009, 3173 (3174); *Bülte*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten, NZWiSt 2012, 176 (181).

des betrügenden Haupttäters auch ausdrücklich erwähnt und festgestellt hat,<sup>48</sup> und es auch gerade seine ausdrückliche Aufgabe war, die gesetzmäßige Abrechnung der Gebühren zu überwachen, hätte der *BGH* hier eine Strafbarkeit aus § 357 StGB zumindest andenken müssen. Er hat die Norm aber mit keinem Satz erwähnt.<sup>49</sup> Daraus folgert *Bülte* unter Rückgriff auf eine alte, nur sehr vereinzelt vertretene Ansicht, dass der *BGH* seine frühere Rechtsprechung womöglich aufgegeben habe und als rechtswidrige Tat im Amt nur noch Amtsdelikte im engeren Sinne, also solche des 30. Abschnitts des StGB ansehe, wozu § 263 StGB unstreitig nicht gehört.<sup>50</sup> Zur Untermauerung seiner These führt *Bülte* an, dass der Wortlaut des Gesetzes auf die Überschrift des 30. Abschnitts „Straftaten im Amt“ verweise und dass sich nur dann die Stellung des § 357 StGB im Besonderen Teil erklären lasse.<sup>51</sup> Zudem drohe bei einer anderen Auslegung eine „Entgrenzung“ des § 357 StGB, da er zu einer allgemeinen Strafbarkeit von Vorgesetzten ohne gesetzliche Milderungsgründe führe.<sup>52</sup>

Unabhängig davon, ob der *BGH* tatsächlich seine Rechtsprechung und damit auch eine äußerst gefestigte Auslegung des § 357 StGB ändern wollte<sup>53</sup> oder ob dessen Nichterwähnung andere Gründe hat, ist die Ansicht und Argumentation *Bültes* nicht überzeugend.

Zunächst ist eine „Entgrenzung“ des Tatbestandes aufgrund der sehr geringen Fallzahlen nur schwer vorstellbar,<sup>54</sup> vielmehr droht bei einer eingrenzenden Auslegung des § 357 StGB dieser völlig in der Bedeutungslosigkeit zu verschwinden. Auch der Verweis auf den Wortlaut ist nicht sonderlich stichhaltig, da dieser zwar zweifellos eine „Straftat“ im Amt im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB voraussetzt, aber keine Eingrenzung auf Straftaten des 30. Abschnitts („Straftaten im Amt“) beinhaltet.

Dem Gesetzgeber war die weite Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals bei der Änderung des Wortlauts durch das EGStGB 1974 außerdem bekannt und er hat offensichtlich keine *Bültes* Ansicht entsprechende Formulierung gewählt.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> Vgl. *BGH*, NJW 2009, 2900 (2900).

<sup>49</sup> *Bülte* (Fn. 47), 176 (181); *Brozat*, Überlegungen zur Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 I Nr. 2 StGB in Anstalten des öffentlichen Rechts und einer Anwendung des § 357 StGB am Beispiel der BSR-Entscheidung des *BGH*, CCZ 2011, 227 (227, 228).

<sup>50</sup> *Bülte* (Fn. 47), 176 (181).

<sup>51</sup> *Ebd.*, 176 (181).

<sup>52</sup> *Bülte* (Fn. 47), 176 (181); ähnlich auch schon *Binding*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Zweiter Band, Zweiter Teil, 1905, § 260, S. 736.

<sup>53</sup> Eine konkludente Rechtsprechungsänderung durch bloße Nichterwähnung erscheint doch als sehr weit hergeholt und unwahrscheinlich.

<sup>54</sup> So auch: *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 10.

<sup>55</sup> So auch: *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 10; vgl. BT-Drucks. 7/550, 288.

Entscheidend gegen eine restriktive Auslegung spricht außerdem, dass es wenig einleuchtend ist, dass sich ein Vorgesetzter beispielsweise gem. § 357 i.V.m. §§ 352, 353 StGB wegen einer Verleitung zu einer Gebühren- oder Abgabenüberhebung strafbar machen könnte, nicht aber wegen der Verleitung zu einem Betrug gemäß § 263 StGB, obgleich die Differenzierung zwischen diesen beiden Vorschriften von Zufälligkeiten der gesetzlichen Ausgestaltung einzelner Entgelte abhängen kann.<sup>56</sup>

### (2) Vorsätzlich oder fahrlässig

Eine vorsätzliche Tat des Untergeben genügt in jedem Fall den Anforderungen des § 357 StGB. Sehr strittig ist allerdings, ob es für § 357 StGB auch ausreicht, wenn der Untergebene lediglich fahrlässig oder sogar gutgläubig, d.h. nicht einmal fahrlässig, gehandelt hat. Ohne Begründung werden diese beiden verschiedenen Situationen in der Literatur häufig gleich behandelt.<sup>57</sup> Es empfiehlt sich jedoch eine differenzierende Betrachtungsweise.

### (3) Fahrlässige Haupttat

Bezüglich einer fahrlässigen Haupttat des Untergeben nimmt die ganz herrschende Meinung eine Geeignetheit an.

Der kleine Teil der Literatur, der der fahrlässigen Haupttat die Tauglichkeit abspricht, untermauert diese These mit dem Argument, dass eine solche weite Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB kriminalpolitisch nicht notwendig sei, und dass § 357 StGB zudem seinem Sinn und Zweck nach eine Teilnahme des Vorgesetzten als Täterschaft erfassen soll und deswegen dort nicht in Betracht kommen könne, wo eine Teilnahme nicht möglich sei.<sup>58</sup> Sonderlich überzeugend ist diese Auffassung nicht.

Zum einen steht der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB einer weiten Auslegung offen, was selbst die Mindermeinung anerkennt, da der Tatbestand eines Strafgesetzes gemäß § 15 StGB selbstverständlich in bestimmten Fällen auch fahrlässig verwirklicht werden kann.<sup>59</sup>

Zudem spricht ein Vergleich mit den §§ 26, 27 StGB für eine weite Auslegung, da das Gesetz bei § 357 StGB keine „vorsätzlich rechtswidrige Haupttat“ voraussetzt und somit impliziert, dass das Vorsatzmerkmal nicht zwingend not-

<sup>56</sup> Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 10.

<sup>57</sup> Vgl. nur Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 9; Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 357 Rn. 4.

<sup>58</sup> Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 13; Otto (Fn. 17), § 100 Rn. 5; Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Aufl. 2000, § 49 Rn. 106.

<sup>59</sup> Andrews (Fn. 4), 31.

wendig ist.<sup>60</sup> Die Gegenansicht verkennt in diesem Punkt zudem die Ratio des § 357 StGB. Schließlich soll dieser nicht nur die allgemeinen Teilnahmeregeln für den Vorgesetzten verschärfen, sondern vor allem den Vorgesetzten dazu verpflichten, rechtswidrige Taten in seinem Dienstbereich zu verhindern.<sup>61</sup> Eine Ausklammerung von Fahrlässigkeitstaten ist weder gerechtfertigt noch angebracht.

#### (4) Gutgläubige Haupttat

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, dass dem Untergebenen nicht einmal ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, da er zum Beispiel in gutem Glauben handelt. Diese Situation wird, wie bereits geschildert, in der Literatur häufig nicht als eigenständige Konstellation behandelt, sondern im Rahmen der tauglichen Fahrlässigkeitstat mit denselben Argumenten erörtert.<sup>62</sup>

Falls ein Unterschied angedeutet sein könnte, so findet sich lediglich ein Hinweis darauf, dass hier häufig zugleich eine vorrangige mittelbare Täterschaft vorliege, dass die Fälle aber ansonsten anscheinend gleich zu bewerten seien.<sup>63</sup> Da die bei der Fahrlässigkeitstat vorgebrachten Argumente hier nur sehr bedingt überzeugen, ist eine genauere Betrachtung nötig. Zwar würde der Zweck des § 357 StGB auch hier eine Einbeziehung solcher Taten nahelegen, allerdings ist diese im Hinblick auf § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB schlicht nicht möglich. Wenn nämlich der Untergebene nicht einmal fahrlässig handelt, so begeht er gar keine Straftat im Sinne der §§ 11 Abs. 1 Nr. 5, 12 StGB, sodass auch ein Rückgriff auf den Vorgesetzten über § 357 StGB *de lege lata* nicht möglich sein kann.<sup>64</sup> Alles andere wäre ein Verstoß gegen § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG.

Zumal in einem solchen Fall, wie auch von der herrschenden Meinung zugestanden, regelmäßig auch eine vorrangige mittelbare Täterschaft gegeben sein wird, sodass nach herrschender Meinung § 357 StGB ohnehin nicht anwendbar wäre.<sup>65</sup> Für die Fälle, bei denen auch eine mittelbare Täterschaft mangels Vorliegens der für den Tatbestand nötigen Täterqualitäten ausscheidet, besteht allerdings unwiderrprochen eine unnötige Strafbarkeitslücke, die aber nur durch den Gesetzgeber geschlossen werden kann.

<sup>60</sup> *Andrens* (Fn. 4), 32; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12.

<sup>61</sup> *Andrens* (Fn. 4), 32; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12; *Geppert* (Fn. 37), 84.

<sup>62</sup> Vgl. *Kublen* (Fn. 3), § 357 Rn. 6; *Geppert* (Fn. 37), 84.

<sup>63</sup> So bspw. in: *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 9.

<sup>64</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 14; *Andrens* (Fn. 4), 34.

<sup>65</sup> Zum Vorrang der mittelbaren Täterschaft s.u. Abschnitt **II. 7.**, *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 13.

## (5) Begangene Tat im Sinne des § 357 Abs. 2 StGB

Probleme mit dem Wortlaut des Gesetzes ergeben sich auch bei § 357 Abs. 1 StGB. Anders als in Absatz 1 spricht das Gesetz dort von einer „begangenen Tat“ des Kontrollierten oder Beaufsichtigten, sodass sich das Problem ergibt, ob nach Absatz 2 auch die versuchte Verleitung strafbar ist. Die herrschende Lehre interpretiert die „begangene“ Tat als „zu begehende Tat“, um eine Gleichstellung von Absatz 1 und Absatz 2 zu ermöglichen und um Strafbarkeitslücken zu schließen bzw. kriminalpolitischen Bedürfnissen zu entsprechen.<sup>66</sup> Dabei ist dieser Auffassung zuzugestehen, dass ihre Gesichtspunkte durchaus sinnvoll sind und der Wortlaut des Gesetzes diesbezüglich tatsächlich nicht sonderlich einleuchtend ist, da es inhaltlich eigentlich keinen Grund gibt, die erfolglose Verleitung in Absatz 2 nicht zu berücksichtigen.

Auf der Basis der geltenden Gesetzeslage verwundert diese Ansicht dennoch, da sie den zwar schwer nachvollziehbaren, aber an dieser Stelle absolut eindeutigen Wortlaut, der die äußerste Grenze einer möglichen Auslegung bildet, einfach zu ignorieren scheint.<sup>67</sup> Die herrschende Lehre verstößt somit gegen § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG und ist deshalb abzulehnen.

## a) Tathandlungen

## aa) Verleiten

Unter dem Verleiten ist das erfolgreiche Bestimmen des anderen zu einer rechtswidrigen Tat zu verstehen, worunter vor allem die Anstiftung und die nur aufgrund fehlender Täterqualifikationen nicht gegebene mittelbare Täterschaft fallen.<sup>68</sup> Dabei ist jede Art der Einwirkung umfasst, sodass auch der Streit um die Voraussetzungen des Bestimmens im Rahmen von § 26 StGB irrelevant ist.<sup>69</sup>

## bb) Unternehmen der Verleitung

§ 357 Abs. 1 Var. 2 StGB beinhaltet in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB die versuchte Verleitung, also das erfolglose Bestimmen eines anderen. Anders als bei § 30 Abs. 1 StGB gilt dies auch für Vergehen.

---

<sup>66</sup> Zieschang in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, XIII; 12. Aufl. 2009, § 357 Rn. 11; Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 6; Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 6; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl. 2009, § 357 Rn. 4; Otto (Fn. 17), § 100 Rn. 6.

<sup>67</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. 2009, § 357 Rn. 4; Schmitz in (Fn. 2), § 357 Rn. 16, zu einer möglichen und sinnvollen Gesetzesänderung s.u. Abschnitt IV.1.

<sup>68</sup> Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 18, 19; Jeschke (Fn. 17), § 357 Rn. 6.

<sup>69</sup> Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 18; Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 5.

## cc) Geschehenlassen

Das Geschehenlassen (die sogenannte Konnivenz) bezeichnet das unterlassene Einschreiten gegen Straftaten eines Untergebenen. Der Sache nach handelt es sich also eine Beihilfe durch Unterlassen, die als Täterschaft bestraft wird.<sup>70</sup> Hierbei wird eine über die Stellung als Dienstvorgesetzter oder Beaufsichtigender hinausgehende Garantenstellung im Sinne von § 13 StGB nicht benötigt.<sup>71</sup> Wie bei unechten Unterlassungsdelikten setzt § 357 Abs. 1 Var. 3 StGB voraus, dass es dem Vorgesetzten oder Aufsichtsbeamten rechtlich und tatsächlich möglich gewesen ist, die rechtswidrige Tat zu verhindern.<sup>72</sup>

Umstritten ist, ob die fakultative Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB im Rahmen von § 357 Abs. 1 Var. 3 StGB anwendbar ist.

Während ein Teil der Literatur dies ohne wirkliche Begründung annimmt,<sup>73</sup> lehnt die wohl herrschende Meinung eine Anwendbarkeit zu recht ab, da § 357 StGB gerade das Ziel und den Zweck verfolgt, dem Vorgesetzten eine Berufung auf etwaige Strafmilderungsgründe zu versagen.<sup>74</sup>

Liegt eine weitere (Schutz-)Garantenstellung des Vorgesetzten bezüglich des von seinem Untergebenen angegriffenen Rechtsguts vor, so ist dieser nach dem jeweils verwirklichten Strafgesetz in Verbindung mit § 13 StGB und nicht nach § 357 StGB zu bestrafen.<sup>75</sup> Auch in diesem Zusammenhang bereitet § 13 Abs. 2 StGB Schwierigkeiten. Während ein Teil der Literatur eine Anwendung für nicht sachgerecht erachtet, da es den Vorgesetzten nicht privilegieren dürfe, dass er aus einem weiteren Grund zur Verhinderung von Rechtsgutsangriffen durch seine Untergebenen verpflichtet ist,<sup>76</sup> nimmt eine andere Auffassung dieses Ergebnis als gegeben hin und möchte mögliche Unstimmigkeiten darüber lösen, dass die fakultative Milderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB restriktiv gehandhabt wird.<sup>77</sup> Daher dürfte es in der Praxis selten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Nach ganz herrschender Meinung erfasst das Geschehenlassen auch die aktive Beihilfe, da der Vorgesetzte unabhängig von seiner aktiven Teilnahme stets

---

<sup>70</sup> Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 12; Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 7; Andrews (Fn. 4), 93.

<sup>71</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 57), § 357 Rn. 9.

<sup>72</sup> Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 12; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 21.

<sup>73</sup> So beispielsweise Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 12.

<sup>74</sup> Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 16; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 8; Arzt/Weber (Fn. 58), § 49 Rn. 107.

<sup>75</sup> Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 16; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 8.

<sup>76</sup> Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 16.

<sup>77</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 15.

auch zur Verhinderung von Straftaten verpflichtet ist.<sup>78</sup>

*d) Subjektiver Tatbestand*

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes genügt Eventualvorsatz.

## 6. Teilnahme

Bei § 357 StGB ist Teilnahme nach allgemeinen Regeln nötig, wobei dies, wie bereits dargelegt, auch für einen Nichtbeamten gilt, dessen Strafe dann allerdings gem. § 28 Abs. 1 StGB zu mildern ist.<sup>79</sup>

## 7. Versuch, Rücktritt und tätige Reue

Mangels gesetzlicher Regelung ist das versuchte Geschehenlassen nicht strafbar. Über § 357 Abs. 1 Var. 2 in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB erfasst der Tatbestand aber zumindest den Versuch des Verleitens.

Somit drängt sich die Frage auf, ob ein Rücktritt oder gegebenenfalls eine analoge Anwendung der tätigen Reue möglich sind.

*a) Rücktritt gem. § 31 StGB analog*

Einer analogen Anwendung des § 31 StGB auf § 357 Abs. 1 Var. 2 StGB ist entschieden entgegenzutreten, da hier aufgrund der Eigenständigkeit der Norm und der Erfassung der versuchten Verleitung zum Vergehen keine „klassische“ versuchte Teilnahme im Sinne des § 30 Abs. 1 StGB vorliegt.<sup>80</sup>

*b) Rücktritt gem. § 24 Abs. 2 StGB analog*

Die noch herrschende Ansicht verneint bei § 357 Abs. 1 Var. 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB generell die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Rücktrittsregeln des § 24 Abs. 2 StGB. Dazu führt sie an, dass aufgrund des Wortlauts des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB mit dem versuchten Verleiten der Tatbestand vollendet sei, sodass ein Rücktritt denklogisch nicht mehr möglich sei.<sup>81</sup> Durch den Versuch des Verleitens sei außerdem das tatbestandliche Rechtsgut der „Ordnungsgemäßheit und Reinheit der Amtsführung“ schon dann verletzt, sobald der Vorgesetzte auf den Untergebenen einwirkt.<sup>82</sup>

Dieses Ergebnis wird von einer sich im Vordringen befindlichen Ansicht neu-

---

<sup>78</sup> Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 22; Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 8.

<sup>79</sup> Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 10; Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 10.

<sup>80</sup> Andrews (Fn. 4), S. 179; ansonsten wird eine solche Anwendung nicht diskutiert.

<sup>81</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 11; Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 20.

<sup>82</sup> Vgl. Berz, Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte, in: FS Stree/Wessels, 1993, 331 (334).

erdings mit einer nicht zu unterschätzenden Argumentation bestritten. Das Wortlautargument der herrschenden Meinung wird durchaus überzeugend widerlegt, da aus § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB zunächst nur folgt, dass der Versuch und die Vollendung bestraft werden, aber die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts nicht ausgeschlossen wird.<sup>83</sup> Zudem lässt sich sehr gut vertreten, dass 357 Abs. 1 Var. 2 StGB kein typischer Fall des Unternehmens ist, sondern es sich lediglich um einen altertümlich umschriebenen Versuch handelt, da die vollendete Tathandlung ja bereits durch § 357 Abs. 1 Var. 1 StGB abgedeckt ist.<sup>84</sup> Weiterhin ist durchaus anzuerkennen, dass durch den Versuch der Verleitung bereits die Reinheit der Amtsführung tangiert ist, diese jedoch nicht das alleinige Schutzgut des § 357 StGB darstellt. Vielmehr soll die Norm den Vorgesetzten auch zur Verhinderung von Straftaten verpflichten und die durch den Untergebenen mittelbar angegriffenen Rechtsgüter schützen.

Gerade die Integrität der durch den Untergebenen beeinträchtigten Rechtsgüter kann dabei von erheblichem Interesse sein und im Einzelfall die Reinheit der Amtsführung überwiegen.

Dem Vorgesetzten sollte die Möglichkeit offen gehalten werden, gem. § 24 Abs. 2 StGB analog strafbefreiend zurückzutreten, da er so eine erhebliche Motivation besitzen dürfte, zumindest die Ausführung der Straftat noch zu verhindern und dadurch eine noch stärkere Rechtsgutsverletzung abzuwenden. Diese Motivation sollte nicht unterschätzt werden, da dem Vorgesetzten bei einer Verurteilung nicht nur eine strafrechtliche Sanktion, sondern auch erhebliche dienstrechtliche Konsequenzen drohen. Auch die Gesichtspunkte des Opfer- und Rechtsgüterschutzes sprechen für die Zulässigkeit des Rücktritts bei § 357 Abs. 1 Var. 2 StGB.<sup>85</sup>

### c) *Tätige Reue*

Eine analoge Anwendung der Grundsätze über die tätige Reue, die von manchen Autoren gefordert wird,<sup>86</sup> ist dagegen abzulehnen. Gegen eine Analogie spricht zum einen, dass sie nach der vertretenen Lösung bezüglich § 24 Abs. 2 StGB nicht nötig ist, und zum anderen, dass der Gesetzgeber bisher keine Notwendigkeit gesehen hat, eine Vorschrift ähnlich dem § 34 Abs. 2 WStG in § 357 StGB einzuführen, sodass eine Analogie dem Willen des Gesetzgebers

---

<sup>83</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 36; *Leipold* in *Anw-StGB*, 2011, § 57 Rn. 14; *Zieschang* (Fn. 66), § 357 Rn. 14; *Wolters*, *Das Unternehmensdelikt*; 1. Aufl. 2001, 319.

<sup>84</sup> *Andrews* (Fn. 4), 178, 90; Eventuell auch *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 36.

<sup>85</sup> So im Ergebnis auch: *Leipold* (Fn. 83), § 357 Rn. 14.

<sup>86</sup> So bspw.: *Berz* (Fn. 82), 331 (335); *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 11.

zuwider liefe.<sup>87</sup>

## 8. Konkurrenzen

§ 357 StGB hat Vorrang vor den §§ 26, 27, 30 StGB, sodass auch deren Strafmilderungen entfallen.<sup>88</sup> Ist der Vorgesetzte an der Tat des Untergebenen als Mittäter beteiligt, tritt § 357 StGB zurück, da der Vorgesetzte dann nicht wie ein Täter, sondern schlechthin als Täter haftet.<sup>89</sup> Nach herrschender Ansicht verdrängt § 357 StGB auch die mittelbare Täterschaft.<sup>90</sup> Die über die These, § 357 StGB erfasse anders als § 33 S. 2 WStG nur die reine Innenrechtswidrigkeit, begründete Gegenansicht,<sup>91</sup> ist an dieser Stelle unter dem Hinweis auf die Ratio des § 357 StGB ebenso wie bei der Erörterung des Schutzgutes abzulehnen.<sup>92</sup>

Bleibt unklar, ob der Vorgesetzte die Tat gemäß § 357 StGB oder als Täter zu verantworten hat, so ist eine Wahlfeststellung möglich.<sup>93</sup>

Falls die Tat nach § 357 StGB dem Vorgesetzten eine Hehlerei ermöglichen soll, so stehen beide Delikte in Tatmehrheit.<sup>94</sup> Für militärische Vorgesetzte sind die §§ 33, 34 WStG speziellere Normen.<sup>95</sup>

## 9. Rechtsfolge

### a) Strafandrohung des § 357 StGB

In § 357 StGB findet sich anders als bei den meisten Delikten des StGB kein konkreter, von außerhalb des Deliktes liegenden Umständen unabhängiger Strafrahmen. Das Gesetz spricht lediglich davon, dass der Vorgesetzte die für die rechtswidrige Tat (seines Untergebenen) angedrohte Strafe verwirkt hat. Aus dieser ungewöhnlichen Formulierung lässt sich ausgesprochen deutlich die Intention des Gesetzgebers entnehmen, den Vorgesetzten wie den Untergebenen zu bestrafen, obwohl nur dieser die rechtswidrige Tat ausgeführt hat.<sup>96</sup>

Ohne Zweifel stellt der Rechtsfolgenausspruch des § 357 StGB eine Strafrah-

<sup>87</sup> Vgl.: Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 20; Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 14.

<sup>88</sup> Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 1.

<sup>89</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 13.

<sup>90</sup> Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 14; Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 14.

<sup>91</sup> Hoyer (Fn. 18), 20, 21.

<sup>92</sup> Vgl. Abschnitt II. 3.

<sup>93</sup> Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 22.

<sup>94</sup> Seit BGHSt, 7, 134 ff. nahezu allgemeine Ansicht; vgl. nur Finke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975, 76; Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 23; Schmitz (Fn. 2), Rn. 40 – anders noch BGHSt 5, 155.

<sup>95</sup> Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 39.

<sup>96</sup> So auch Andrews (Fn. 4), 165.

menverweisung dar, sodass für die Festlegung des Strafrahmens des Vorgesetzten auf den Strafrahmen desjenigen Delikts abzustellen ist, dass der Untergebene verwirklicht hat.<sup>97</sup>

Als problematisch erweist sich diese Verweisung jedoch, wenn der Untergebene lediglich einen Versuch begeht, da sich dann die Frage stellt, ob auf den Strafrahmen des vollendeten oder des versuchten Delikts abzustellen ist, wenn bei dem Untergebenen von der Milderungsmöglichkeit des § 23 Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht worden ist. Während ein Teil der Literatur hier begründungslos auch auf den Vorgesetzten den gemilderten Strafrahmen anwenden will,<sup>98</sup> geht die herrschende Meinung richtigerweise auch in diesem Fall von dem für die vollendete Tat geltenden Strafrahmen aus. Dafür spricht zunächst, dass die Gegenansicht zu Ergebnissen gelangt, die der Wertung der versuchten Anstiftung im Verhältnis zur Anstiftung zum Versuch im Rahmen des allgemeinen Teils des StGB zuwiderlaufen.

Gelangt die Tat des Untergebenen ins Ausführungsstadium und wird seine Straftat gem. § 23 Abs. 2 StGB gemildert, so käme diese Strafmilderung auch dem Vorgesetzten zugute, wohingegen der Vorgesetzte für den Fall, dass der Untergebene die Tat ablehnt, aus dem ungemilderten Strafrahmen bestraft werden würde.<sup>99</sup> Somit kann es für ihn gegebenenfalls vorteilhaft sein, wenn ihm eine Anstiftung zum Versuch und nicht nur eine versuchte Anstiftung gelingt. Dieses Ergebnis, das an sich schon widersinnig erscheint, da bei einer versuchten Anstiftung die Gefahr für das beeinträchtigte Rechtsgut deutlich größer ist, wird bei einem Vergleich mit dem Allgemeinen Teil des StGB noch weniger plausibel. Dort findet sich nämlich bei der versuchten Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 S. 2 StGB eine zwingende Milderungsvorschrift, während diese bei der Anstiftung zum Versuch gem. § 23 Abs. 2 StGB nur fakultativ ist, sodass also gerade der die Anstiftung Versuchende besser gegenüber dem zum Versuch Anstiftenden gestellt wird.<sup>100</sup> Da § 357 StGB außerdem noch ein im Vergleich zu den allgemeinen Teilnahmeregeln erhöhtes Unrecht erfasst, muss es sich bei der Strafrahmenverweisung um eine generelle Verweisung auf den Strafrahmen für das vollendete Delikt handeln.<sup>101</sup>

#### *b) Weitere Sanktionen*

Bei einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht gem.

---

<sup>97</sup> Ebenfalls: *Andrens* (Fn. 4), 166; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 22.

<sup>98</sup> So *Jeschke* (Fn. 17), § 357 Rn. 13; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 12.

<sup>99</sup> Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 168.

<sup>100</sup> Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 168.

<sup>101</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 42; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 22.

§§ 358, 45 Abs. 2 StGB dem Vorgesetzten für die Dauer von zwei bis fünf Jahren die Fähigkeit aberkennen, öffentliche Ämter zu bekleiden. Neben den strafrechtlichen Sanktionen drohen dem Vorgesetzten auch disziplinarrechtliche Konsequenzen, die bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind. So führt eine Freiheitsstrafe von wenigstens einem Jahr gem. § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG oder eine Entscheidung nach §§ 358, 45 Abs. 2 StGB gem. § 41 Abs. 1 S. 2 BBG zum Verlust der Beamtenstellung.<sup>102</sup>

### III. Kriminalpolitische Betrachtung des § 357 StGB

Der Tatbestand des § 357 StGB steht bereits seit geraumer Zeit wegen seiner geringen Fallzahlen in der Kritik, sodass sich tatsächlich die Frage stellt, ob ein kriminalpolitisches Bedürfnis für seine Existenz besteht.

#### 1. Kriminalpolitisches Ziel des § 357 StGB

§ 357 StGB soll dafür Sorge tragen, dass vorgesetzte oder beaufsichtigende Amtsträger dazu verpflichtet werden, Straftaten in ihrem Dienstbereich zu verhindern, sodass die Bevölkerung Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung aufbauen kann. Aus diesem Grund werden die allgemeinen Teilnahmeregeln verschärft und der vorgesetzte Amtsträger als Täter und nicht als Teilnehmer bestraft, um seine besondere Verpflichtung zu verdeutlichen. Darüber hinaus soll wie bei den anderen Formen der Teilnahme auch das mittelbar beeinträchtigte Rechtsgut geschützt werden. Zusammenfassend liegt das kriminalpolitische Ziel des § 357 StGB in der in jeder Hinsicht verschärften strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten.

#### 2. Genaue Darstellung der bekannt gewordenen Fälle

Wie bereits angeklungen, ist die Praxisrelevanz des § 357 StGB sehr gering. Im Folgenden soll diese bislang noch nicht bewiesene Behauptung genauer aufgeschlüsselt und mit Zahlen der vergangenen zwölf Jahre belegt werden.

Da der Tatbestand in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) nicht separat, sondern nur in Verbindung mit allen Amts-, Korruptions- und Wettbewerbsdelikten geführt wird,<sup>103</sup> kann zur Erfassung von Fallzahlen nur auf die Strafverfolgungsstatistiken (SVS) zurückgegriffen werden. Den dortigen Angaben zufolge gab es im Jahr 2002 lediglich eine, im Jahr 2004 vier, im Jahr 2005 erstaunliche 38 und im Jahr 2006 wieder nur zwei Verurteilungen.<sup>104</sup> Sehr unter-

---

<sup>102</sup> Im jeweils einschlägigen Landesrecht finden sich entsprechende Vorschriften; vgl. § 24 BeamtStG; im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird nur noch auf das BBG verwiesen.

<sup>103</sup> Vgl. PKS 2013, 31.

<sup>104</sup> Vgl. SVS 2002, 34; SVS 2004, 42; SVS 2005, 42; SVS 2006, 42.

schiedlich ist allerdings die Sanktionierungspraxis in diesen Fällen. Die in den SVS 2002 und 2004 aufgeführten Fälle wurden allesamt mit einer Geldstrafe zwischen 31 und 90 Tagessätzen beendet.<sup>105</sup> Demgegenüber bekamen alle 38 Verurteilten aus dem Jahr 2005 eine Freiheitsstrafe, die zum Teil allerdings noch zur Bewährung ausgesetzt werden konnte.<sup>106</sup>

Auffällig hierbei ist, dass ausweislich der SVS in keinem dieser Fälle von der Möglichkeit des §§ 358, 45 Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht wurde.<sup>107</sup>

Eine mögliche, wenn auch nicht sonderlich überzeugende Erklärung könnte sein, dass es die Gerichte schlicht nicht für nötig befunden haben, da gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG der Verlust des Beamtenstatus bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, was für einen Großteil der Fälle zutrif, automatisch eintritt. Vielleicht zeigt diese Zahl auch nur eindrucksvoll, wie restriktiv die deutschen Gerichte mit § 45 Abs. 2 StGB umgehen.<sup>108</sup>

Die zwei Prozesse aus dem Jahre 2006 endeten einmal mit einer Freiheitsstrafe zwischen neun und zwölf Monaten auf Bewährung und einmal mit einer Freiheitsstrafe von zwei bis drei Jahren.<sup>109</sup> In beiden Fällen wurde dabei der Verlust der Amtsfähigkeit gem. §§ 358, 45 Abs. 2 StGB angeordnet.<sup>110</sup> Seit 2007 wird § 357 StGB in der SVS nicht mehr gelistet, wobei sich kein Hinweis darauf findet, dass von einer Auflistung aus bestimmten Gründen abgesehen wurde, sodass wohl tatsächlich davon ausgegangen werden muss, dass es keinen gerichtlich entschiedenen Fall zu diesem Tatbestand mehr gab.

### 3. Art der begangenen Haupttaten

Empirische Aussagen über die Art der von dem jeweiligen Untergebenen begangenen Haupttaten sind ebenfalls kaum zu treffen.

Mangels aussagekräftiger Statistiken, genauerer Untersuchungen und auch aufgrund der äußerst kleinen Zahl veröffentlichter Fälle lassen sich sämtliche The-

---

<sup>105</sup> SVS 2002, 194; SVS 2004, 208.

<sup>106</sup> Ein Angeklagter bekam eine Freiheitsstrafe zwischen neun Monaten und einem Jahr auf Bewährung, 22 Angeklagte wurden zu einer Haftstrafe von einem bis zwei Jahren verurteilt, von denen 18 zur Bewährung ausgesetzt wurden. Zudem wurde über sieben Angeklagte eine Freiheitsstrafe zwischen zwei und drei Jahren, über vier Angeklagte eine Freiheitsstrafe zwischen drei und fünf Jahren und über weitere vier Angeklagte eine Freiheitsstrafe zwischen fünf und zehn Jahren verhängt; vgl. SVS 2005, 163.

<sup>107</sup> Vgl. SVS 2005, 324 f.

<sup>108</sup> Zur restriktive Handhabung des § 45 Abs. 2 StGB vgl. *Albrecht* in; NK-StGB I, 4. Aufl. 2013, § 45 Rn. 2.

<sup>109</sup> SVS 2006, 163.

<sup>110</sup> SVS 2006, 324.

sen nicht belegen. Einen Rückschluss auf die Haupttaten lässt auch die Betrachtung des jeweiligen Strafmaßes des nach § 357 StGB verurteilten Vorgesetzten nach der SVS nicht zu, da die Angaben zu ungenau sind, wenn dort beispielsweise nur von einer Freiheitsstrafe zwischen fünf und zehn Jahren gesprochen wird.

In den zwei bekanntesten Urteilen, der Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 1952 und der *Daschner* Entscheidung des *LG Frankfurt*,<sup>111</sup> war die Haupttat ein Mord gem. §§ 211, 212 StGB bzw. eine Nötigung nach § 240 StGB. Ein Schluss dahingehend, dass die Haupttaten des Untergebenen vorzugsweise aus dem Gebiet der Gewalt- bzw. Freiheitskriminalität stammen, wäre aber schon aufgrund der unzureichenden Datenmenge nicht überzeugend.

Abgesehen von Fällen, in denen sich der Vorgesetzte seines Untergebenen bedient oder diesen unter Androhung beruflicher Konsequenzen vielleicht sogar zwingt, eine derartige Tat in einem privaten Kontext auszuführen, ist es darüber hinaus nicht einfach, plausible Motivlagen zu finden, in denen es tatsächlich zu solchen Taten aus dem Bereich der Gewalt- und Freiheitsdelikte käme.

Zudem dürfte bei dieser zwar denkbaren, aber in der heutigen Zeit doch eher seltenen Situation in der Regel zugleich eine mittelbare Täterschaft kraft Nötigungsherrschaft oder sogar kraft Organisationsherrschaft<sup>112</sup> vorliegen, sodass § 357 StGB nach herrschender Ansicht ohnehin nicht anwendbar wäre.

Vielmehr wird es der Regelfall sein, sofern man hier davon sprechen kann, dass der Vorgesetzte seinen Untergebenen benutzt, um für sich allein, mit ihm zusammen oder auch für das (finanzielle) Wohl der Behörde Vermögens-, Urkunds- oder Korruptionsdelikte zu begehen. Hierbei dürften insbesondere die Betrugs- und Untreuetaten (§§ 263, 266 StGB), Urkundenfälschung (§ 267 StGB) bzw. Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB), Vorteilsnahme (§ 331 StGB) und Bestechlichkeit (§ 332 StGB) von Relevanz sein.

#### 4. Erklärungsversuch der geringen Fallzahlen

Ein Erklärungsversuch bezüglich der geringen Fallzahlen erweist sich gerade

---

<sup>111</sup> Vgl. BGHSt, 3, 349 ff.; *LG Frankfurt a.M.*, NJW 2005, 692 (693).

<sup>112</sup> Der BGH geht seit seinem Urteil in BGHSt 40, 218 (236 f.) von einer sehr weiten Auslegung dieser Fallgruppe aus. In *BGH*, NStZ 2008, 89 legt er fest, dass ein Hintermann, der staatliche, unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen in dem Wissen ausnutzt, dass durch sein Tun regelhafte Abläufe ausgelöst werden, auf Grund derer tatbereite Vorderleute zur Tat schreiten, mittelbarer Täter kraft Organisationsherrschaft sein kann.

vor dem Hintergrund des BSR-Urteils als nicht einfach, zumal es diesbezüglich keine verwertbaren Studien oder ähnliches gibt.

*a) Konkurrenzen*

Ein Grund für die wenigen auf § 357 StGB gestützten Verurteilungen besteht wohl darin, dass in vielen Fällen der Vorgesetzte bezüglich der Haupttat als Unterlassungs-, Mittäter oder mittelbarer Täter zu behandeln sein dürfte, sodass § 357 StGB in vielen Konstellationen, die er eigentlich erfassen würde, konkurrenzrechtlich verdrängt wird.

*b) Unkenntnis bzw. Nichtanwendung der Strafnorm*

Ein weiterer denkbarer Aspekt für die geringe praktische Bedeutung des § 357 StGB könnte schlicht eine auf der Unkenntnis der Norm basierende Nichtanwendung des Tatbestands sein. Diese These dürfte in ihrer Konsequenz und Universalität sicherlich nicht zu halten sein, aber wenn selbst der BGH den § 357 StGB unerklärbar und ohne ersichtlichen Grund nicht anwendet, obwohl er passend und somit auch ein höheres Strafmaß möglich gewesen wäre, so kann sie doch wenigstens angedacht werden. Gerade bei den kleineren (Amts-) Gerichten könnte § 357 StGB vielfach schlicht vergessen oder übersehen worden sein und der (überlastete) Richter einen von der Tatsachenlage her einfachen Fall nach einer zügigen Hauptverhandlung der Einfachheit und Schnelligkeit halber ohne größere Gesetzeslektüre über §§ 26, 30 oder §§ 27, 13 StGB gelöst haben. In der üblichen juristischen Ausbildungsliteratur wird § 357 StGB sehr häufig nicht einmal erwähnt, was sicherlich ebenfalls zur Unkenntnis der Norm beiträgt. Im Einzelfall kann dieser Ansatz tatsächlich eine Erklärung für die wenigen Verurteilungen nach § 357 StGB liefern.

*c) Rückgang der Straftaten mit nationalsozialistischem Hintergrund*

Ein in der Literatur angedachter Erklärungsversuch geht dahin, dass § 357 StGB hauptsächlich bei der Verurteilung von nationalsozialistischem Unrecht bzw. bei Straftaten im Rahmen eines Regimewechsels eine Bedeutung habe, da bei einer ex-post Betrachtungsweise viele Handlungen von Amtsträgern als Straftaten eingestuft würden und deren Vorgesetzte daher als Verleitende oder zumindest Geschehenlassende gem. § 357 StGB verurteilt werden könnten.<sup>113</sup>

Da diese (verfolgbaren) Taten aber aufgrund der Natur der Sache immer weiter zurückgegangen seien, sei es logisch, dass § 357 StGB in der Praxis eine immer

---

<sup>113</sup> So *Andrens* (Fn. 4), S. 198, 199; *Dreher/Tröndle-StGB*, 46. Aufl. 1993, § 357 Rn. 1.

geringere Rolle spielen würde.<sup>114</sup>

Auch wenn die Prämisse dieser Auffassung, § 357 StGB wäre bei Straftaten im Rahmen eines Regierungswechsel bedeutend und es gebe aufgrund der oftmals bereits verstorbenen oder zumindest verhandlungsunfähigen Verdächtigen immer weniger Fälle, die in einem solchen Rahmen stattfinden würden, sicherlich nicht falsch ist, so überzeugt der Schluss auf die geringen Fallzahlen doch nur sehr bedingt. Zum einen würde dies im Gegenschluss voraussetzen, dass § 357 StGB zur Hochzeit der Verfolgung des nationalsozialistischen Unrechts eine größere Bedeutung gehabt hätte.

Diesbezüglich finden sich aber keine Anhaltspunkte. Vielmehr findet sich nur ein *BGH*-Fall mit NS-Thematik<sup>115</sup> und auch die sonstige Literatur misst diesem Punkt überhaupt keine Bedeutung bei, erwähnt ihn nicht einmal. Zum anderen finden sich schon viel früher, im Jahre 1905, Hinweise auf die praktische Bedeutungslosigkeit der Vorschrift<sup>116</sup> und auch der Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1962 geht von einem fehlenden kriminalpolitischen Bedürfnis aus,<sup>117</sup> obwohl es zu dieser Zeit noch eine erhebliche Zahl nicht abgeurteilter nationalsozialistischer Straftaten gab.

#### d) Abschreckungswirkung des § 357 StGB

Auch wenn die Literatur der Abschreckungswirkung von Strafvorschriften hinsichtlich ihrer Sanktionsschwere im Rahmen der negativen Generalprävention eher skeptisch gegenübersteht,<sup>118</sup> könnte dieser Gesichtspunkt beim Tatbestand des § 357 StGB und seinen Rechtsfolgen durchaus bedeutsam sein. Um zu erklären, warum sowohl der Vorgesetzte als auch der Untergebene (Vermögens- und Korruptions-)Delikte im Zusammenhang mit ihrer Amtsstellung begehen, eignet sich dabei am ehesten die Kriminalitätstheorie des *rational choice*.<sup>119</sup>

Ihr zufolge wird eine (solche) Straftat dann begangen, wenn der Täter nach reichlicher Überlegung zu dem Schluss gelangt, dass er dadurch mehr Vorteile als Nachteile hat, wobei die erheblichen Rechtsfolgen unstreitig zu den Nach-

<sup>114</sup> *Andrens* (Fn. 4), 198, 199.

<sup>115</sup> Vgl. *BGHSt* 3, 349 ff.

<sup>116</sup> *Neumeyer*, Verleitung und Konnivenz in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Rechts, Besonderer Teil Band IX, 1. Aufl. 1906, 517 (522).

<sup>117</sup> *BT-Drucks.* IV/650, S. 648.

<sup>118</sup> Vgl. *Göppinger*, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 30 Rn. 57; *Kunz*, Kriminologie, 6. Aufl. 2011, 287, 288; *Radtke* in: *MüKo-StGB* II, 2. Aufl. 2012, Vorb. §§ 38 ff. Rn. 38.

<sup>119</sup> Vgl. *Becker*, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, Deutsche Übersetzung von Monika Vanberg und Viktor Vanberg, 1. Aufl. 1982, 39 ff.; *Meier*, Kriminologie, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 16-18.

teilen zu zählen sind.<sup>120</sup>

Man wird dabei annehmen können, dass sich Amtsträger in rechtlichen Dingen besser auskennen als der „normale“ Bürger und dabei insbesondere wissen, dass sie keine Geschenke oder ähnliches im Amt annehmen dürfen und welche berufsrechtliche Konsequenzen ihnen drohen. Neben den im Einzelfall doch massiven Freiheitsstrafen sind dabei vor allem die dienstrechtlichen Konsequenzen zu beachten.

Denn im Falle einer Verurteilung von mindestens einem Jahr tritt der Verlust der Beamtenstellung nach § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG automatisch ein, bei einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten befindet sich dies gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BBG i.V.m. §§ 358, 45 Abs. 2 StGB zumindest im Rahmen des Möglichen. Dabei verliert der Beamte nicht nur seinen Arbeitsplatz, sondern grundsätzlich auch sämtliche Dienst- und Versorgungsbezüge,<sup>121</sup> was zu einem enormen finanziellen Schaden führt, den bspw. Bestechungsgeld nur in den allerseltensten Fällen ausgleichen dürfte. Wozu ein solches Handeln führen kann, haben zudem mehrere, in den Medien diskutierte Fälle wie der Prozess um *Christian Wulff* gezeigt, was auch zu einer Abschreckungswirkung beigetragen haben könnte.

Dazu verfügen Amtsträger in der Regel auch über ein relativ gutes, gesichertes Einkommen und bekommen bei Krediten und Versicherungen aufgrund ihres im Verhältnis sehr sicheren Arbeitsplatzes oft gute Konditionen, sodass sie eventuell weniger geneigt sind ein (Vermögens-)Delikt zu begehen, um finanzielle Probleme lösen oder sich einen lang gehegten Traum erfüllen zu können. Auch wenn, wie später noch erläutert, die Aufdeckungswahrscheinlichkeit relativ gering ist, dürfte die negative Generalprävention in Form der Abschreckung hier tatsächlich einmal eine Rolle spielen.

#### e) *Dunkelfeld*

Auch ein beträchtliches Dunkelfeld trägt seinen Teil zu der geringen praktischen Relevanz bei.<sup>122</sup> Über dessen Größe lassen sich keine genauen Angaben machen, zumal es bei § 357 StGB nicht einmal Untersuchungen dazu gibt.

---

<sup>120</sup> *Meier* (Fn. 119), § 3 Rn. 18.

<sup>121</sup> *Battis*, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz; 4. Aufl. 2009, § 41 Rn. 10.

<sup>122</sup> Dazu kommt bezüglich aller Amts-, Korruptions- und Wettbewerbsdelikte auch die PKS 2013, 8.

Jedoch wird man herkömmlich davon ausgehen können, dass das Dunkelfeld in jedem Fall deutlich größer ist als das Hellfeld, also die Anzahl der bekannt gewordenen Fälle.<sup>123</sup>

Zunächst zeugt bereits die wohl überdurchschnittlich hohe Aufklärungsquote<sup>124</sup> von einem großen Dunkelfeld, da man ganz allgemein davon ausgeht, dass eine hohe Aufklärungsquote zugleich ein großes Dunkelfeld nahelegt. Denn in den Fällen, die tatsächlich aufgedeckt werden, steht sehr schnell ein Tatverdächtiger fest, jedoch wird nur ein kleiner Teil der Delikte überhaupt entdeckt und gelangt so ins Hellfeld.<sup>125</sup>

Die niedrige Entdeckungsquote bei § 357 StGB wird vor allem darauf zurückzuführen sein, dass Straftaten nach dieser Vorschrift so gut wie immer nur von der Polizei vollständig aufgeklärt werden können, da dafür in der Regel Akteneinsicht oder Durchsuchungen notwendig sind, die Polizei jedoch größte Schwierigkeiten hat, von solchen Delikten Kenntnis zu erlangen. Häufig funktionieren nämlich die zur Entdeckung eigentlich nötigen Kontrollmechanismen in den Behörden nicht, da Dienst- und Fachaufsichten entweder überhaupt nicht vorhanden sind oder sich der Dienstvorgesetzte, der sich schließlich nach § 357 StGB selbst strafbar gemacht haben könnte, nicht selbst belasten will.<sup>126</sup> Zudem spielen sich die Taten oftmals im Verborgenen ab und sind von vorneherein auf Verschleierung ausgelegt, sodass es sehr unwahrscheinlich ist, dass ein solches Delikt durch staatliche Stellen selbstständig aufgedeckt wird und an die Oberfläche gelangt.

Dementsprechend kommt der Anzeigebereitschaft Dritter gegenüber Polizei oder Staatsanwaltschaft größte Bedeutung zu. Doch auch diese ist als äußerst gering und für die Strafverfolgung sehr ungünstig einzuschätzen.

Das liegt zum einen daran, dass es bei vielen Taten in diesem Zusammenhang, insbesondere bei Bestechungs-, Betrugs- oder anderen Korruptionsdelikten, häufig gar kein auf den ersten Blick individualisierbares Opfer gibt oder dieses

---

<sup>123</sup> Vgl. *Schwind*, Kriminologie – Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 22. Aufl. 2013, § 2 Rn. 66a; *Meier* (Fn. 119), § 5 Rn. 60.

<sup>124</sup> Ausweislich der PKS 2013, die 357 StGB allerdings nicht gesondert, sondern nur im Zusammenhang mit allen Amts-, Korruptions- und Wettbewerbsdelikten erfasst, liegt die Aufklärungsquote bei durchschnittlich 80 %; für § 357 StGB dürfte da nichts anderes gelten; vgl. PKS 2013, 31.

<sup>125</sup> *Kreuzer*, Kriminologische Dunkelfeldforschung I. Teil: Theorie und Methodik, NStZ 1994, 10; *Schwind* (Fn. 123), § 2 Rn. 80-82.

<sup>126</sup> So bezüglich der Korruptionsdelikte im Allgemeinen: *Fiebig/Junker*, Korruption und Untreu im öffentlichen Dienst, Erkennen – Bekämpfen – Vorbeugen, 2. Aufl. 2004, S. 109, Rn. 90; *Dölling*, Grundlagen der Korruptionsbekämpfung in: Handbuch der Korruptionsprävention, 1. Aufl. 2007, S. 32 Rn. 47.

zumindest nicht merkt, dass es Opfer einer Straftat geworden ist.

So wird abseits von Unternehmen, die aufgrund von Bestechungen oder Ähnlichem einen Auftrag nicht bekommen haben, häufig die Allgemeinheit Opfer solcher Taten, wenn sie beispielsweise unter erkaufte Genehmigungen leidet, die so niemals erteilt hätten werden dürfen, oder Steuergelder verschwendet werden.<sup>127</sup> Ohne ein Opfer im klassischen Sinne fehlt nicht nur der wichtigste Anzeigerstatter, sondern auch ein wichtiger Zeuge im späteren Strafverfahren, sodass es bei den häufig auf Verschleierung und Vertuschung basierenden Straftaten auch zu Beweisproblemen kommt.<sup>128</sup>

Da sich auch der Täter selbst mangels konkreter Aufdeckungswahrscheinlichkeit nicht anzeigen wird, kommt es diesbezüglich vor allem auf andere Mitarbeiter und Kollegen an, die von den Vorgängen erfahren. Aber auch diese gehen nur in den seltensten Fällen zur Polizei, wobei die Gründe hierfür oftmals sehr ähnlich sein dürften. Zum einen möchten die Mitwisser ihre Kollegen nicht in Bedrängnis bringen, da sie sich vor Repressalien innerhalb der Behörde und vor einer zu ihrem Nachteil eintretenden Verschlechterung des Arbeitsklimas fürchten.<sup>129</sup> Zum anderen ist mit einer solchen Bekanntmachung immer auch ein Ermittlungsverfahren gegen direkte Vorgesetzte verbunden. Bei dessen erfolglosem Ausgang setzt sich der anzeigende Untergebene einem Konflikt mit dem Dienstvorgesetzte aus, der für ihn ausgesprochen unangenehm werden kann. So dürfte dann zum Beispiel die Chance auf eine Beförderung oder andere berufliche Weiterentwicklung, die stark von den Einschätzungen des Vorgesetzten abhängt, erheblich gemindert sein. Möglicherweise erkennen die nicht involvierten Personen die strafbaren Handlungen auch nicht als strafwürdig, insbesondere wenn es kein direktes Opfer gibt. Denkbar ist auch, dass die Verwerflichkeit der Handlung als gering und die Tat als alltäglich und „bei dem geringen Lohn“ nachvollziehbar empfunden wird. Eventuell hoffen sie auch auf ein ähnliches Verhalten der anderen Mitarbeiter ihnen gegenüber, falls sie einmal selbst rechts- oder ordnungswidrige Taten begehen sollten.

Dementsprechend beruhen Ermittlungsverfahren sehr oft auf Zufällen oder Presseveröffentlichungen. Dabei ist es bemerkenswert, dass dann, wenn ein solcher Fall entdeckt wurde, häufig weitere Straftaten in diesem Rahmen be-

---

<sup>127</sup> Vgl. *Ax/Schneider*, Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung, Prävention – Compliance – Vergabeverfahren – Sanktionen – Selbstreinigung, 2. Aufl. 2010, S. 54.

<sup>128</sup> So auch für Korruption im Allgemeinen: *Dölling* (Fn. 126), S. 35, Rn 51; *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 12 Rn. 22.

<sup>129</sup> *Ax/Schneider* (Fn. 127), S. 54; *Dölling* (Fn. 126), S. 34 Rn. 50.

kannt werden, es also eine Art „Domino-Effekt“ gibt.<sup>130</sup> Dies könnte möglicherweise auch die „hohe Zahl“ von 38 Verurteilungen aus dem Jahr 2005 erklären.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass § 357 StGB aufgrund des regelmäßigen Fehlens klassischer Anzeigerstatter innerhalb der Kontroll- und Überwachungsdelikten einzuordnen ist, denen ein erhebliches Dunkelfeld bereits inhärent ist<sup>131</sup>. Allerdings dürfte dieses hier durch das Fehlen oder zumindest schlechte Funktionieren der innerbehördlichen Überprüfung und die auch sonst kaum vorhanden Erkenntnisquellen der Polizei besonders groß sein.

### 5. Kriminalpolitische Notwendigkeit des § 357 StGB

Die dargebrachten Erklärungsansätze können zwar ergänzend zur Erklärung der geringen Fallzahlen herangezogen werden, jedoch können diese dadurch sicherlich nicht vollständig begründet werden, sodass tatsächlich von einer geringen praktischen Notwendigkeit des § 357 StGB ausgegangen werden muss.<sup>132</sup> Von einem fehlenden kriminalpolitischen Bedürfnis gingen bezüglich der fast wortgleichen Vorgängervorschrift schon *Neumeyer* im Jahr 1905 und auch der E 62 von 1962 aus und forderten eine Streichung des Tatbestandes.<sup>133</sup> Bei der Übernahme der Norm in das EGStGB 1974 wurde diese Frage einer späteren Überprüfung vorbehalten.<sup>134</sup> Da eine solche Überprüfung von Seiten des Gesetzgebers aber seitdem nicht stattgefunden hat, soll sie an dieser Stelle vorgenommen werden.

Für eine Streichung wird neben den nicht zu bestreitenden, aber teilweise erklärbaren niedrigen Fallzahlen vor allem angeführt, dass sich quasi alle relevanten Konstellationen im Rahmen des § 357 StGB auch über die mittelbare Täterschaft, allgemeine Teilnahmeregel oder Unterlassungsstrafbarkeiten erfassen lassen.<sup>135</sup> Bei einer reinen Fixierung des § 357 StGB auf die Tathandlung des Verleitens wäre dieser Auffassung zugute zu halten, dass im Prinzip tatsächlich fast alle denkbaren Fälle entweder über § 26 StGB (bei vorsätzlichen Haupttaten) oder den sowieso vorrangigen § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB (bei fahr-

---

<sup>130</sup> So *Dölling* (Fn. 126), S. 34, Rn. 50; *Bannenber*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle: eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse; 2002, S. 255-257.

<sup>131</sup> Bezüglich des Begriffs des Kontrolldelikts und des damit einhergehenden Dunkelfelds vgl. *Hettinger*, Das Strafrecht als Büttel? – Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3. 11. 1995, NJW 1996, 2263 (2266).

<sup>132</sup> So *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 8; *Will* (Fn. 6), 254, 255.

<sup>133</sup> *Neumeyer* (Fn. 116), 517 (522); BT-Drucks. IV/650, 648.

<sup>134</sup> BT-Drucks. 7/550, 288.

<sup>135</sup> So *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 8; *Will* (Fn. 6), 254, 255.

lässigen Haupttaten) lösbar sind.

Darüber hinaus begründet § 357 StGB nach der hier vertretenen Ansicht auch keine Strafbarkeit des Vorgesetzten bei einer gutgläubigen Tat seines Untergebenen.

Ein mögliches, wenn auch weniger starkes Argument gegen diese Auffassung wäre die Tatsache, dass der Vorgesetzte eben als Täter und nicht nur als Teilnehmer gem. § 26 StGB verurteilt werden soll, um seine persönliche Schuld deutlich zu machen. Denn nach dem differenzierten Teilnahmesystems des deutschen Strafrechts stellt eine Täterstrafe im Vergleich zu einer Teilnehmerstrafe eine schärfere Sanktion dar.<sup>136</sup>

Auch bezüglich der versuchten Verleitung und des Geschehenlassens, bzw. der §§ 30 Abs. 1, 27, 23 StGB vermögen die obige Ansicht und eine Streichung des § 357 StGB letztlich nicht mehr zu überzeugen. Zunächst ist festzustellen, dass auch §§ 30 Abs. 1, 27, 23 StGB im Gegensatz zu § 357 StGB vorsätzliche Haupttaten voraussetzen, hier aber die Beteiligung bei fahrlässigen Taten nicht einfach über eine mittelbare Täterschaft gelöst werden kann, sodass insbesondere die Beihilfe durch Unterlassen zu einer fahrlässigen Tat nicht mehr strafbar wäre.

Zudem erfasst § 30 Abs. 1 StGB nur Verbrechen, was sich hier als problematisch herausstellt. Wie bereits oben hervorgehoben, stellen die meisten Delikte in diesem Zusammenhang nämlich nur Vergehen dar (§§ 263, 266, 267, 331, 332, 348 StGB). Wenn der untergebene Beamte das Begehen der Straftat ablehnt, was durchaus realistisch erscheint, wäre der Vorgesetzte in all diesen Fällen straflos. Dies widerspricht aber in eklatanter Weise dem Schutzgut der Reinheit der Amtsführung, das allen Amtsdelikten eigen ist und den Vorgesetzten schärfer haften lassen soll, als dies im allgemeinen Teil des StGB der Fall wäre.<sup>137</sup> Zudem käme dem Vorgesetzten die obligatorische Strafmilderung des § 30 Abs. 1 S. 2 StGB zugute, sodass der Bereich des § 41 Abs. 1 Nr. 1 BBG in weniger Fällen erreicht werden würde. Dies ist angesichts der eher zurückhaltenden Anwendung der §§ 358, 45 Abs. 2 StGB ebenfalls nicht erstrebenswert, da ein solcher Beamter im Staatsapparat nicht tragbar ist und der Verlust der Beamtenstellung möglicherweise abschreckend wirkt.

Dieselbe Strafmilderungsproblematik stellt sich bei der Beihilfe durch Unterlassen, auf die ohne das Geschehenlassen im Sinne des § 357 StGB zurückgegriffen werden müsste.

---

<sup>136</sup> So *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

<sup>137</sup> So auch *Andrews* (Fn. 4), 199, 200.

Darüber hinaus müsste der Vorgesetzte auch noch eine Garantenpflicht aufweisen, was nicht immer der Fall sein wird. Auch dürfte eine Verurteilung wegen Beihilfe in vielen Fällen dem durch den Vorgesetzten verwirklichten Unrecht nicht gerecht werden, da er eben anders als „normale“ Bürger weitergehende Pflichten zur Verbrechensverhinderung innehat.

Eine Abschaffung des § 357 StGB würde folglich zu einigen Strafbarkeitslücken führen, die zwar sicherlich nicht oft relevant werden würden, aber dann umso eklatanter wären. Außerdem würde nicht nur der Abschreckungseffekt des Strafrechts in diesem Bereich verringert werden, zudem könnte eine solche Handlung des Gesetzgebers von der öffentlichen Verwaltung und auch der Bevölkerung als (falsches) Signal einer Entkriminalisierung solcher Taten verstanden werden.

Während ein kriminalpolitisches Bedürfnis auf der Grundlage der negativen Generalprävention wie dargelegt durchaus anzunehmen ist, erscheint ein solches aus Gründen der positiven Generalprävention dagegen schwer begründbar. Zwar ist es durchaus vorstellbar, dass eine vermehrte und erweiterte Anwendung<sup>138</sup> des § 357 StGB tatsächlich dazu beitragen könnte, dass die Bevölkerung das Vertrauen in die Verwaltung zurückerlangt. Denn es wäre sichtbar, dass dort jegliches die Rechtsordnung gefährdendes Handeln im Amt, insbesondere auch das Akzeptieren von rechtswidrigen Handlungen der Untergebenen, zu einer erheblichen straf- und beamtenrechtlichen Sanktion führt. Dabei dürfte es für die Bevölkerung hinsichtlich des Verleitens angesichts der gleichen Strafdrohung indes unerheblich sein, ob eine Verurteilung aufgrund von § 26 StGB oder § 357 StGB geschieht. Bezüglich des Geschehenlassens gestaltet sich dies aber anders, da zwischen einer Beihilfe und einer Täterschaft auch aus Sicht der Bevölkerung ein erheblicher Unterschied besteht und solche Vorgesetzten eine (deutlich härtere) Täterstrafe „verdient“ haben.

Nach den jetzigen Fallzahlen ist diese wünschenswerte Beeinflussung aber kaum vorstellbar, da ein Tatbestand, der kaum zur Anwendung kommt, sicherlich nicht das Normvertrauen der Allgemeinheit stärkt.

Andererseits dürfte § 357 StGB dieses Normvertrauen aber auch nicht mindern, da er so unbekannt ist, dass der Großteil der Bevölkerung vermutlich nichts von seiner Existenz weiß und dann auch nicht aufgrund der geringen Verurteilungszahlen den Gedanken hegen könnte, dass in diesem Bereich von Seiten der Justiz weniger genau hingesehen wird.

Somit hat § 357 StGB schlicht keinen Einfluss auf das Rechtsvertrauen der

---

<sup>138</sup> So hier favorisiert, vgl. Abschnitt **IV**.

Allgemeinheit, sodass die positive Generalprävention zu vernachlässigen ist.

Gegen eine Streichung des § 357 StGB spricht zudem noch, dass die Norm das eine oder andere Mal (wie 2005) doch bedeutsam wurde und man deshalb auch hinsichtlich der Fallzahlen zwar von einem geringen, jedoch nicht von einem gänzlich fehlenden kriminalpolitischen Bedürfnis sprechen kann.

#### **IV. Gesetzesänderungen**

Nach der hier vertretenen Meinung hat § 357 StGB trotz aller Gegenstimmen einen kriminalpolitischen Sinn. Dennoch ist der Tatbestand bei weitem nicht perfekt, sodass man über Gesetzesänderungen nachdenken sollte.

##### **1. Wortlautanpassungen**

Zunächst empfehlen sich einige kleinere Anpassungen des Wortlauts, um Probleme des Tatbestands zu lösen. Zuerst sollte „Vorgesetzter“ und „Untergebener“ in der geltenden Fassung<sup>139</sup> des § 357 StGB durch „vorgesetzter Amtsträger“ und „untergebener Amtsträger“ ersetzt werden, um die Streitigkeiten diesbezüglich angemessen zu lösen.<sup>140</sup> Weiterhin wäre es sicherlich anzuraten, den Wortlaut des § 357 Abs. 2 StGB hinsichtlich der „begangenen Tat“ auf „begangene oder zu begehende Tat“ zu erweitern, um die bisher wegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB nicht mögliche, aber sinnvolle Einbeziehung des versuchten Verleitens in § 357 Abs. 2 StGB zu ermöglichen.<sup>141</sup> Auch ein Hinweis darauf, dass § 13 Abs. 2 StGB beim Geschehenlassen nicht anwendbar ist, wäre erstrebenswert.

##### **2. Einbeziehung gutgläubiger Taten**

Wie bereits dargestellt, ergibt sich in Fällen, in denen der Untergebene noch nicht einmal fahrlässig handelt und es dem Vorgesetzten an der erforderlichen Täterqualität fehlt, de lege lata eine Strafbarkeitslücke.

Da es aber eigentlich keinen Grund gibt, den Vorgesetzten in diesen Fällen zu privilegieren, könnte man erwägen, auch solche Konstellationen in § 357 StGB aufzunehmen. Ein solches Ansinnen wäre zwar verständlich, allerdings dürfte sich die Umsetzung als ausgesprochen diffizil erweisen.

Schließlich kann man nicht einfach einen Halbsatz wie „... rechtswidrige Tat, die weder vorsätzlich noch fahrlässig sein muss“ in § 357 StGB einfügen, ohne

---

<sup>139</sup> Zu einer Erstreckung auf private Vorgesetzte vgl. Abschnitt **IV. 4.**

<sup>140</sup> So auch *Andrens* (Fn. 4), 201.

<sup>141</sup> So auch *Andrens* (Fn. 4), 201; unklar bei *Finke* (Fn. 94), 73 Fn. 293; vgl. Abschnitt **II. 5. b) bb) (2).**

in erhebliche denklogische Schwierigkeiten innerhalb des Tatbestands zu geraten und darüber hinaus unlösbare Widersprüche mit § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, der gerade definiert, was unter einer „Tat“ zu verstehen ist, herbeizuführen. Diese Norm zu ändern, geht angesichts der geringen praktischen Bedeutung dieser Fallgruppe allerdings deutlich zu weit, zumal das erhebliche Auswirkungen auf das gesamte StGB haben würde. Mit dieser Strafbarkeitslücke wird man daher leben müssen.

### 3. Gesetzliche Gewährung eines Rücktrittsrechts

Sinnvoll wäre eine Ersetzung der hier altertümlichen Formulierung des „Unternehmens“ durch „Versuch des Verleitens“<sup>142</sup> unter einem gleichzeitigen Verweis, dass ein Rücktritt (nur) über § 24 Abs. 2 StGB möglich ist.

### 4. Verpflichtende Anordnung des Verlusts des Beamtenstatus

Um die Abschreckungswirkung des § 357 StGB noch zu verstärken, könnte dort ein dritter Absatz eingefügt werden, der als grundsätzlich zwingende Rechtsfolge bei jeglicher Verurteilung oder zumindest bei der Verhängung einer Freiheitsstrafe nach dieser Norm den Verlust des Beamtenstatus zur Folge hat. Dabei sollte man allerdings über eine Härteklausele für Ausnahmefälle nachdenken. Ein solches Ergebnis dürfte sich zwar nach der Gesetzeslage in vielen Fällen auch ohne einen solchen Zusatz erreichen lassen, aber eben nicht in allen. Namentlich fehlt diese Möglichkeit bei Geldstrafen oder Freiheitsstrafen unter sechs Monaten. Aufgrund der restriktiven Handhabung der §§ 358, 45 Abs. 2 StGB kommt es auch bei Freiheitsstrafen zwischen sechs und zwölf Monaten nicht immer zu einer Aberkennung des Beamtenstatus. Diese wäre aber wünschenswert, auch aus Gründen der Reinhaltung der Amtsführung und des Vertrauens der Bevölkerung in die Behörden, dem für die Funktionsfähigkeit der Verwaltung höchste Bedeutung<sup>143</sup> beikommt. Zudem könnte ein entsprechender Absatz auch eine Signalwirkung haben.

### 5. Strafmilderungsprivilegien

Um die geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit zu erhöhen, wäre eine Vorschrift in Betracht zu ziehen, die den Haupttäter bei einer Selbst- und der damit verbundenen Fremdanzeige des Vorgesetzten mit einer verpflichtenden und explizit geregelten Strafmilderung, nicht aber mit Straffreiheit privilegiert. Natürlich müsste diese an enge Voraussetzungen geknüpft werden. Insbesondere sollte die Norm nur dann greifen, wenn die Tat noch nicht durch Polizei oder Staatsanwaltschaft aufgedeckt wurde, da eine Überführung den Vorgesetzten

---

<sup>142</sup> So auch *Andrews* (Fn. 4), 201.

<sup>143</sup> So auch *Dölling* (Fn. 19), E III 1. a), S. 50.

dann relativ einfach sein dürfte. In diesem Fall liegt es nahe, dass der Untergebene den Vorgesetzten ohnehin belasten wird, um für sich Vorteile zu erreichen, sodass die Aufklärungshilfe in diesem Stadium nur noch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden darf. Als Vorbilder innerhalb des geltenden Rechts könnten dabei die Kronzeugenregelungen des § 261 Abs. 9 StGB oder des § 31 BtMG dienen.<sup>144</sup>

Ein theoretisch denkbare Selbstanzeigeprivileg für den Vorgesetzten sollte dagegen nicht eingeführt werden, da es nicht nur der ratio des § 357 StGB zuwider laufen würde, sondern wohl auch bedeutungslos wäre. Ein solches Privileg dürfte, wie beim Untergebenen, auch nur vor der Entdeckung der Tat durch behördliche Stellen eingreifen, da sonst eine nicht honorable Leistung belohnt werden würde. Eine Situation in der der Vorgesetzte – ohne Anhaltspunkte für eine Entdeckung der Tat – diese freiwillig aufklären und sich selbst schwer belasten würde, ist aber kaum denkbar. Zum einen hat der Vorgesetzte durch seine Tat deutlich gezeigt, dass er über eine erhebliche kriminelle Energie verfügt, sodass eine Selbstanzeige aus Reue oder ähnlichen Gründen ausgesprochen fernliegend erscheint. Zum anderen muss der Vorgesetzte, anders als der Untergebene sicherlich nicht diesen Weg gehen und die erheblichen Rechtsfolgen auf sich nehmen, um seinem Untergebenen (berufliche und private) Probleme zu bereiten, da ihm dafür die dienstlichen Mittel mehr als ausreichen dürften. Ein etwaiges, gegen den Sinn des § 357 StGB verstoßendes Privileg würde also ohnehin leer laufen.

## 6. Erstreckung des § 357 StGB auf private Vorgesetzte

Eine sehr interessante Diskussion in diesem Zusammenhang dreht sich um die Frage, ob auch die weisungsberechtigten Vorgesetzten von Privatunternehmen genauso wie Amtsvorgesetzte weitergehend für fremdes Verhalten einstehen und haften sollen anstatt nach den Regelungen über unmittelbare und mittelbare Täterschaft oder den allgemeinen Teilnahmeregelungen.

Die Literatur, die in diesem Bereich – anders als der *BGH* – eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft größtenteils ablehnt, sieht hier offensichtlich ein Bedürfnis dafür, die Vorgesetzten aufgrund ihrer besonderen Stellung und Verantwortung und auch aufgrund der Größe der Rechtsgutsgefährdungen schärfer als normale Täter haften zu lassen.

*Tiedemann* befürwortet deshalb eine allgemeine Vorschrift, die wohl innerhalb des Allgemeinen Teils des StGB am besten aufgehoben wäre. Diese soll festlegen, dass gewisse Personen, darunter auch Inhaber eines Unternehmens, die

---

<sup>144</sup> So für die Bestechungsdelikte im Allgemeinen *Dölling* (Fn. 19), F IV 1. j), S. 112.

dafür einzustehen haben, dass keine Straftaten verübt werden, als Täter bestraft werden.<sup>145</sup>

Demgegenüber möchten andere Autoren an § 357 StGB selbst ansetzen. Dieser soll auf weisungsberechtigte Vorgesetzte und weisungsverpflichtete Untergebene erstreckt werden und so auch für diese eine sehr weitgehende strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen.<sup>146</sup> Um eine ausufernde Haftung zu vermeiden, wird aber richtigerweise verlangt, dass es sich dann bei der Straftat um eine betriebs- oder unternehmensbezogene Straftat handeln müsse, und es gerade nicht ausreiche, dass ein Vorgesetzter eine private Straftat seines Untergebenen geschehen lasse, da er diesbezüglich nicht anders zu behandeln sei als jede andere Person.<sup>147</sup> Schließlich muss auch bei einem Amtsträger die Tat in Zusammenhang mit dessen Amtsführung stehen.

Schwierig wäre diesbezüglich allerdings die systematische Stellung des § 357 StGB, da er dann nur noch zu einem (in der Praxis wahrscheinlich sehr kleinen) Teil ein Amtsdelikt darstellt. Auch dürfte es in einigen Fällen zu Diskussionen kommen, was unter einer betriebsbezogenen Tat zu verstehen ist und wie weit die Haftung des Vorgesetzten tatsächlich geht.

Insbesondere bei sehr großen Betrieben dürfte außerdem das subjektive Element des Tatbestandes problematisch sein. Während bei der aktuellen Fassung des § 357 StGB *dolus eventualis* ausreicht, wohl da den Amtsvorgesetzten eine besondere Fürsorgepflicht und Kontrollpflicht trifft, dürfte dieses für private Vorgesetzte zu weitgehend sein.

Ein „Billigen und für möglich Halten“ etwaiger Straftaten wird durch die Gerichte in diesem Zusammenhang aufgrund mangelnder und in ausreichender Form auch schwer durchführbarer Kontrollen wohl sehr oft angenommen werden.

Gerade in sehr großen Unternehmen scheint eine solch strenge (Überwachungs-)Pflicht des Vorgesetzten übertrieben, sodass für diese zumindest *dolus directus* 2. Grades, also sicheres Wissen, bezüglich der Straftat zu fordern sein wird. Eine Vorschrift nach der Idee *Tiedemanns* ist zwar von ihrer systematischen Stellung her eindeutiger, birgt aber aufgrund ihrer nur unklar formulier-

---

<sup>145</sup> *Tiedemann*, Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht – Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge, in: FS Nishihara 1. Aufl. 1998, 496 (511).

<sup>146</sup> *Roxin*, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStrR 2007, 1 (21, 22); *Bottke*, Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht – de lege lata und de lege ferenda, JuS 2002, 320 (324).

<sup>147</sup> So zumindest im Entwurf von *Bottke* (Fn. 146), 320 (324).

ten Einstehungspflicht die Gefahr einer zu strengen und überbordenden strafrechtlichen Verantwortung. Zudem wird man sich über die Kriterien für eine relevante Verantwortlichkeit vortrefflich streiten können, sodass eine in diesem Bereich nicht tolerierbare Rechtsunsicherheit entstehen würde.

Deshalb sollte eine dem § 357 StGB ähnliche, aber in oben angesprochenen Punkten eigenständige und sehr klar und eindeutig formulierte Regelung angedacht werden. Dabei wäre es auch möglich, § 357 Abs. 1 und Abs. 2 StGB in ihrer jetzigen Form bestehen zu lassen und entweder einen Abs. 3 oder, besser noch, eine vollkommen eigenständige Regelung einzuführen. Dies wäre gerade auch hinsichtlich der sonstigen Rechtsfolgen übersichtlicher, wobei sich natürlich das Problem der systematischen Verortung im StGB stellen würde.

## V. Fazit

Trotz der geringen Fallzahlen kann eine Aufhebung des § 357 StGB nicht empfohlen werden. Aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten handelt es sich hierbei zwar um eine selten zur Anwendung kommende, aber dennoch sinnvolle Vorschrift.

Allerdings sollte der Tatbestand wie beschrieben auf jeden Fall zumindest sprachlich modernisiert werden. Aufgrund der sehr altertümlichen Formulierung, die wie dargestellt auch in einigen Punkten inhaltlich kaum nachvollziehbar ist, bereitet § 357 StGB in seiner jetzigen Fassung doch erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. Hierbei fällt auf, dass sich der Großteil der Literatur bei manchen Fragen, insbesondere bei der Problematik einer gutgläubigen Haupttat und der zu begehenden Tat im Sinne von § 357 Abs. 2 StGB, über das (eigentlich auch sinnvolle) Ergebnis einig zu sein scheint, auch wenn der eindeutige Wortlaut des StGB und damit das Analogieverbot aus § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG entgegenstehen.

Eine solche Auslegung ist aber mehr als bedenklich und sollte durch den Gesetzgeber entweder mittels einer Gesetzesänderung bestätigt bzw. ermöglicht oder endgültig verhindert werden.

Darüber hinaus sollte der § 357 StGB aber auch inhaltlich erweitert werden, um der Norm eine größere Bedeutung zukommen zu lassen und so auch ein deutliches Signal hinsichtlich der Erheblichkeit entsprechender strafbarer Handlungen zu senden. Insbesondere eine Anwendbarkeit in der Privatwirtschaft dürfte angesichts des erheblichen Kriminalitätsrisikos in diesem Bereich sinnvoll sein.