

HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ

Beteiligung an
organisatorischen
Machtapparaten

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht
20*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 20



Hernán Darío Orozco López

Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten

Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung
strafrechtlicher Verantwortung

Mohr Siebeck

Hernán Darío Orozco López, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft an der Universidad La Gran Colombia (Kolumbien); 2013 LL.M. an der Universität Regensburg; 2017 Promotion an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Forschungsdozent an der Universidad Externado de Colombia (Kolumbien).
orcid.org/0000-0003-1502-3566

Gedruckt mit Unterstützung der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg im Breisgau.

ISBN 978-3-16-155890-0 / eISBN 978-3-16-155891-7

DOI 10.1828/978-3-16-155891-7

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

A mis padres,
con profundo amor y eterna gratitud

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen und für die Publikation nur geringfügig überarbeitet.

Ganz herzlich möchte ich mich in erster Linie bei meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Pawlik, für die vorzügliche Betreuung meines Promotionsvorhabens bedanken. Seine permanente Hilfs- und Gesprächsbereitschaft, die treffenden Literaturempfehlungen und insbesondere die wertvollen Anregungen sowie die kritischen Einwände haben bedachtere Gedankenwege angeleuchtet und die Arbeit maßgeblich gefördert. Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ulrich Sieber für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Michael Kubiciel für die großzügige Unterstützung vor allem zu Beginn meines Forschungsaufenthalts in Deutschland.

Langjährige Stipendien des Deutschen Akademischen Austauschdiensts und der Universidad Externado de Colombia haben die Durchführung des Master- und des Promotionsstudiums in finanzieller Hinsicht ermöglicht, wofür ich beiden Institutionen meine Dankbarkeit ausspreche. Weiterhin bin ich der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg im Breisgau für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses sehr dankbar.

Zuletzt möchte ich meiner Familie und meinen Freunden herzlichst danken, denn ohne ihren Beistand und ihre Ermutigung während aller Phasen dieses Projekts wäre dessen erfolgreicher Abschluss gar nicht möglich gewesen. Meinen lieben Eltern, die mich immer großzügig und liebevoll unterstützt haben, ist diese Arbeit in größter Dankbarkeit gewidmet.

Armenia, im Dezember 2017

Hernán Darío Orozco López

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Die Beteiligungsdebatte in den Fällen sogeannter organisatorischer Machtapparate	7
<i>A. Übersicht</i>	8
<i>B. Rechtsprechungsanalyse</i>	9
I. Vorbemerkung	9
II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	10
1. Kritische Darstellung	10
a) Zu den sogenannten staatlich organisierten Machtapparaten	10
b) Die Anwendung der „mittelbaren Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe“ auf sogenannte wirtschaftliche Machtapparate	21
2. Fazit	28
<i>C. Analyse des gegenwärtigen Standes der Diskussion in der Literatur</i>	32
I. Die Annahme mittelbarer Täterschaft	32
1. Die Organisationsherrschaftslehre Roxins	32
a) Entwicklung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate	32
b) Kritische Würdigung	38
aa) Organisationsherrschaft und Tatherrschaftslehre	38

(1) Vereinbarkeit der Organisationsherrschaft mit dem Grundgedanken der Tatherrschaftslehre Roxins?	38
(2) Erfassung der Hauptverantwortung des Hintermanns durch die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?	44
bb) Konsistenz des Begründungszusammenhangs der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?	47
(1) Zu den tatsächlichen Voraussetzungen der Organisationsherrschaft	47
(2) Erfolgssicherheit als tragendes Kriterium für die Begründung und Abgrenzung von Beteiligungsformen?	57
cc) Einpassung der Organisationsherrschaft in die Systematik des Gesetzes?	64
2. Weiterentwicklungen bzw. Modifizierungen der Organisationsherrschaftslehre	66
a) Morozinis' „rechtsgelöste Fungibilität“	66
b) Ambos' Verbesserungsvorschläge	76
c) Urbans „repressive Wirkweise des Systems“	80
3. Andere Ansätze zur Begründung einer mittelbaren Täterschaft des Hintermanns	84
a) Schlóssers „soziale Tatherrschaft“	84
b) Tatenschlossenheit Schroeders bzw. organisatorische Tatgeneigntheit Heinrichs	92
II. „Automatische“ Täterschaft des positiv Verpflichteten (Pflichtdeliktslehre).	98
III. Die sog. Mittäterschaftsthese	107
1. „Horizontale“ Struktur der Mittäterschaft vs. „vertikale“ Struktur der mittelbaren Täterschaft	109
2. Fehlen eines gemeinsamen Tatenschlusses zwischen Organisator und Ausführendem?	113
3. Gemeinschaftliche Tatbegehung: Strafbarkeitslücken oder Grenzenverwischung?	116
IV. Die sogenannte Anstiftungslösung	122
 D. Zwischenergebnis und weiterer Gang der Untersuchung	 127

Zweites Kapitel: Beteiligung am Verbrechen als Mitverantwortungsproblem	133
<i>A. Übersicht</i>	134
<i>B. Die Grundmodelle der Einzelverantwortung und der Mitverantwortung</i>	136
I. Verantwortungsbegriff	136
II. Verantwortung im Fall gemeinsamen Handelns als Mitverantwortung	145
1. Übertragbarkeit vom Paradigma der Einzelverantwortung auf die Fälle gemeinsamen Handelns?	145
2. Freie Beziehung als Möglichkeitsbedingung der Mitverantwortung	150
a) Freiheit und Verantwortung bei Harry Frankfurt	150
b) Sprachspiel der Gründe vs. neurobiologischer Reduktionismus	155
c) Konstitution und Grenzen einer freien Beziehung – Zugleich Unterscheidung zwischen den Modellen der Mitverantwortung und der Einzelverantwortung	163
III. Vereinbarkeit der Unterscheidung zwischen den Modellen der Einzel- und der Mitverantwortung mit dem geltenden Recht?	167
<i>C. Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Modellen zur Begründung der Verantwortung in den Fällen gemeinsamen Handelns</i>	178
I. Überblick über den Argumentationsgang	178
II. Selbstverantwortung, Regressverbot und Teilnehmerdelikt	179
1. Individualisierung strafrechtlicher Verantwortlichkeit	179
2. Vorverlagerung der Teilnahme als Konsequenz eines Regressverbots?	181
3. Vereinbarkeit mittäterschaftlicher Verantwortlichkeit mit dem Regressverbot?	187
4. Zwischenergebnis	192
III. Primäre Bestimmung des Täterbegriffs und sekundärer (d. h. akzessorischer) Charakter des Teilnahmebegriffs	194
1. Probleme des methodischen Ansatzes des Täters als Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens	194

2. Akzessorietät als privatives Kriterium der Teilnahme?	199
3. Anwendbarkeit der Argumentationsmuster zur Rechtfertigung mittäterschaftlicher Haftung auf die Teilnahme?	208
a) Beschränkung der funktionellen Tatherrschaft auf die Mittäterschaft?	209
b) Geltung des Repräsentanzgedankens nur bei der (Mit)- Täterschaft?	214
4. Zwischenergebnis	219
IV. Verantwortung der Beteiligten aufgrund der Zurechnung einer Gesamttat oder der Zurechnung zu einem Gesamtsubjekt?	221
1. Die Konstruktion einer Gesamttat	221
2. Gesamtsubjekt	229
3. Zwischenergebnis	235
 D. Grundzüge eines zweistufigen Mitverantwortungsmodells	 237
I. Struktur des Mitverantwortungsmodells: einheitliches Begründungsparadigma mit zwei Prüfungsstufen	 238
II. Erste Stufe des Mitverantwortungsmodells: Zuschreibung von Mitverantwortung	 246
1. Struktur der Mitverantwortungszuschreibung: Objekt und Form der Zurechnung	 246
2. Begründungszusammenhang der Zuschreibung von Mitverantwortung	 249
a) Vom subjektiven Verständnis des gemeinsamen Tatentschlusses zur objektiven Deutung der Tatverabredung	 249
b) Die Verfolgung eines gemeinsamen Ziels als Legitimationskriterium der Zurechnung fremder Tatausführung	 256
aa) Schwachstellen der Verbindungskriterien „Gesamttatprojekt“, „gemeinsamer Zweck“ und „objektive Zweckdienlichkeit“	 256
bb) Begründung der „Zielverfolgung“ als Verbindungskriterium	 258
cc) Präzisierung des Kriteriums „Verfolgung eines gemeinsamen Ziels“	 269
dd) Anwendung des Kriteriums „Verfolgung eines gemeinsamen Ziels“ auf die Fälle sogenannter organisatorischer Machtapparate	 278
3. Rekapitulation (der Elemente) des Mitverantwortungsbegriffs	290

III. Zweite Stufe des Mitverantwortungsmodells: Abstufung der beteiligungsbezogenen Mitverantwortung	293
1. Möglichkeit der Abstufung trotz Verantwortung für das Ganze?	293
2. Offenes System der Beteiligungsabstufung	298
a) Methodologischer Rahmen: Klassen- und Typusbegriffe	298
b) Typisierung von beteiligungsbezogenen Mitverantwortungsgraden	314
aa) Dimensionen beteiligungsbezogener Mitverantwortung	315
bb) Prägung der Tatgenossen	320
cc) Prägung des tatbestandsmäßigen Geschehens	327
dd) Zusammenspiel der Dimensionen in einer Typenreihe beteiligungsbezogener Mitverantwortung	338
c) Die Typisierung von drei beteiligungsbezogenen Mitverantwortungsgraden im Verhältnis zum geltenden Recht	344
3. Anwendung des offenen Systems der Beteiligungsabstufung auf die Fälle organisatorischer Machtapparate	348
 Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	 361
 Literaturverzeichnis	 375
Sachregister	401

Einleitung

„Die Teilnahmelehre ist das dunkelste und verworrenste Kapitel der deutschen Strafrechtswissenschaft“ – dies ist die düstere Einschätzung, zu der Kantorowicz im Jahre 1910 kommt.¹ Mehr als ein halbes Jahrhundert später will Roxin dieses Verdikt nicht mehr gelten lassen, was er erst in der dritten Auflage seines Monumentalwerks „Täterschaft und Tatherrschaft“ aus dem Jahre 1975 sehr klar zum Ausdruck bringt: „Es ist inzwischen nicht mehr zutreffend, daß die Teilnahmelehre ‚das dunkelste und verworrenste Kapitel der deutschen Strafrechtswissenschaft‘ ist, als da sie in der Einleitung dieses Buches noch mit Recht apostrophiert werden durfte“.² Darauf besteht Roxin in der derzeit letzten Auflage dieses Buches, nämlich in der im Jahr 2015 erschienenen neunten Auflage, wo er erneut auf die weitgehende wissenschaftliche Durchsetzung seiner Tatherrschaftslehre hinweist.³

Dessen ungeachtet sind in den letzten zwanzig und vor allem in den letzten zehn Jahren zunehmend Beteiligungstheorien oder -modelle vertreten worden, die dem Herrschaftsgedanken kritisch gegenüberstehen und auf andere, z. T. ganz unterschiedliche Leitkriterien abstellen. Ohne Vollständigkeitsanspruch reicht das Spektrum von in der Philosophie des deutschen Idealismus veranker-

¹ Kantorowicz, MSchrKrim 7 (1910/11), S. 306. Dass sich Kantorowicz dort mit „Teilnahmelehre“ auf das gegenwärtige „Gesamtkapitel“ der Täterschaft und Teilnahme bezieht, betont NK⁵-StGB/Schild, Vor §§ 25 ff. Rn. 1. Siehe ferner V. Haas, Tatherrschaft, S. 92, der darauf aufmerksam macht, dass der alte Teilnahmebegriff „nicht mit dem heutigen Teilnahmebegriff einfach gleichgesetzt werden [kann]. Er umfasste die so genannte gleiche sowie die ungleiche Teilnahme und entsprach somit eher dem heutigen Beteiligungsbegriff“.

² Roxin, TuT³, S. 585. In der zweiten Auflage dieses Buches aus dem Jahre 1967 ist Roxins Urteil deutlich zurückhaltender. Danach werde nur ein methodologischer Ansatz, der wie bei Roxin auf die „Zusammenarbeit zwischen Forschung und Praxis“ abstellt, die Teilnahmelehre „aus ihrer fortdauernden Verwirrung zu jener wissenschaftlichen Klarheit und Höhe führen können, die in anderen Bezirken unserer Verbrechenslehre längst erreicht ist. Möchte das vorliegende Buch dazu einen Anstoß geben!“ (S. 630).

³ Roxin, TuT⁹, S. 676 f. Zum „allmähliche[n] Einsickern“ der Tatherrschaftslehre in die Rechtsprechung des BGH siehe Roxins Zusammenfassung aaO, S. 662 ff. In Bezug auf die Pflichtdeliktslehre gibt Roxin selbst zu, dass sie „bisher kaum auf grundsätzliche Ablehnung gestoßen, andererseits aber auch vielfach zögernd und nur punktuell rezipiert oder kritisiert worden [ist]“ (aaO, S. 772 f.).

ten intersubjektiven Beteiligungslehren (Köhler und Kleszczewski) über normativ-funktionale Theorien (Lesch und Jakobs) oder sich aus der gemeinrechtlichen Teilnahmediskussion speisende Ansätze (Haas) bis zu Gesamttatmodellen (Dencker und Weißer) und sogar zur Befürwortung der Einheitstäterschaft (Rotsch). Diesbezüglich konstatiert Frisch, dass „[t]rotz einer Vielzahl z. T. sehr tiefeschürfender Beiträge daher auch heute noch nicht vorbehaltlos von einer die Gesamtheit der Täterfiguren befriedigend fundierenden und konturierenden Täterlehre gesprochen werden [kann]“.⁴ Noch radikaler ist die Diagnose Schilds, nach der „wieder die v. Kantorowicz beklagte Verworrenheit der Täterlehre [herrscht]“.⁵

Zwar kann Schilds Behauptung in dieser pauschalen Form als übertrieben anmuten. Was die Beteiligungsproblematik in den Fällen sog. organisatorischer Machtapparate – das „in den letzten Jahren (...) meist diskutierte Thema der gesamten Beteiligungslehre, wenn nicht des Allgemeinen Teils“⁶ – angeht, trifft sie jedoch völlig zu, denn hinsichtlich der Zuschreibung von Verantwortlichkeit für die von den sog. Ausführungsorganen begangenen Straftaten zu den mit Befehlsgewalt ausgestatteten Mitgliedern der Organisation (den sog. Hintermännern) werden in der Rechtsprechung und im Schrifttum fast alle denkbaren Beteiligungsansätze (Beteiligungsformen) vertreten, die sogar im Hinblick auf ein und dieselbe Beteiligungsfigur, nämlich auf die mittelbare Täterschaft, ganz verschiedene Begründungsstrategien verfolgen.

Da angesichts dieser heftig geführten Diskussion nicht angenommen werden kann, dass die Beteiligungsfrage in den Fällen organisatorischer Machtapparate hinreichend geklärt ist, kommen Zweifel auf, ob dieses Problem mit dem Begriffsinstrumentarium der herkömmlichen Beteiligungslehre(n) befriedigend gelöst werden kann. Die Analyse dieses Problems bildet das Ziel der vorliegenden Arbeit. Der soeben geäußerte Verdacht, dass die zur Verfügung stehenden Ansätze dem Problem der Beteiligung innerhalb organisatorischer Machtapparate nicht gerecht werden, wird sich im Verlauf des ersten Kapitels als zutreffend erweisen und in der ersten Hälfte des zweiten Kapitels bei einer Analyse der repräsentativsten „Großentwürfe“ der Beteiligungslehre untermauert werden. Folglich ist im letzten Teil der Untersuchung das hier vorgeschlagene Mitverantwortungsmodell, das eine sachgemäße Behandlung der Beteiligung im Rahmen organisatorischer Machtapparate ermöglichen soll, näher zu skizzie-

⁴ Frisch, Täterschaft, S. 975.

⁵ NK⁵-StGB/Schild, Vor §§ 25 ff. Rn. 1. Ebenfalls sehr kritisch gegenüber dem heutigen Stand der Beteiligungslehre in Deutschland die vor wenigen Jahren erschienenen Habilitationsschriften von Rotsch, Einheitstäterschaft, S. 1 ff. und Weißer, Täterschaft in Europa, S. 471 f., 556.

⁶ LK¹²-StGB/Schünemann, § 25 Rn. 125.

ren. Zur Umsetzung dieses Forschungsprogramms wird folgendermaßen vorgegangen.

Im ersten Kapitel der Arbeit soll ausführlich untersucht werden, wie in der Rechtsprechung und in der Literatur die Verantwortung der Hintermänner für die von den sog. Vordermännern begangenen Straftaten in den Fällen organisatorischer Machtapparate, die sich dadurch auszeichnen, dass trotz der Existenz organisationstypischer Strukturen zur Durchsetzung der von den Hintermännern erteilten Befehle die Mitglieder der Ausführungsorgane als *vollverantwortlich* (d. i. vorsätzlich und schuldhaft) handelnde Subjekte anzusehen und folglich ebenfalls zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu ziehen sind, begründet wird. Zunächst wird unter B. bei der Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zutage treten, dass das Gericht über keinen materiell fundierten Ansatz verfügt, was die Folge nach sich zieht, dass die Heranziehung der sog. mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung von Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen innerhalb ganz unterschiedlicher Fallkonstellationen eine weitreichende Verwechslung der nach den tradierten Grundsätzen seiner eigenen Rechtsprechung gezogenen Grenzen fast aller Beteiligungsformen hervorbringt. Anschließend werden im Abschnitt C. die im Schrifttum vertretenen Auffassungen einer kritischen Überprüfung unterzogen. Neben den spezifischen Problemen der verschiedenen Lösungsansätze über die mittelbare Täterschaft wird unter C.I. herausgearbeitet, dass die konsequente Durchführung der jeweiligen Ansätze zu einer mehr oder weniger weitgehenden *Verwischung* der auf der Basis der jeweils vertretenen Rahmentheorien, hauptsächlich der Tatherrschaftslehre, festgelegten Anwendungsbereiche von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung führt, was im Gegensatz zu einem von deren Befürwortern geteilten Grundgedanken steht, wonach die Abgrenzungslinie zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung einen qualitativen (d. i. kategorischen) Charakter hat. Darüber hinaus wird sich hier insbesondere bei der Auseinandersetzung mit Roxin, Ambos und Morozinis zeigen, dass unter Zugrundelegung der Tatherrschaftslehre eine – wie auch immer begründete – mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht in der Lage ist, eine gegenüber den Vordermännern *gesteigerte* Verantwortung der Hintermänner zu rechtfertigen. Nach der Zurückweisung einer „automatischen“ Täterschaft der positiv verpflichteten Hintermänner unter C.II. wird auf die zwei repräsentativsten Mindermeinungen eingegangen, nämlich die Mittäterschaftsthese (C.III.) und die Anstiftungslösung (C.IV.). Da ein strenges Verständnis der Mittäterschaft die „bloß“ im Vorbereitungsstadium handelnden Hintermänner aus deren Anwendungsbereich ausschließt und sie nach einer flexiblen Interpretation des Anstiftungsbegriffs als minderverantwortliche Randfiguren erscheinen, kommen nur ein flexibles Mittäterschaftsverständnis und ein strenger Anstiftungsbegriff in

Betracht. Wie in diesen Abschnitten näher zu erläutern sein wird, lässt sich auf diese Weise zwar eine Mittäterschaft bzw. eine Anstiftung der Hintermänner begründen. Damit wird jedoch einerseits die Annahme einer gesteigerten Verantwortlichkeit der Hintermänner auf der Beteiligungsebene zurückgewiesen, was aber eine richtige Intuition der Ansätze über die mittelbare Täterschaft zu sein scheint. Andererseits werden durch das flexible Verständnis der Mittäterschaft und die strenge(n) Deutung(en) der Anstiftung diese zwei Beteiligungsfiguren derart aneinander angenähert, dass sich die Frage aufdrängt, ob bzw. worin eigentlich der *materielle* Unterschied zwischen Mittäterschaft und Anstiftung besteht. In dem letzten Abschnitt dieses Kapitels (D.) werden die gewonnenen Erkenntnisse bei der Analyse der Beteiligungsdebatte in den Fällen organisatorischer Machtapparate zusammengefasst. Hierbei wird zwar der Schluss vertreten, dass trotz der Herausstellung wichtiger Aspekte keinem der bereits vertretenen Ansätze vorbehaltlos zuzustimmen ist. Jedoch wird sich dort zeigen, dass die sog. Mittäterschaftsthese und Anstiftungslösung einen besseren *Ausgangspunkt* für die Begründung der Zuschreibung von Verantwortung zu den Hintermännern für die von den befehlsmäßig handelnden Vordermännern ausgeführten Straftaten bieten als die Lösungsvorschläge über die mittelbare Täterschaft.

Anknüpfend an die im ersten Teil der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse wird zu Beginn des zweiten Kapitels (unter B.) mithilfe einer näheren Analyse des Verantwortungsbegriffs zu zeigen versucht, dass im herkömmlich als „Täterschaft und Teilnahme“ rubrizierten Bereich der Verbrechenslehre zwischen *zwei Grundmodellen* zu unterscheiden ist. Diese sind einerseits das auf das Alleinhandeln zugeschnittene Modell der Einzelverantwortung und andererseits das in den Fällen gemeinsamen Handelns freiverantwortlicher Subjekte in Betracht kommende Mitverantwortungsmodell, in welches die Konstellation der Beteiligung im Rahmen organisatorischer Machtapparate als ein typischer Fall des Zusammenwirkens freiverantwortlicher Subjekte einzuordnen ist. Da dort das Ergebnis erzielt wird, dass sich die sog. Alleintäterschaft und mittelbare Täterschaft nach dem Modell der Einzelverantwortung richten, während Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe nach dem Mitverantwortungsmodell zu behandeln sind, und im ersten Kapitel sich die Frage nach dem („Ob“ bzw. „Wie“ des) materiellen Unterschied(s) zwischen Mittäterschaft und Anstiftung aufdrängte, geht es unter C. darum, wie die repräsentativsten Großentwürfe der Beteiligungslehre das allgemeine Verhältnis dieser Beteiligungsfiguren zueinander erfassen. Wie dort ausführlich darzustellen sein wird, vermag keiner dieser Ansätze trotz der Herausstellung wichtiger Gesichtspunkte völlig zu überzeugen. Dies impliziert aber keineswegs, dass alle strukturellen und inhaltlichen Kriterien dieser Großentwürfe zu verwerfen sind. Ganz im Gegenteil soll

der unter D. zu skizzierende eigene Ansatz aus den bei der Auseinandersetzung mit diesen Großmodellen der Beteiligungslehre gewonnenen Erkenntnissen erwachsen. Anknüpfend an die dabei herausgestellte Einsicht, dass zwischen der Mittäterschaft und den Teilnahmeformen Anstiftung und Beihilfe keine qualitative (d. i. kategorische) Grenze zu ziehen ist, wird auf der ersten Stufe des Mitverantwortungsmodells der Versuch unternommen, eine *einheitliche* Begründung der Zuschreibung von Mitverantwortung für die von anderen freiverantwortlich handelnden Subjekten ausgeführten Taten auszuarbeiten (unter D.II.). Da aber aus dem Fehlen einer qualitativen Grenze und der daraus folgenden Befürwortung eines einheitlichen Begründungsmodells der Mitverantwortungszuschreibung nicht folgt, dass alle Mitwirkenden dasselbe Maß an Mitverantwortung tragen müssen, eine differenzierende Behandlung vielmehr nach quantitativen Gesichtspunkten erfolgen kann, wie es sich bei der Diskussion mit den Großmodellen zeigen wird, geht es auf der zweiten Stufe des hier vorgeschlagenen Mitverantwortungsmodells um die Skizzierung eines Systems der *Beteiligungsabstufung* (unter D.III.).

Dem Ziel dieser Untersuchung entsprechend dient die Skizzierung dieses bei *allen* Konstellationen gemeinsamen Handelns freiverantwortlicher Subjekte anwendbaren Mitverantwortungsmodells einer befriedigenden Behandlung der Beteiligungsproblematik im Rahmen sog. organisatorischer Machtapparate als einer typischen Konstellation des freiverantwortlichen Zusammenwirkens. Deswegen wird das hiesige Mitverantwortungsmodell am Ende der Darstellung der zwei Stufen im Hinblick auf diese Fallkonstellation auf die Probe gestellt. So wird zunächst unter D.II.2. erläutert, dass den sog. Organisatoren (den an der Organisationsspitze stehenden Hintermännern) und anderen Organisationsangehörigen eine Mitverantwortung für die von den Ausführungsorganen verwirklichten Straftaten aufgrund der Verfolgung eines gemeinsamen deliktischen Ziels zugeschrieben werden kann. Danach geht es unter D.III.3. darum, inwieweit den an einer Straftat mitwirkenden Mitgliedern der Organisation Mitverantwortung zuzuschreiben ist. Hierbei wird sich zeigen, dass anders als die Organisationsherrschaftslehre Roxins das hier vertretene Modell beteiligungsbezogener Mitverantwortungsgrade eine gesteigerte Verantwortlichkeit der Organisatoren gegenüber den unmittelbar Handelnden *begrifflich* erfassen kann.

Erstes Kapitel

Die Beteiligungsdebatte in den Fällen sogenannter organisatorischer Machtapparate

A. Übersicht

Das Hauptziel dieser Arbeit besteht, wie bereits in der Einleitung erläutert wurde, in der Suche bzw. Ausarbeitung eines befriedigenden Lösungsansatzes in den Beteiligungsfällen im Rahmen sog. organisatorischer Machtapparate, die sich dadurch kennzeichnen, dass die Vordermänner trotz deren Eingliederung in der Organisation und der damit einhergehenden gruppensdynamischen Prozesse als vollverantwortlich (d. i. vorsätzlich und schuldhaft) handelnde Subjekte betrachtet und folglich auch zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit wie die anordnenden Hintermänner (sowohl die sog. Organisatoren als auch die Organisationsangehörigen auf der mittleren Befehlshierarchie) gezogen werden. Da bei dieser Diskussion das Problem der Verantwortlichkeit der Hintermänner im Vordergrund steht, widmet sich das erste Kapitel einer näheren Untersuchung der repräsentativsten Ansätze, die zur Begründung deren Verantwortlichkeit für die von den Vordermännern ausgeführten Straftaten auf verschiedene Beteiligungsfiguren zurückgreifen. Dementsprechend geht es zunächst um die Analyse der Rechtsprechung des BGH in diesem Themenbereich (dazu B.). Danach werden unter C. die unterschiedlichen Ansichten in der Literatur einer kritischen Überprüfung unterzogen. Zusammenfassend werden am Ende dieses Kapitels die wichtigsten Erkenntnisse der Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur sowie einige Konsequenzen für die weitere Behandlung der Beteiligungsproblematik in den Fällen organisatorischer Machtapparate dargestellt (dazu D.)

B. Rechtsprechungsanalyse

I. Vorbemerkung

Wie soeben erwähnt, geht es bei dem vorliegenden Abschnitt um eine kritische Analyse des Ansatzes der Rechtsprechung des BGH zur Bestimmung bzw. Begründung der Beteiligungsformen in den Fällen sog. organisatorischer Machtapparate.¹ Da das Interesse der Beteiligungsfrage gilt, werden notwendigerwei-

¹ Da eine Auseinandersetzung mit der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung bzw. mit der Rechtsprechung anderer nationaler Rechtsordnungen einerseits den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde und die eventuell daraus gewonnenen Erkenntnisse andererseits aufgrund der Besonderheiten der in den jeweiligen Rechtsordnungen geregelten Beteiligungssysteme nicht unmittelbar für die Lösung der Problematik auf der Basis des deutschen Rechts fruchtbar gemacht werden könnten, beschränkt sich die Analyse auf die deutsche Judikatur. Aus dem umfangreichen Material sei hier nur auf einige wenige Fälle verwiesen. Berühmt sind zunächst die Entscheidungen des Bezirksgerichts Jerusalem bzw. des Obersten Gerichtshofs Israels in dem Verfahren gegen Eichmann (publiziert in: ILR 36 (1968), S. 18 ff., 277 ff.); dazu siehe die Beiträge in dem von Ambos herausgegebenen Kongressband „Eichmann in Jerusalem – 50 Years After“; zu den beteiligungsbezogenen Aspekten der Entscheidungen siehe etwa *Roxin*, GA 1963, S. 201 f.; *dens.*, TuT⁹, S. 246 f.; *Urban*, Organisationsherrschaft, S. 29 f. Angewendet wurde die Figur der „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ zum ersten Mal durch die argentinische Justiz bei dem Prozess gegen die Ex-Kommandeure (siehe Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, Causa N° 13/84); ausführliche Analyse des Prozesses bei *Sancinetti*, Derechos Humanos, S. 1 ff.; zur Rezeption der Organisationsherrschaftslehre durch das Berufungsgericht siehe *Ambos*, GA 1998, S. 238 f.; *Donna*, El concepto de autoría, S. 268 ff.; *Faraldo*, Responsabilidad, S. 32 ff., 41 ff.; *Malarino*, Caso, S. 58 ff.; *Sancinetti*, Derechos Humanos, S. 26 ff.; *ders./Ferrante*, Argentinien, S. 261 ff.; zur neueren Anwendung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate durch argentinische Gerichte siehe *Muñoz Conde/Olásolo*, JICJ 9 (2011), S. 118 ff. Die größte Resonanz im deutschsprachigen Rechtsraum hatte aber die Entscheidung der Sonderstrafkammer des Obersten Gerichtshofs Perus, in der der ehemalige Präsident Perus Alberto Fujimori als „mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in einem organisatorischen Machtapparat“ verurteilt wurde; dazu siehe die Übersetzung ins Deutsche des für die Beteiligungsproblematik einschlägigen Teils des Urteils sowie die darauf bezogenen Beiträge in der Sonderausgabe von ZIS 11/2009; zur peruanischen Rechtsprechung siehe ferner *Meini*, Dominio de la organización, S. 150 ff.; *Pariona Arana*, Autoria mediata, S. 41 ff., 101 ff.; *Caro Coria*, Informe, S. 299 ff.; *Villavicencio Terreros*, IIRE 1 (2010), S. 33 ff. Erst vor einigen Jahren anerkannte ebenfalls der Oberste

se andere in den verschiedenen Entscheidungen vorkommenden Probleme außer Betracht bleiben, weshalb hier etwa nicht auf die Problematik der Rechtswidrigkeit der Tötung von sog. Republikflüchtlingen bei der Aufarbeitung des DDR-Unrechts einzugehen sein wird.²

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

1. Kritische Darstellung

a) Zu den sogenannten staatlich organisierten Machtapparaten

Mit der Frage, wie die an den im Rahmen eines staatlich organisierten Machtapparats verübten Straftaten mitwirkenden Subjekte zu bestrafen sind, also wie die Grenzlinie zwischen Täterschaft und Teilnahme in solchen Fällen zu ziehen ist, war der BGH nicht zum ersten Mal bei der Bewältigung des DDR-Unrechts konfrontiert. Damit musste sich der BGH bereits bei der Aufarbeitung der NS-Gewaltverbrechen und bei einem Einzelfall aus dem Bereich eines anderen, außerhalb „seiner Grenzen“ operierenden Machtapparats, nämlich dem Staschynskij-Fall, befassen.³

Zur Lösung dieser Problematik zog der BGH damals nicht die erst 1963 von Roxin entwickelte Figur der „Willensherrschaft kraft organisatorischer Macht-

Gerichtshof Kolumbiens, der früher die Befehlshaber von Guerillagruppen zusammen mit den Ausführenden als Mittäter bestrafte (CSJ, Rad. 23825 v. 07.03.2007; Rad. 25974 v. 08.08.2007), die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bei der Verurteilung der zu paramilitärischen Organisationen angehörenden Politiker (CSJ, Rad. 32805 v. 23.02.2010). Zur kolumbianischen Rechtsprechung siehe ausführlich *Cadavid Londoño*, Coautoría, S. 293 ff., 383 ff.; *Velásquez Velásquez*, FS-Schünemann, S. 1126 ff.; *Aponte*, Informe, S. 200 ff.; *Muñoz Conde/Olásolo*, JICJ 9 (2011), S. 122 ff. Zur Rechtsprechung anderer Gerichte in Lateinamerika siehe *Guzmán Dalbora*, Informe, S. 147 ff.; *Greco/Leite*, ZIS 2014, S. 287 ff. Zuletzt siehe zur Rezeption der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft durch die Rechtsprechung des IStGH *Ambos*, Internationales Strafrecht⁴, § 7 Rn. 25; *dens.*, FS-Roxin, S. 837 Fn. 2; *Burghardt/Geneuss*, ZIS 2009, S. 138 f.; *Kreß*, GA 2006, S. 307 ff.; *Mitgutsch*, FS-Geppert, S. 370 ff.; *Olásolo*, Ensayos, S. 168 ff.; *Roxin*, GA 2012, S. 397 ff.; *Satzger*, Strafrecht⁷, § 15 Rn. 59; *Werle/Burghardt*, FS-Maiwald, S. 849 ff., 853 ff.; *Vest*, Völkerrechtsverbrecher, S. 189 f.

² Dazu siehe BGHSt 39, 1 ff.; BGH NJW 1993, S. 1932 ff.; BGH NJW 1995, S. 2728 ff. Aus der umfangreichen Literatur siehe etwa *Grünwald*, StV 1991, S. 31 ff.; *Renzikowski*, NJ 1992, S. 152 ff.; *Arnold/Kühl*, JuS 1992, S. 991 ff.; *F.-C. Schroeder*, JR 1993, S. 45 ff.; *Jakobs*, GA 1994, S. 1 ff.; *Pawlik*, GA 1994, S. 472 ff.; *H. Dreier*, JZ 1997, S. 421 ff.

³ Zum Scheitern der Vergangenheitsbewältigung durch die deutsche Justiz im Hinblick auf die NS-Gewaltverbrechen siehe etwa *Heine*, JZ 2000, S. 923; *Vögel*, Nationalsozialismus, S. 36 ff., 41 f.; *Weißer*, Täterschaft in Europa, S. 31.

apparate“ heran.⁴ Entsprechend seiner Rechtsprechung und derjenigen des Reichsgerichts versuchte der BGH auf der Basis der sog. subjektiven Teilnahmelehre die jeweiligen Beteiligungsformen der Mitwirkenden zu bestimmen. In Anwendung dieser Theorie, nach der das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die „innere Einstellung zur Tat“ sei, sodass Täterschaft nur bei demjenigen in Betracht komme, der „Täterwillen“ habe, und Gehilfe derjenige sei, der „die Tat nicht als eigene“ wolle,⁵ wurde in der Regel angenommen, dass nur die ganz an der Spitze der Verbrechenmaschinerie stehenden Befehlshaber als Täter anzusehen seien, während die auf mittleren und unteren Ebenen der Befehlshierarchie Handelnden als Gehilfen betrachtet wurden.⁶

Dementsprechend nahm der BGH sogar dort Beihilfe an, wo die im unteren Befehlsbereich Tätigen alle Tatbestandsmerkmale eigenhändig verwirklichten.⁷ Diese ständige Rechtsprechung bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher wurde auch nicht bei der Beurteilung der von „höchster Stelle“ des KGB angeordneten und durch den Agenten Staschynskij verübten politischen Morde aufgegeben.⁸ Dort nimmt der BGH zwar an, dass die eigenhändige Tötung „im Regelfalle“ zur Täterschaft führe; „unter bestimmten, engen Umständen“ sei jedoch der unmittelbar Ausführende als Gehilfe zu bestrafen. Bei den staatlich befohlenen Verbrechen sei Täter also lediglich der überzeugte, willige Befehlsempfänger, der „sein Gewissen zum Schweigen bringt und fremde verbrecherische Ziele zur Grundlage eigener Überzeugung und eigenen Handelns macht“, während diejenigen, „die solche Verbrechensbefehle mißbilligen und ihnen widerstreben, sie aber gleichwohl aus menschlicher Schwäche ausführen“, als Gehilfen zu bestrafen seien.⁹ Nach einer Gesamtwertung aller Umstände ordnet der BGH den eigenhändig tötenden Staschynskij der zweiten Kategorie, d. i. dem Bereich der Beihilfe zu und sieht dessen Auftraggeber, wel-

⁴ Darüber hinaus lehnte der BGH ganz explizit wie etwa in dem berühmten Staschynskij-Urteil die Tatherrschaftslehre in den Fällen staatlich befohlener Verbrechen ab, weil darin „eine bedenkliche Vergrößerung und damit die Gefahr [läge], nicht mehr jeden Tatbeteiligten möglichst gerecht beurteilen zu können“ (BGHSt 18, 87 [93]); kritisch dazu *Roxin*, FG-BGH, S. 185 f.; *ders.*, TuT⁹, 564 ff.

⁵ Siehe nur BGHSt 18, 87 (89 f.); *Hanack*, JZ 1967, S. 330 f.

⁶ Ausführlicher dazu *Hanack*, JZ 1967, S. 330 ff.; *Just-Dahlmann/Just*, Die Gehilfen, S. 162 ff., 206 ff.; *Heine*, JZ 2000, S. 921 ff.; *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, S. 28 ff., 42; *Krämer*, Zurechnung, S. 149 ff., 171 f., 189; siehe auch *Weißer*, Täterschaft in Europa, S. 30 f.; *Kreß*, GA 2006, S. 304.

⁷ Nachweise bei *Hanack*, JZ 1967, S. 331; *Just-Dahlmann/Just*, Die Gehilfen, S. 164 f.; *Heine*, JZ 2000, S. 923; siehe auch BGH NJW 1951, S. 323.

⁸ Siehe BGHSt 18, 87 (88, 92).

⁹ BGHSt 18, 87 (93 ff.).

che die wesentlichen Merkmale der Attentate vorher festgelegt hatten und Täterwillen gehabt haben sollen, als die eigentlichen Täter an.¹⁰

Nach der Rechtsprechung vom BGH zu diesem Themenbereich waren in der Regel aber nicht nur die auf den unteren oder mittleren Ebenen der Befehlshierarchie stehenden Personen als Gehilfen zu bestrafen;¹¹ in Betracht kamen auch hochrangige Funktionäre des NS-Regimes. So wurde etwa das Verhalten des damaligen SS-Generals und persönlichen Verbindungsoffiziers Himmlers im Führerhauptquartier, der im Auftrag des Reichsführers der SS durch ein Ferngespräch mit dem Staatssekretär im Reichsverkehrsministerium erwirkte, dass die Reichsbahn Sonderzüge in größerer Zahl und in rascher Folge zum Transport der Bewohner des Warschauer Gettos in das Vernichtungslager Treblinka bereitstellte, als Beihilfe zum Mord an mindestens 300.000 Menschen beurteilt.¹² Dem BGH zufolge kam das Schwurgericht richtigerweise zu der Überzeugung, dass der Angeklagte „bei der Ausführung des ihm erteilten einmaligen und begrenzten Auftrags Himmler helfen wollte, dessen Aufgabe zu erfüllen“,¹³ weshalb er nicht mit Täterwillen gehandelt habe und folglich lediglich als Gehilfe zu bestrafen sei.

Bei der Bewältigung des DDR-Unrechts bricht der BGH mit seiner Rechtsprechung zu NS-Gewaltverbrechen, indem er nun zur Bestimmung der Beteiligungsformen der auf unterschiedlichen Ebenen der Befehlshierarchie stehenden Personen auch auf die Tatherrschaftslehre abstellt und Täterschaft auch bei den Handelnden im mittleren Bereich sowie bei den Ausführenden annimmt, sie also nicht prinzipiell auf die ganz an der Spitze des Machtapparates stehenden Befehlshaber beschränkt.¹⁴

Der BGH erläutert seinen neuen Ansatz zur Begründung der Verantwortlichkeit der Hintermänner in der Grundsatzentscheidung BGHSt 40, 218. Bekanntermaßen ging es bei dieser Entscheidung um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von drei Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats der DDR für die vorsätzlichen Tötungen von sieben Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR. Als zentrales staatliches Organ oblag dem Nationalen Verteidigungsrat die Leitung der Verteidigungs- und Sicherheitsmaßnahmen der DDR, was auch das Grenzregime umfasste.¹⁵ Die Beschlüsse des Nationalen Verteidigungsrats, an

¹⁰ Siehe BGHSt 18, 87 (89, 95 f.), dazu siehe nur *Roxin*, GA 1963, S. 194 ff.

¹¹ Dazu *Hanack*, JZ 1967, S. 331 f.; *Heine*, JZ 2000, S. 923; siehe ferner die umfangreichen Nachweise bei *Just-Dahlmann/Just*, Die Gehilfen, S. 162 ff., 206 ff.

¹² BGH DRiZ 1966, S. 59.

¹³ BGH DRiZ 1966, S. 59 (Hervorhebung im Original).

¹⁴ Dazu *Heine*, JZ 2000, S. 923 f.; *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, S. 42 f. Zur Täterschaft der Grenzsoldaten siehe BGHSt 39, 1 (31 f.).

¹⁵ Hierzu und zum Folgenden BGHSt 40, 218 (220 ff.).

denen die drei Angeklagten mitgewirkt hatten, bildeten die Grundlage der Jahresbefehle des Ministers für Nationale Verteidigung, welche sämtliche Handlungen der Grenztruppen der DDR regelten. Die so geschaffene Befehlslage an der Grenze ging dahin, „Grenzdurchbrüche“ durch Flüchtlinge aus der DDR in jedem Falle und unter Einsatz jeden Mittels zu verhindern. Dabei wurde der Tod des Flüchtlings hingenommen, wenn anders ein ‚Grenzdurchbruch‘ nicht zu verhindern war“.¹⁶

Entgegen der Entscheidung des LG Berlin, in der die Angeklagten wegen Anstiftung bzw. Beihilfe verurteilt wurden,¹⁷ und der Auffassung der Staatsanwaltschaft, die mit der Sachrüge die These der Mittäterschaft vertrat, wurden die drei Angeklagten vom BGH als mittelbare Täter der Tötungen von Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR angesehen.¹⁸ Damit wird die bereits im Katzenkönig-Fall angekündigte Bereitschaft zur Annahme mittelbarer Täterschaft auch bei schuldhaft handelnden Tatmittlern fortentwickelt.¹⁹

Dem 5. Strafsenat vom BGH zufolge ist der Hintermann in der Regel nicht mittelbarer Täter, wenn der Ausführende irrtumsfrei und uneingeschränkt schuldfähig handelt. Das gelte jedoch nicht bei den „Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt“. Der BGH geht davon aus, dass dies etwa dort vorliegen könne, wo „der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst“.²⁰

Zwar zieht der 5. Senat zur Rechtfertigung einer mittelbaren Täterschaft bei vollverantwortlichen Tatmittlern einige Elemente der „mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ Roxins und der „Benutzung eines Tatentschlossenen“ Schroeders heran. Jedoch vertritt der BGH bereits seit dieser Entscheidung einen eigenen Ansatz, der sich in darauffolgenden Entscheidungen immer mehr von diesen Konstruktionen entfernen wird.²¹

¹⁶ BGHSt 40, 218 (222).

¹⁷ LG Berlin, NJ 1994, S. 213 f.

¹⁸ BGHSt 40, 218 (230). Zur Täterschaft der Grenzsoldaten siehe BGHSt 39, 1 (31 f.).

¹⁹ Siehe *Schünemann*, FG-BGH, S. 628.

²⁰ BGHSt 40, 218 (236).

²¹ In diesem Sinne auch *Rotsch*, JR 2004, S. 250 f.; *ders.*, ZIS 2007, S. 260 ff.: „Geburtsstunde einer neuen Täterschaftsform“ (S. 261); *ders.*, ZIS 2008, S. 3; *Rissing-van Saan*, FS-Tiedemann, S. 401 ff.: „Paradigmawechsel“ (aaO, S. 401); *Weißer*, Täterschaft in Europa, S. 284; *S/S²⁹-Heine/Weißer*, § 25 Rn. 29; siehe auch *Tiedemann*, JZ 2005, S. 47; *dens.*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 363; *Morozinis*, Organisationsdelikte, S. 633. Die Verfolgung eines eigenen Ansatzes durch den BGH wird durch eine Stellungnahme von Armin Nack klarer, der damals als Mitglied des 5. Strafsenats des BGH an der Entscheidung mitgewirkt hat: „Der

Dies wird zunächst dadurch sichtbar, dass der BGH die bis dahin tragenden Säulen der Konstruktion Roxins, also die sog. Fungibilität der Exekutoren und die Rechtsgelöstheit des Machtapparats²² mit keinem Wort erwähnt und die Anwendbarkeit einer solchen mittelbaren Täterschaft auch im Rahmen rechtskonform operierender, wirtschaftlicher Unternehmen im klaren Gegensatz zu der Ansicht des Schöpfers der Organisationsherrschaft in einem obiter dictum annimmt: „Eine so verstandene mittelbare Täterschaft wird nicht nur beim Mißbrauch staatlicher Machtbefugnisse, sondern auch in Fällen mafiaähnlich organisierten Verbrechens in Betracht kommen (...). Auch das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen lässt sich so lösen“.²³ Ebenso wenig übernimmt der BGH die Ansicht Schroeders vollständig, wonach hinreichendes Begründungskriterium der mittelbaren Täterschaft des Führungspersonals von Organisationen die Benutzung eines Tatentschlossenen bzw. Tatbereiten sei.²⁴ Vielmehr sieht der BGH die Ausnutzung der „unbedingte[n] Bereitschaft des unmittelbar Handelnden“²⁵ als ein kumulatives Element an, das erst durch sein Zusammentreffen mit anderen Kriterien eine mittelbare Täterschaft der Hintermänner begründen könne.²⁶ Die Verfolgung eines eigenen Ansatzes durch den BGH ergibt sich zuletzt daraus, dass die Ausführungen zur Begründung einer mittelbaren Täterschaft durch Ausnutzung von Rahmenbedingungen zur Auslösung regelhafter Abläufe sich in der Bahn seiner allgemeinen Teilnahmetheorie bewegen, welche vor allem seit dem letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts zur Bestimmung und Abgrenzung der Beteiligungs-

5. Strafsenat des BGH hat den Fall aber zum Anlass genommen, die mittelbare Täterschaft weitergehend als die dritte Fallgruppe von Roxin („Machtapparat“ mit Fungibilität des unmittelbaren Täters) zu definieren (...) Wir waren uns beide [Nack und sein Senatskollegen Gerhard Schäfer, H. O.] einig, dass eine – die praktisch bedeutsame – Fallgruppe mit einbezogen werden musste: die vom Chef eines Unternehmens veranlasste Straftat (...)“ (Nack, GA 2006, S. 343).

²² Zu den Modifizierungen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft durch Roxin selbst in den Jahren 2006 und 2007 siehe unten I. Kap. C.I.1.a).

²³ BGHSt 40, 218 (237). Gegen die Übertragbarkeit der Figur auf den Bereich der Unternehmenskriminalität hat sich Roxin mehrmals vor und nach dieser Entscheidung des BGH ausgesprochen: *Roxin*, GA 1963, S. 204 f.; LK¹¹-StGB/*ders.*, § 25 Rn. 129; *ders.*, JZ 1995, S. 51 f.; *ders.*, FG-BGH, S. 192 ff.

²⁴ Dazu *F.-C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, S. 166 ff.; *ders.*, JR 1995, S. 178 f.; *ders.*, ZIS 2009, S. 569 f.

²⁵ Auf die Unterschiede in den Formulierungen von Schroeder und vom BGH macht dieser Autor aufmerksam in seiner Anmerkung dieser Entscheidung: *F.-C. Schroeder*, JR 1995, S. 179. Dazu siehe auch *Rotsch*, ZStW 112 (2000), S. 524 Fn. 32, der aber darauf hinweist, dass trotz der unterschiedlichen Formulierungen im Ergebnis es auch bei Schroeder um die „Benutzung eines unbedingt zur Tat entschlossenen Vordermannes“ gehe.

²⁶ Ähnlich *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, S. 36.

formen auf die Verbindung von subjektiven und objektiven Kriterien abstellt.²⁷ Dementsprechend zieht der BGH zur Annahme mittelbarer Täterschaft in diesen Fällen nicht nur objektive Kriterien wie die Leistung eines Tatbeitrags, der nahezu automatisch zur Tatbestandsverwirklichung führe, heran, sondern auch ein subjektives Element, das dem BGH zufolge darin besteht, dass „der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns [will]“^{28, 29}

Unabhängig von den Einwänden, die gegen die vom BGH partiell rezipierten Konstruktionen von Roxin und Schroeder zu erheben sind,³⁰ ist sein Ansatz vor allem deshalb problematisch, weil er entgegen dem ersten Anschein die Elemente dieser Art mittelbarer Täterschaft nicht näher konkretisiert. Zwar deutet der BGH darauf hin, dass die von ihm verlangten „Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen in Betracht [kommen]“.³¹ Jedoch verliert der BGH kein Wort über die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Organisation dieser Art gesprochen werden kann. Da der BGH offensichtlich bezweckte, diese neue Figur in (näherer) Zukunft auch auf den Bereich der Unternehmenskriminalität zu übertragen, wollte bzw. konnte er die bereits in der Literatur herausgearbeiteten Kriterien – nämlich die Fungibilität der Ausführenden und die Rechtsgelöstheit der Organisation – nicht verwenden.³² Aber auch andere möglichen Kriterien zur Konturierung dieser Organisationen wie etwa der Umfang der Gruppierung, die Struktur der Befehlshierarchie und die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche bleiben vom BGH unberücksichtigt. Außerdem geht der BGH nicht darauf ein, wie die Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen beschaffen sein sollten, um eine mittelbare Täterschaft der Hintermänner zu begründen. Wie Volker Haas zu Recht dagegen einwendet, „existieren keine rechtlichen Maßstäbe hinreichender Regelhaftigkeit des zu er-

²⁷ Dazu siehe nur *Roxin*, FG-BGH, S. 177 ff.; *dens.*, TuT⁹, S. 559 ff., 662 ff.

²⁸ BGHSt 40, 218 (236).

²⁹ Treffend spricht S/S²⁹-*Heine/Weißer*, § 25 Rn. 29 vom „flexiblen, objektiv-subjektiven Ansatz“ des BGH. Während *Rotsch*, JR 2004, S. 249, davon ausgeht, dass der BGH diese Form mittelbarer Täterschaft hauptsächlich „mit objektiven Erwägungen“ begründet, sieht *Zaczyk*, GA 2006, S. 414, in dieser Beteiligungsfigur die Fortführung „eine[r] sehr alte[n] Rechtsprechung“, nämlich der subjektiven Teilnahmetheorie. Auch *Urban*, Organisationsherrschaft, S. 208 erkennt in dieser Rechtsprechung „eine tendenzielle Rückkehr zur vorwiegend subjektiven Bestimmung des Täterbegriffs“.

³⁰ Dazu unten 1. Kap. C.I.1.b) und C.I.3.b).

³¹ BGHSt 40, 218 (236).

³² Siehe *Nack*, GA 2006, S. 344: „Wir [Nack und seine Senatskollegen, H.O.] suchten deshalb nach einer Definition, die auch diese Fallgestaltung [die Verantwortung der Leiter eines Unternehmens, H.O.] erfasst. Das Kriterium der Fungibilität des Tatmittlers passte dafür nicht“.