Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 52

Amtswalterunterlassen

Von

Michael Schultz

Duncker & Humblot · Berlin

Michael Schultz / **Amtswalterunterlassen**

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 52

Amtswalterunterlassen

Von

Dr. Michael Schultz

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Zur Aufname in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Heinz Wagner, Kiel

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schultz, Michael:
Amtswalterunterlassen / von Michael Schultz. —
Berlin: Duncker und Humblot, 1984.
(Strafrechtliche Abhandlungen; N.F., Bd. 52)
ISBN 3-428-05597-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1984 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3-428-05597-7

Meinen Eltern

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1983 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität Kiel als Dissertation angenommen. Maßgeblichen Anteil an ihrem Zustandekommen hat Herr Professor Dr. Wagner, der mein Interesse für das Strafrecht verständnisvoll förderte und mir dann die Untersuchung der Problematik anvertraute. Die Studienstiftung des Deutschen Volkes gab mir durch ein Stipendium die Möglichkeit, mich bis zum Beginn des Referendariats allein auf die Bearbeitung des Themas konzentrieren zu können. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Schmidhäuser für die Aufnahme der Schrift in die Strafrechtlichen Abhandlungen.

Kronshagen, Dezember 1983

Michael Schultz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 19

Erster Teil

Ursprung der Handlungspflicht 21

A. Normentheorie als Ansatz 24

I. Überblick über den Meinungsstand 24

1. Stellungnahmen zur Normentheorie selbst 24
2. Stellungnahmen innerhalb der Schuldlehre 26
3. Stellungnahmen innerhalb der Unterlassungsdogmatik 29

II. Kritik der Argumente 31

1. Einheitlicher Ursprung 32
2. Keine Strafe ohne Gesetz 33
3. Formulierung der Tatbestände 33
4. „Rechtslogik" 34
5. Geschichte 34
6. Gesetzesvorbehalt 35
7. Ergebnis 35

B. Rechtsgüterschutz und Einheit der Rechtsordnung als Ansatz 35

I. Priorität eines Rechtsgebietes und damit auch seiner Pflichten ... 36

1. Zeitliche Priorität 36
2. Priorität des öffentlichen Rechts 36
3. Priorität des Strafrechts 38

II. Verhältnis der Pflichten zueinander 41

III. Ergebnis 42

Zweiter Teil

Induktiver Ansatz zur Ermittlung der Garantenstellung von Amtswaltern 43

A. Einteilung der Pflichten der Beamten am Beispiel des Bundesbeamtengesetzes ... 45

I. Untersuchung im Hinblick auf den Amtsbezug ... 45

1. Allgemeine Treuepflicht ... 45

2. Besondere Treuepflicht ... 46

a) Politische Treuepflicht ... 46

b) Pflicht zum achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten 47

c) Verschwiegenheitspflicht ... 49

3. Pflicht zur vollen Hingabe an den Beruf ... 50

4. Pflichten aus dem Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis ... 51

a) Gehorsamspflicht des Untergebenen ... 51

b) Remonstrationspflicht des Untergebenen ... 54

c) Beratungs- und Unterstützungspflicht des Untergebenen .. 54

d) Auskunfts- und Wahrheitspflicht des Untergebenen ... 54

e) Pflichten des Vorgesetzten ... 55

aa) Verhaltenspflicht ... 55

bb) Aufsichtspflicht ... 55

II. Pflichten mit Amtsbezug ... 56

1. Pflichten mit Bezug zu jedem Amt ... 56

a) Pflichten aus dem Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis .. 56

aa) Gehorsamspflicht, Remonstrationspflicht des Untergebenen ... 56

bb) Beratungs- und Unterstützungspflicht des Untergebenen ... 56

cc) Auskunfts- und Wahrheitspflicht des Untergebenen ... 56

dd) Aufsichtspflicht des Vorgesetzten ... 56

b) Pflichten, die sich auf die Art und Weise der Amtsführung beziehen ... 57

2. Amtswahrnehmungspflicht ... 57

a) Zuständigkeit ... 59

b) Aufgabe ... 59

III. Ergebnis ... 60

B. Übertragbarkeit der Einteilung auf die übrigen Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst ... 60

I. Amt der Angestellten und Arbeiter ... 61

II. Pflichten der Angestellten und Arbeiter ... 62

1. Pflichten ohne Amtsbezug ... 62

a) Politische Treuepflicht ... 62

b) Verschwiegenheitspflicht ... 62

2. Pflichten mit Amtsbezug ... 63

a) Amtswahrnehmungspflicht ... 63

b) Pflichten aus dem Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis ... 63

aa) Gehorsamspflicht des Untergebenen ... 63

α) Trennung von amtlichen und dienstlichen Weisungen 64

β) Remonstration des Untergebenen ... 64

bb) Beratungs- und Unterstützungspflicht des Untergebenen 64

cc) Auskunfts- und Wahrheitspflicht des Untergebenen ... 64

dd) Aufsichtspflicht des Vorgesetzten ... 65

3. Pflichten, die sich auf die Art und Weise der Amtsführung beziehen ... 65

III. Ergebnis ... 65

C. Schutzzweck der Pflichten und Bild des Garanten ... 65

I. Garantenstellung kraft Amtsstellung ... 66

1. Amtswahrnehmungspflicht ... 66

a) Schutzzweck ... 66

aa) Subektiv-öffentliches Recht als nicht notwendige Bedingung ... 67

bb) Verpflichtung der Verwaltung als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung ... 68

α) Gebundene Verwaltung ... 68

β) Ermessensverwaltung, insbesondere Selbstbindung der Verwaltung und öffentlich-rechtlicher Vertrag 68

cc) Insbesondere: Streik im öffentlichen Dienst und Streiksurrogat ... 71

dd) Zusammenfassung ... 73

b) Bild des Garanten ... 73

aa) Entstehung einer Garantenrolle im allgemeinen ... 76

bb) Unterscheidung zwischen verschiedenen Tätigkeitsbereichen ... 78

c) Zwischenergebnis ... 82

2. Gehorsamspflicht 83
a) Weisung zu einem Handeln 83
aa) Rechtmäßigkeit der Weisung 83
bb) Rechtswidrigkeit der Weisung 84
α) Rechtswidrigkeit im Außenverhältnis 84
β) Rechtswidrigkeit im Innenverhältnis 85
b) Weisung zu einem Unterlassen 86
c) Zwischenergebnis 86
3. Remonstrationspflicht 86
a) Weisung zu einem Handeln 87
b) Weisung zu einem Unterlassen 88
c) Zwischenergebnis 88
4. Beratungs- und Unterstützungspflicht 88
a) Schutzzweck 89
b) Bild des Garanten 89
5. Auskunfts- und Wahrheitspflicht 90
6. Aufsichtspflicht über die amtliche Tätigkeit 91
7. Aufsichtspflicht über die nicht nur amtliche Tätigkeit 92
8. Pflichten, die sich auf die Art und Weise der Amtsführung beziehen 92
9. Ergebnis 94

II. Sonstige Garantenstellung des Amtswalters 95
1. Garantenstellung kraft nicht amtswahrnehmungsbezogener Pflichtenstellung im allgemeinen 95
2. Garantenstellung kraft nicht amtswahrnehmungsbezogener Pflichtenstellung für staatliche Rechtsgüter 96
a) Bestimmte staatliche Rechtsgüter 97
b) Allgemeines staatliches Rechtsgut 98
3. Ergebnis 101

Dritter Teil

Deduktiver Ansatz zur Ermittlung der Garantenstellung von Amtswaltern 102

A. Allgemeine Unterlassungsdogmatik als Ausgangspunkt 102

I. Lösungen ohne Berücksichtigung der materiellen Einteilung der Garantenstellungen 102

1. Darstellung ... 102
a) Drost, Nagler ... 103
b) Dahm, Vogt ... 103
c) Doldi, Böhm ... 104
d) Grünwald ... 105
2. Zusammenfassung und Kritik ... 106

II. Lösungen unter Berücksichtigung der materiellen Einteilung der Garantenstellungen ... 108
1. Einordnung in die materielle Einteilung ... 109
a) Darstellung ... 109
aa) Garantie der Überwachung bestimmter Gefahrenquellen 109
bb) Garantie der Obhut über bestimmte Rechtsgüter ... 110
b) Zusammenfassung und Kritik ... 111
2. Grundsätzliche Ansätze ... 113
a) Darstellung ... 113
aa) Androulakis ... 113
bb) Schünemann ... 114
cc) Herzberg ... 116
dd) Arzt ... 117
b) Zusammenfassung und Kritik ... 118
3. Weiterführung allgemeiner Ansätze im Hinblick auf spezielle Tätigkeitsbereiche von Amtswaltern ... 120
a) Darstellung ... 120
aa) Kürzere Stellungnahmen ... 120
bb) Horn ... 121
cc) Rudolphi ... 123
b) Zusammenfassung und Kritik ... 124

III. Rechtsprechung ... 127
1. Darstellung ... 127
2. Zusammenfassung und Kritik ... 131

B. Lösung Wagners zur Garantenstellung ... 133
I. Darstellung ... 133
II. Kritik ... 133

C. Eigene Lösung zur Garantenstellung ... 135
I. Kriterium des Vertrauens ... 136

II. Kriterium der Gefährdung 138
1. Anwendbarkeit auf die Übernahme 139
a) Konkretisierung des Gefahrkriteriums 140
aa) Schaffung oder Aufrechterhaltung einer Innengefahr .. 140
bb) Herrschaft über eine Außengefahr 142
b) Bedeutung des Vertrauenskriteriums 143
2. Allgemeine Anwendbarkeit 145
3. Anwendung auf das Unterlassen von Amtswaltern 147
a) Übernahme durch den Staat 148
b) Übernahme durch den Amtswalter 149
aa) Bestimmung des Übernahmeaktes 149
bb) Insbesondere: öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Fehlerhaftigkeit des Übertragungsaktes 151
c) Ergebnis 152
III. Folgerungen für einzelne Verwaltungsbereiche 153
1. Individuelle Rechtsgüter 153
a) Sachliche Gefahren 153
b) Personale Gefahren 154
aa) Gesetzlich nicht geregelte Fälle 154
bb) Gesetzlich geregelte Fälle 156
c) Polzei 160
2. Überindividuelle Rechtsgüter 164
a) Polizei 165
b) Wasserbehörden 166
c) Gesundheitswesen 170
d) Immissionsschutz 171
e) Bankenaufsicht 172
f) Staatliche Rechtsgüter 173

Vierter Teil

Täterschaft und Teilnahme beim Amtswalterunterlassen 176

A. Abhängigkeit der Beteiligungs- von der Garantenproblematik 176
I. Ablehnung der Abhängigkeit wegen Maßgeblichkeit anderer Kriterien 177
1. Tatherrschaft 177

a) Darstellung 177
b) Kritik 180
2. Subjektive Aspekte 183
3. Struktur der Unterlassung 184
4. Zusammenfassung 186
II. Anerkennung der Abhängigkeit 186
1. Pflichtverletzung 186
2. Berücksichtigung der Beihilferegelung 187
a) Beihilfe als garantenpflichtbegründende Vorhandlung 187
b) Andere Garantenstellungen 190
3. Zusammenfassung 192

B. Art der Abhängigkeit der Beteiligungs- von der Garantenproblematik 192

I. Unterscheidung nach unterschiedlichem sozialen Gewicht 193
1. Darstellung 193
2. Kritik 194
II. Unterscheidung nach Ursprung und Inhalt 194
1. Darstellung 194
a) Schröder 194
b) Lüderssen 195
c) Androulakis 195
d) Schünemann 195
e) Herzberg 196
f) Busse 196
2. Kritik 197
a) Methode 197
b) Wertungswidersprüche 198
c) Zusammenfassung 201
III. Besonderheiten des Amtswalterunterlassens 201
1. Wagner 201
a) Darstellung 201
b) Kritik 202
2. Horn 203
a) Darstellung 203
b) Kritik 204

3. Zusammenfassung 204

IV. Eigene Lösung 204

1. Ausgangslage 204

2. Tauglichkeit der entwickelten Gefahrkriterien 205

3. Anwendung der Gefahrkriterien auf das Unterlassen 207

a) Herrschaft über eine Außengefahr 207

b) Schaffung oder Aufrechterhaltung einer Innengefahr 208

c) Bedeutung des Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses und des § 357 209

d) Ergebnis 213

Literaturverzeichnis 215

Abkürzungsverzeichnis

Es werden nur die Abkürzungen aufgeführt, die bei *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl., 1983, nicht genannt sind oder von den dort genannten abweichen.

BSeuchenG	Bundesseuchengesetz
Einl.	Einleitung
FernmeldeG	Fernmeldegesetz
gem.	gemäß
GS	Der Gerichtssaal
heVGH	hessischer Verwaltungsgerichtshof
JZ GD	Juristenzeitung-Gesetzgebungsdienst
LK	Leipziger Kommentar
l. Sp.	linke Spalte
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
Rdnr.	Randnummer
r. Sp.	rechte Spalte
SeemannsG	Seemannsgesetz
shLVwG	schleswig-holsteinisches Landesverwaltungsgesetz
SK	Systematischer Kommentar
StrafVollzG	Strafvollzugsgesetz
VwR	Verwaltungsrecht
WStG	Wehrstrafgesetz
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Einleitung

Die Arbeit beschäftigt sich mit den Unterlassungen von Amtswaltern. Diese sind insbesondere mit der steigenden Bedeutung der Umweltkriminalität in den Blick getreten. Das Amtswalterunterlassen spielt jedoch nicht nur dort eine Rolle. So stellt sich auch jedem Polizisten die Frage, ob er strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist, wenn er fremde Straftaten nicht hindert. Die Problematik des Amtswalterunterlassens ist so umfassend wie die Gesamtheit der Bereiche, in denen Amtswalter tätig sind. In all diesen Bereichen besteht die Gefahr, daß existente Normen nicht vollzogen werden, solange die strafrechtlichen Folgen nicht geklärt sind. Eine Antwort auf die strafrechtlichen Fragen dürfte auch dazu beitragen, den Ruf nach immer neuen Normen sowohl des Strafrechts als auch des öffentlichen Rechts leiser werden zu lassen. Die Frage lautet daher, wann der unterlassende Amtswalter und wie er zu bestrafen ist. Angesprochen sind damit die beiden wesentlichen Probleme der Begründung von Garantenstellungen und der Lösung der Beteiligungsfrage. Wenn die allgemeine Unterlassungsdogmatik auch bis in den Anfang der siebziger Jahre wesentliche Fortschritte gemacht hat, ohne die diese Arbeit nicht in Angriff genommen werden könnte, so ist doch die Garanten- und die Beteiligungsproblematik weder allgemein noch bezogen auf Amtswalter hinreichend gelöst.

Die Thematik des Amtswalterunterlassens befindet sich im Schnittpunkt von Allgemeinem und Besonderem. In der allgemeinen Unterlassungsdogmatik steht nach wie vor das Merkmal der Garantenstellung im Mittelpunkt. Unklar ist allerdings schon ganz generell der Ursprung der Garantenpflicht. Bei Amtswaltern muß nun das öffentliche Recht als Ursprung von besonderen Garantenpflichten in Betracht gezogen werden. Daher hat sich die Arbeit zunächst allgemein mit dem Verhältnis des Strafrechts zum öffentlichen Recht auseinanderzusetzen. Es wird sich zeigen, daß beide Rechtsgebiete für die Pflicht zum Handeln von Bedeutung sind und so zur Bestimmung der Garantenstellung beitragen. Schon mit Hilfe des öffentlichen Rechts ist es möglich, den Bereich straflosen Unterlassens einzugrenzen. Das so erzielte Ergebnis kann allein nur ein unvollständiges und grobes Raster sein, das aber wegen der Bedeutung des öffentlichen Rechts auch im Bereich des Strafrechts für die weitere Arbeit unverzichtbar ist.

Der allgemeinen Unterlassungsdogmatik verbleibt die Aufgabe, die Grundstruktur der Garantenstellung zu beschreiben. Die Lösung dieser Aufgabe ist naturgemäß eine weitere Voraussetzung für die Bestimmung der Grenzen strafbaren Unterlassens. Im übrigen ist sie aber auch für die Beteiligungsfrage beim Unterlassen von Gewicht, mit der sich die Arbeit in ihrem letzten Teil befaßt.

Im Rahmen der Aufgabe, die Garantenstellung zu bestimmen, wird der Versuch unternommen, den Gedanken der Verwirklichung von Gefahren, der auch sonst zunehmend Gefolgschaft findet, fruchtbar zu machen. Dieser Gedanke gibt nicht nur Antwort auf die Frage nach dem Zusammenhang zwischen einem Verhalten und einem Erfolg, womit sich die sogenannte Lehre von der objektiven Zurechnung auseinandersetzt, sondern ist auch geeignet, die Struktur der Garantenstellung selbst klären zu helfen.

Erster Teil

Ursprung der Handlungspflicht

Vorrangig ist die Frage nach der Handlungspflicht bzw. Erfolgsabwendungs- oder Garantenpflicht. Deshalb ist schon jetzt nach dem Ursprung dieser Pflicht zu suchen[1]. Auf diese Weise wird schon zu Beginn der Bereich abgesteckt, in dem die Suche und die Systematisierung später fortgesetzt werden muß. Insbesondere interessiert hier, inwieweit das öffentliche Recht ausgewertet werden muß[2]. Zwei mögliche Standpunkte kommen als These und Antithese zum Ansatz.

Die erste, den unbefangenen Leser wohl sehr unwahrscheinlich anmutende These ist: die Handlungspflicht stammt nur aus dem geschriebenen Strafrecht, also dem Strafgesetz. Nach Setzen des negativen Vorzeichens lautet die Antithese: die Handlungspflicht stammt nicht aus dem Strafrecht, sondern allein aus anderen Regelungsbereichen.

These und Antithese werden im neueren Schrifttum von Herzberg[3] und eingeschränkt von Schünemann[4] für den Bereich der Unterlassungsdelikte und hier vor allem konzentriert auf das Verhältnis zum Zivilrecht vertreten.

Ausschließlich auf die dort geführte Diskussion des Themas einzugehen, wäre jedoch für die vorliegende Untersuchung zu eng. Zum einen interessiert hier auch und gerade das Verhältnis zum öffentlichen Recht, aus dem sich die Rechtspflicht zum Handeln für Amtswalter ergeben könnte. Zum anderen besteht folgende Beziehung. Wenn es richtig ist, daß das Unterlassungsdelikt die Verletzung einer Handlungspflicht voraussetzt, müßte es ebenso richtig sein, daß das Begehungsdelikt die Verletzung einer Unterlassungspflicht voraussetzt[5].

Dann wäre aber auch der Bereich der Begehungsdelikte in den Blick zu nehmen, da bei solch struktureller Gemeinsamkeit Einsichten aus dem anderen Bereich für die Unterlassungen fruchtbar gemacht werden

---

[1] Vgl. *Vogt*, ZStW 63, 396, der diese Frage ebenfalls an den Anfang stellt.

[2] *Wagner*, Amtsverbrechen, S. 249, fordert dies.

[3] Unterlassung, S. 215 ff.

[4] Grund und Grenzen, S. 221 ff.

[5] So ausdrücklich *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, S. 93; vgl. auch *Nagler*, GS 111, 59 f.