

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) Tatentschlossenheit 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 Tatentschlusses 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
<i>D. Grundzüge eines zweistufigen Mitverantwortungsmodells</i>	<i>237</i>
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 gruppendynamischen 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*, *Autoría 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.

Sachregister

Akzessorietät

- A. der Mittäterschaft 202 ff.
- als Spezifikum der Teilnahme? 199 ff.
- bei den Pflichtdelikten? 104
- bei den Sonderdelikten 173 f.
- Funktion(en) der A. 199, 203 ff.
- limitierte A. 168 ff.
- nach der Lehre vom Teilnehmerdelikt 180 f.
- qualitative A. 199 f., 203 ff.
- quantitative A. 199
- strenge A. 167 ff.

Angriffstheorie der Täterschaft 206 f., 331 ff.

Anordnungsgewalt 47 ff.

Anstiftung

- Begründungsversuche der tätergleichen Bestrafung 197 ff.
- geringerer Unwertgehalt der A.? 123 f.
- Positionen in der Literatur 61, 124 ff., 320 ff.

Anstiftungslösung 122 ff.

Bandenchef 110, 116

Begriffsbildung

- Klassenbegriffe 299 f.
- komparative Begriffe 302 f.
- Prototypen 303
- Typusbegriffe 300 ff.

Beteiligung

- im engeren Sinne 90
- qualitative Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme? 191, 201, 203, 205 f., 213 f., 219, 229 f., 243 f.
- quantitative Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme 191, 213, 230, 232, 243 f.

DDR-Unrecht 12 ff., 18 ff., 100, 279 f.

Demjanjuk-Fall 284 f., 357 Fn. 321

Determinismus 157 f.

Einzelverantwortung(smodell)

- mittelbare Täterschaft als Form der E. 166
- Übertragbarkeit auf das gemeinsame Handeln? 145 ff.
- Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht? 167 ff.

Erfolgssicherheit

- Abgrenzungsprobleme 60 ff.
- als Begründung der Organisationsherrschaft 57 ff.
- Exzess der Mitwirkenden 288 f.

freie Beziehung

- als Möglichkeitsbedingung der Mitverantwortung 150 ff.
- Grenzen 165 f.
- Konstitution 164 f.

Freiheit

- als Grundbedingung rechtlicher Praxis 161 f.
- s. Verantwortung
- s. Willensfreiheit

Fujimori-Fall 53, 101, 281 f., 356

Fungibilität

- abstrakte F. 54 ff.
- als dispositionelle Eigenschaft 70 ff.
- konkrete F. 52 ff.
- nachträgliche F. 76 f.

Funktionale Tatherrschaft

- als Manifestation der Tatherrschaft 40
- Mitbeherrschung 117 f.
- negative Komponente 212 f., 330
- positive Komponente 210 ff.

- Garantenlehre
- im Bereich der Begehungsdelikte 103, 141
 - materielle Fundierung 101 f.
- Gefährdungshaftung 141 f.
- Gefährlichkeitslehren 96
- Gesamtsubjekt
- Anwendungsbereich 188 ff., 229
 - Begründungsansätze 188, 229 ff.
 - Konstitutionsmomente 189 f., 230 f.
- Gesamttat
- Anwendungsbereich 221 f., 226 ff.
 - Begründungsansätze 221 ff.
- Gesinnungsstrafrecht S. 185
- Gründe
- Begriffsbestimmung 155 f.
 - normative Dimension 154 f., 160, 163
- Handeln
- Alleinhandeln 145 f., 149
 - gemeinsames Handeln 145 ff.
- Handlungsherrschaft
- als Manifestation der Tatherrschaft 39 f.
 - H. der Ausführungsorgane 45
- Handlungskontext 276 f., 336
- Handlungsmöglichkeiten, alternative 150 f.
- Handlungsplan 262 f.
- Handlungstheorie(n)
- kausalistische H. 260 f.
 - teleologische H. 259 ff., 270 ff.
- Hypothetische Handlungen 55 f., 72
- Institution(en)
- negative I. 99 f.
 - positive I. 99 ff.
- Mauerschützen-Fälle 12, 16 f., 42, 53 f., 95, 116, 354, 356
- Mittäterschaft
- Akzessorietät der M.? 202 ff.
 - Gewicht der Tatbeiträge 328 ff.
 - horizontale Struktur 109 ff.
 - im Vorbereitungsstadium 18, 25, 27 f., 31, 45, 116 f., 206 f., 213
- Mittäterschaftsthese 107 ff.
- mittelbare Täterschaft
- Abgrenzungsprobleme im Fall organisatorischer Machtapparate 24 ff., 30 f., 60 ff., 83 f., 88 f., 96 ff.
 - durch Unterlassen? 19 ff.
 - Instrument oder Werkzeug 83, 98, 113
 - Verantwortungsdefizit des Vordermanns 113
 - vertikale Struktur 109 ff.
- mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung von Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen
- Abgrenzungsprobleme 24 ff., 30 f.
 - im Bereich der Wirtschaftskriminalität 21 ff.
 - Position des BGH 13 ff.
 - Unbestimmtheit 15 f., 26, 28 f.
- mittelbare Täterschaft kraft sozialer (Tat-)Herrschaft 84 ff.
- Mitverantwortungsmodell
- Abstufung der beteiligungsbezogenen Mitverantwortung 293 ff.
 - Begründung der Zuschreibung von Mitverantwortung 246 ff.
 - besondere Verantwortungsprobleme 146 ff., 150
 - Hauptverantwortung der Organisatoren 352, 360
 - in den Fällen organisatorischer Machtapparate 149, 238, 278 ff.
 - Mitverantwortungsbegriff 241 f.
 - Prüfungsstufen 244 f.
 - Struktur 238 ff.
 - Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht? 167 ff., 344 ff.
- Norm s. Verhaltens- und Sanktionsnormen
- Notwendigkeitstheorie 332 f.
- NS-Gewaltverbrechen 10 ff., 282 ff., 356 f.
- Organisationsherrschaftslehre Roxins
- Ausführer als Werkzeug 34, 41 Fn. 61, 64
 - Begründung 36 ff.
 - Entwicklung 32 ff.
 - Erhöhte Erfolgssicherheit als Begründungskriterium 36 ff., 57 ff.
 - Kette von Tätern hinter dem Täter 47 ff.

- Organisation als Werkzeug 41 Fn. 61, 55, 65
- Rezeption in anderen Rechtsordnungen 38
- tatsächliche Voraussetzungen 36 ff., 47 ff.
- Übertragbarkeit auf Wirtschaftsunternehmen? 14, 50 f.
- Unvereinbarkeit mit der Tatherrschaftslehre 38 ff.
- Organisationsunrecht 72 ff.

- Pflichtdelikte
 - Akzessorietät bei den P. 104 f.
 - besondere Beteiligungsregeln? 100 ff.
 - Ursprung und Weiterentwicklung 99 f.
 - Vorverlagerung der Strafbarkeit 105
- Pflichten
 - negative P. 99 ff.
 - positive P. 99 ff.
- Prägung der Tatgenossen 317 f., 320 ff.
- Prägung des tatbestandsmäßigen Geschehens 317 f., 327 ff.
- Privatsprachenargument 265 ff.

- Radbruchsche Formel 49 f.
- Rechtsgelöstheit 49 ff., 69 f.
- Rechtsgutsangriff, akzessorischer 208
- Reduktionismus, neurobiologischer 155 ff.
- Regressverbot
 - als Abgrenzungskriterium von Täterschaft und Teilnahme 180 ff.
 - bei der Mittäterschaft 187 ff.
 - herkömmliches Verständnis 180, 186 f.
 - „neue“ Version 143 f. Fn. 40, 180 Fn. 4
- Repräsentanzgedanke 214 ff.

- Selbstverantwortungsprinzip 180, 185
- Solidarisierung mit fremdem Unrecht 185
- Staschynskij-Fall 10 ff., 52, 279, 354, 358
- Störerbegriff (polizeiliche Verantwortlichkeit) 142

- Täter hinter dem Täter 13, 16, 18, 82, 92, 112
- Täterbegriff
 - formal-objektive Theorie 196, 202, 205 f.
 - materiell-objektive Theorien 196, 206
 - primärer T. 171, 194 f.
 - restriktiver T. 211 f.
 - subjektive Theorie 11, 94 f.
- Tatbegehung, gemeinschaftliche
 - als Voraussetzung der Mittäterschaft 116
 - in den Fällen organisatorischer Machtapparate 116 ff.
- Tatbereitschaft s. Tatentschlossenheit
- Tatentschlossenheit 92 ff.
- Tatentschluss, gemeinsamer
 - als objektives Kriterium 253 ff.
 - als subjektives Kriterium 251 ff.
 - Begriff 114 f., 250 ff.
 - bei Teilnahmekonstellationen? 249 f.
 - in den Fällen organisatorischer Machtapparate 113 ff.
- Tatgeneigtheit, organisatorische 93 ff.
- Tatidentität, materielle 55, 59
- Tatnachweis, konkreter 283, 288
- Teilnahme
 - als sekundärer Begriff 171, 194 f.
 - s. Akzessorietät
 - s. Anstiftung
 - s. Beteiligung
- Teilnehmerdelikt 179 ff.
- Top-Down-Betrachtungsweise 48, 77 f., 111 f.
- Triangulationsargument 266 ff.

- Unrecht
 - als Tatbestandsverwirklichung 79 f., 184, 212, 246
 - Begriff(e) 205, 296 f.
- Unrechtspakt 125 Fn. 424, 126 Fn. 430.

- Verantwortung
 - als mehrstelliger Relationsbegriff 137
 - Bedeutungsvarianten 139 ff.
 - Begriffsbestimmung 137 ff.
 - Entstehungsgeschichte 136 f.
 - V. und Freiheit 72, 88, 151, 161 f., 181
 - Verantwortungstypen im Rechtsbereich 141 ff.
- Verantwortungsprinzip bei der mittelbaren Täterschaft 63, 111 ff., 144, 166 f., 324
- Verhaltens- und Sanktionsnormen 181 ff.
- Volitionenmodell Frankfurts

- Konzept 151 f.
- Kritische Aspekte 152 ff.
- Vorfeldkriminalität 124

- Willensfreiheit
 - als Selbstbindung nach einleuchtenden Gründen 156, 161, 166
 - nach Frankfurts Volitionenmodell 150 ff.

- Zentralgestalt
 - als Leitprinzip für die Bestimmung des Täterbegriffs 39, 194 f.
 - methodische Probleme 194 ff.

- Ziel, gemeinsames
 - als Legitimationskriterium 254, 256 ff.
 - Erfassung aller Mitverantwortungskonstellationen 257 f.
 - objektive Beurteilungsperspektive 253, 255, 257, 265 ff.
 - Voraussetzungen 270 ff.

- Zurechnung
 - außerordentliche Z. 216, 217 Fn. 142
 - wechselseitige Z. 225 f., 229, 247 f.
 - Z. der Tatbestandsverwirklichung 80, 108, 220, 248, 259