

Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate

Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze

Von wissenschaftl. Referent Dr. Kai Ambos, Freiburg i. Br.

Im Jahre 1963 hat Roxin¹ in dieser Zeitschrift seine auf dem Boden der Tatherrschaftslehre entwickelte Doktrin der »Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate« vorgestellt. Nun – nach mehr als 30 Jahren – ist sie zwar von der Rechtsprechung angenommen (I.), doch nicht zufriedenstellend weiterentwickelt worden. Die Lehre hat fleißig neue Begrifflichkeiten geprägt und das Roxinsche Modell einer – z. T. durchaus berechtigten – Kritik unterzogen, doch keine überzeugenderen Lösungsvorschläge unterbreitet (II.). Erst die notwendige Konkretisierung der Organisationsherrschaft selbst ergibt die inhaltliche Beschränkung auf zwei Fallgruppen und die Entbehrlichkeit des Kriteriums der Rechtsgelöstheit (III.).

I. Die neuere Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht nun bekanntlich davon aus, daß der Hintermann – trotz eines verantwortlichen Tatmittlers – Tatherrschaft hat, wenn er »durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst«². Derartige Rahmenbedingungen kämen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen sowie Befehlshierarchien in Betracht: »Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns«, ist er mittelbarer Täter³.

II. Ansichten der Lehre

1. Roxins Tat- und Organisationsherrschaftslehre als dogmatischer Ausgangspunkt

Roxin unterscheidet drei Formen der Tatherrschaft (*Handlungs-, Willens- und funktionelle Tatherrschaft*⁴), wobei die hier relevante *Willensherrschaft* auf dreierlei Weise möglich ist: »Man kann den Handelnden zwingen; man kann ihn hinsichtlich des für die Täterschaft entscheidenden Umstandes als

1 GA 1963, 193 (200 ff.); Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl. 1994, S. 242–252.

2 BGHNJW 1994, 2703 (= BGHSt 40, 218), 2706; ebenso LG Berlin v. 10. 9. 1996, AZ (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95) (»Generäle«), S. 111 f.; bestätigt von BGH 5 StR 42/97 (30. 4. 1997).

3 BGHNJW 1994, 2703 (2706). Dabei muß es sich beim Hintermann – nach einer neueren Entscheidung (BGH NJW 1996, 2042, 2043) – nicht einmal um einen politischen Entscheidungsträger handeln; auch der Kommandeur eines Grenzregiments kann durch einen (konkludenten) Schießbefehl an einen Untergebenen zum mittelbaren Täter des von diesem begangenen Totschlags werden.

4 Vgl. Roxin, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 127 ff., 142 ff., 275 ff.

blinden Kausalfaktor einsetzen; oder der Ausführende muß, wenn er weder genötigt noch getäuscht wird, beliebig auswechselbar sein«⁵. Schlagwortartig ist damit von einer Willensherrschaft kraft Nötigung, kraft Irrtums oder »kraft organisatorischer Machtapparate« die Rede⁶. Diese letzte Form der Willensherrschaft, von Roxin auch als *Organisationsherrschaft*⁷ bezeichnet, bestehe in der »spezifische(n) Wirkweise des den Hintermännern ... zu Gebote stehenden Apparates«. Dieser funktioniere, »ohne daß es auf die individuelle Person des Ausführenden ankommt, gleichsam »automatisch«⁸. Aufgrund der Austauschbarkeit (*Fungibilität*) der Tatmittler, die der Hintermann nicht einmal zu kennen brauche, könne er sich darauf verlassen, daß seiner Weisung Folge geleistet werde, denn wenn sich auch ein Tatmittler seiner Aufgabe entziehe, trete sogleich ein anderer an seiner Stelle; er kann durch seine Befehlsverweigerung also nicht die Tat als solche verhindern, sondern lediglich seinen Tatanteil entziehen⁹. Somit sind die ausführenden Tatmittler nur ersetzbare »Rädchen im Getriebe des Machtapparates« und der Hintermann ist wegen seines »Maßes an organisatorischer Herrschaft« – trotz seines Verlustes an Tatnähe – Zentralgestalt des Geschehens¹⁰. Für seine Tatherrschaft komme es nicht auf die Handlung des Tatmittlers, sondern alleine darauf an, daß er den »ihm unterstellten Teil der Organisation lenken kann, ohne die Deliktsverwirklichung anderen anheimstellen zu müssen«. Demnach komme als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft jeder in Betracht, der in einem Organisationsapparat in der Weise eingeschaltet sei, »daß er ihm untergebenen Personen Befehle erteilen kann« und diese Befugnis »zur Durchführung strafbarer Handlungen einsetzt«¹¹.

2. Im Ergebnis übereinstimmende Ansichten

Innerhalb derjenigen Autoren, die mittelbare Täterschaft im Ergebnis bejahen, lassen sich wenigstens drei unterschiedliche Ansätze ausmachen.

a) Organisationsherrschaft aufgrund Fungibilität (h. L.)

Die h. L.¹² nimmt mit Roxin Organisationsherrschaft an, wobei nur wenige Autoren sich um eine eigenständige Begründung bemühen¹³.

5 Ebd., S. 245 (Herv. d. Verf.).

6 Ebd., S. 142 ff., 170 ff., 242 ff., 653 f. Zur Organisationsherrschaft auch Roxin, GA 1963, 193 (200 ff.); ders., Lange-FS 1976, S. 173 (192 f.); LK-Roxin, 11. Aufl., 8. Lfg., 1993, § 25 Rn. 128 ff.; ders., JZ 1995, 49.

7 Vgl. z. B. Roxin, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 246, 249.

8 Ebd., S. 245.

9 So schon Jäger, MschrKrim 1963, 73 (78 f.).

10 Roxin, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 245, 247.

11 Ebd., S. 248.

12 Vgl. S/S-Cramer, 25. Aufl. 1997, § 25 Rn. 25; Lackner, StGB 22. Aufl. 1997, § 25 Rn. 2; Tröndle, StGB, 48. Aufl. 1997, § 25 Rn. 3 (allerdings nur auf Schroeder verweisend); Maurach/Gössel, AT/2, 7. Aufl. 1989, § 48 Rn. 88 (allerdings krit. hinsichtlich eines Widerspruchs zum Verantwortungsprinzip); Eser, Strafrecht II, 3. Aufl. 1980, 157; Kühl, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1997, § 20 Rn. 73 ff.; Stratenwert, AT, 3. Aufl. 1981, Rn. 790 f.; ders., Schweizer Strafrecht, 2. Aufl. 1996, § 13 Rn. 34; Wessels, Strafrecht AT, 27. Aufl. 1997, Rn. 541; Lampe, ZStW 106 (1994), 683 (743); Jung, JuS 1995, 173 (174).

13 Vgl. neben den folgenden auch die sehr lehrreiche Darstellung von Gropp, JuS 1996, 13 (15 ff.), der im Ergebnis Roxin folgt.

*Herzberg*¹⁴ stimmt ohne weiteres mit *Roxins* Fungibilitätskriterium überein, wenn er – als Ausnahme des von ihm anerkannten Verantwortungsprinzips – davon ausgeht, daß die Entscheidungsfreiheit der Befehlsempfänger (Tatmittler) nicht die Tatherrschaft der Hintermänner berühre. Denn das eigentliche Werkzeug sei nicht die einzelne Person, sondern ein quasi automatisch funktionierender Machtmechanismus, der »Apparat«, der reibungslos weiterarbeite, auch wenn der einzelne sich verweigere.

*Bloy*¹⁵ geht von einer Zurechnung »qua Organisationsunrecht« aus und will nur im Falle des klassischen Individualunrechts eine Begrenzung mittelbarer Täterschaft durch das Verantwortungsprinzip anerkennen. Überzeugend ist der von ihm eingeführte Gesichtspunkt, daß ein *vertikal* koordiniertes Verhalten regelmäßig für mittelbare Täterschaft spreche, während Mittäterschaft ein *horizontal* koordiniertes Verhalten voraussetze¹⁶.

Auch *Schmidhäuser*¹⁷ schließt sich nun dem Fungibilitätskriterium an, will aber über die Organisationsherrschaft hinaus eine mittelbare Täterschaft auch dann annehmen, wenn das Opfer an eine tatentschlossene Menge ausgeliefert wird.

b) Andere Begründungen der Organisationsherrschaft (*Bottke, Schild*)

*Bottke*¹⁸ prägt zwar den Begriff (*relevant*) *überlegene Gestaltungsherrschaft* (statt Willensherrschaft), stellt jedoch im Ergebnis auch auf Organisationsherrschaft ab, wenn er mittelbare Täterschaft bei demjenigen annimmt, »der innerhalb eines organisatorischen Machtapparats mit kriminogener Gesamtattitüde als höherrangig Eingestuft einer Niederrangigen eine Anweisung zur Deliktsbegehung (weiter)gibt, die wegen der etablierten kriminellen Attitüde des Kollektivs und der in ihm obwaltenden Befehlsmacht sowie Befolgungsbereitschaft höchstwahrscheinlich auf Erfüllung rechnen kann«¹⁹.

*Schild*²⁰ erkennt auch die Konstruktion der Organisationsherrschaft an, führt sie jedoch – ebenso wie die Nötigungs- und Irrtumsherrschaft – nicht auf die Willens-, sondern alleine auf die *Handlungsherrschaft* des Hintermanns zurück. Im Ergebnis plädiert er allerdings – gegen die mittelbare Täterschaft als eigenständige Kategorie – für eine bloße Alleintäterschaft. In allen Fällen der von *Roxin* anerkannten mittelbaren Täterschaft in Form der Willensherrschaft (scil. kraft Nötigung, Irrtums oder organisatorischer Machtapparate²¹) begehe der Hintermann nicht nur die Tat »durch« einen anderen (wie es § 25 I Alt. 2 vorsieht), »sondern der so durch einen anderen die Tat Begehende *setzt die Tatbestandshandlung selbst* (eben durch ein Werkzeug; und somit nicht durch einen »anderen«)²²; dabei sei auf die Tatbestands-

14 *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 42f.; *ders.*, Jura 1990, 16 (23f.).

15 *Bloy*, GA 1996, 424 (437ff.).

16 Zur vertikalen Befehlsstruktur in der ehem. DDR – allerdings zur Begründung der Anstiftung – *Lüderssen*, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?, 1992, S. 88f.

17 *Schmidhäuser*, Strafrecht AT (Studienbuch), 2. Aufl. 1984, 10/95; zur früheren Ansicht vgl. *ders.*, Lb. Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, 14/49.

18 *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, 1992, S. 60ff., 71f. Dazu krit. *Lesch*, GA 1994, 112 (123f.).

19 *Bottke* (o. Fn. 18), S. 71f.

20 *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, S. 10, 16, 19, 24ff. Dazu krit. *Bloy*, GA 1996, 239.

21 Vgl. o. Text zu Fn. 6.

22 *Schild*, o. Fn. 20, S. 24.

handlungen des Besonderen Teils, einschließlich des Vorsatzes, abzustellen²³. Damit erklärt *Schild* die Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare Täterschaft im Sinne von § 25 I – die auf einem »vor-normativen, auf die äußeren (unmittelbaren) Phänomene selbst abstellenden Handlungsbegriff ...«²⁴ beruhe – überhaupt für überflüssig.

c) Surrogate der Organisationsherrschaft (*Schroeder, Murmann*)

*Schroeder*²⁵ stellt auf die *unbedingte Tatentschlossenheit* des Ausführenden ab und hält die Organisationsherrschaft für eine »ad-hoc Konstruktion«, deren zentrales Merkmal (scil. das Fungibilitätskriterium) nicht den tragenden Grund der Tatherrschaft bilden könne. Zum einen berücksichtige es nicht die durch das langsame Hineinwachsen in solche Organisationen entstehende funktionelle Spezialisierung der Ausführenden; zum anderen würde auch eine »Unauswechselbarkeit« der Ausführenden nichts an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Hintermänner ändern. Materiell entscheidend sei, daß jederzeit »zur Tat Bereit« zur Verfügung stünden. Im übrigen verweist *Schroeder* auf *Korn*²⁶, der das Fungibilitätskriterium für »vordergründig« hält und deshalb auf andere Kriterien abstellt, scil. die fehlende Verhinderung der Tat durch das Eingreifen entgegenstehenden Rechts (an dem es im NS-System gefehlt habe), die Erziehung zu widerspruchsloser Befolgung von Befehlen sowie das Über- und Unterordnungsverhältnis in einer hierarchischen Ordnung mit weitgehender Aufteilung der Zuständigkeiten.

Insgesamt können *Schroeders* Ausführungen nicht überzeugen²⁷. Zunächst ist schon *Korn* kein zuverlässiger Gewährsmann gegen *Roxin*, denn er beruft sich – trotz der erwähnten Kritik – nicht nur ständig auf diesen²⁸, sondern folgt ihm auch im Ergebnis, indem er den einzelnen als »Werkzeug« betrachtet, »wenn er derart in einem *organisatorischen Machtapparat* ... tätig wird, daß er ohne Tatherrschaftswillen handelt«²⁹. Auch erinnert *Schroeders* These von der »hemmungslosen« Tatentschlossenheit des Tatmittlers doch sehr an die – zeitlich davor – von *Roxin*³⁰ vorgeschlagene Abgrenzung zwischen (mittelbarer) Täterschaft und Teilnahme bei organisierten Machtapparaten: Der Aufgeforderte (Angestiftete, Tatmittler) besitze nicht den verantwortlichen Willen, »der sich sonst als unüberspringbare Mauer zwischen den Hintermann und die Tat schiebt und den Auffordernden in die Randzone der Teilnahme abdrängt ...«; vielmehr werde er von den Hintermännern (»den Verbrecheninitiatoren«) so beherrscht, daß ihr Wille den seinen überlagere oder verdränge, jedenfalls den das Tatgeschehen eigentlich beherrschenden

23 Ablehnend *Bloy*, GA 1996, 239 (241).

24 *Schild*, o. Fn. 20, S. 24.

25 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 143ff. (152, 158, 167f.); *ders.*, JR 1995, 177 (178).

26 *Korn*, NJW 1965, 1206 (1208f.).

27 Krit. auch *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 362ff.

28 Vgl. insbes. *Korn*, NJW 1965, 1206, Fn. 5 und 17ff. unter Verweis auf *Roxin*, GA 1963, 193 (199ff.). Das Kriterium des Fehlens entgegenstehenden Rechts stammt im übrigen auch von *Roxin*, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 249ff.

29 NJW 1965, 1209 (Herv. d. Verf.). Allerdings ist das Werkzeug nach *Korn* nur Gehilfe.

30 GA 1963, 193 (201).

Willen darstelle. In der Sache³¹ ist Roxin³² zuzustimmen, wenn er nun Schroeders Kriterium »unbedingter Bereitschaft« unter Verweis auf § 30 II StGB ablehnt, weil nach dieser Vorschrift der »klassische Fall einer (bedingten oder unbedingten) Tatbereitschaft« (die Annahme eines Erbietens) eben keine mittelbare Täterschaft, sondern eine (versuchte oder vollendete) Anstiftung ist. Schließlich, so Roxin weiter, bedürfe es des Kriteriums der »unbedingten Bereitschaft« auch gar nicht, denn das »Besondere der Organisationsherrschaft liegt gerade darin, daß das Funktionieren und damit die Tatbestandserfüllung« davon unabhängig gesichert sei. Dies überzeugt auch deshalb, weil es in der Rechtswirklichkeit – sieht man einmal von den seltenen Fällen eines »omnimodo facturus« ab – nicht häufig »unbedingte bereite« Tatmittler gibt, sich mit diesem Kriterium also kaum eine Tatherrschaft des Hintermanns begründen ließe. Schließlich scheint Schroeder sich auch nicht endgültig festlegen zu wollen, wenn er in der »organisatorischen Mitwirkung vielfach Mittäterschaft erblickt³³ und damit die ursprünglich gemeinsame Diskussionsgrundlage (nämlich wie mittelbare Täterschaft am überzeugendsten zu begründen ist) verläßt.

Murmann³⁴ plädiert für eine Tatherrschaft durch Weisungsmacht. Die Organisationsherrschaft gehe von einer bloß instrumentalen Beherrschung des äußeren Geschehens aus und übersehe, daß auch ein – unterstelltes – reibungsloses Funktionieren der Organisation nicht über die Freiheit des Vordermanns hinwegkomme³⁵. Aus tatsächlicher Sicht spreche gegen die Fungibilität der unmittelbar Ausführenden auch, daß zur Tatausführung immer nur eine begrenzte Anzahl von Grenzsoldaten in Betracht gekommen sei, von einer »sozusagen unendlichen Anzahl tatbereiter Personen« also keine Rede sein könne³⁶. Murmann stellt deshalb auf das »gegenseitige Anerkennungsverhältnis« zwischen Täter (Staat) und Opfer (Bürger) ab. Im Staat-Bürger-Verhältnis werde das Opfer nicht nur durch den unmittelbar Handelnden, sondern auch durch eine rechtswidrige staatliche Machtausübung, also den Staat, verletzt. Der unmittelbar Handelnde vermittele und konkretisiere die verletzende staatliche Anweisung zur Tatbegehung. Dadurch greife der Staat direkt in die Freiheitssphäre des Bürgers ein, »auch wo er zur Umsetzung des Befehls einer ausführenden Person bedarf«³⁷. Im Ergebnis sei von einer normativen, personalen Tatherrschaft auszugehen, mittels derer der Hintermann (Staat) das Geschehen über einen frei handelnden Vordermann (Grenzposten) beherrsche, wenn ihm in seinem Verhältnis zum Opfer (Flüchtling) besondere Pflichten oblägen, »so daß bereits die Anweisung an den Vordermann als Wendung des Verhältnisses zum Opfer zum Unrechten erscheint«³⁸.

31 Zweifel, ob es um diese wirklich geht, läßt Schroeders Frage, »welche Argumente sich letztlich durchgesetzt haben«, aufkommen (JR 1995, 177).

32 Roxin, JZ 1995, 49 (51) m. w. N. Ebenso Heine, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, 1995, S. 51 (66 in Fn. 61).

33 Schroeder, Täter (o. Fn. 25), S. 169.

34 Murmann, GA 1996, 269 (273 ff.).

35 Ebd., 274: Es sei »ein schiefes Bild, Menschen, die in Organisationsstrukturen eingebunden sind, als Teil einer Maschine zu qualifizieren«, denn aufgrund des Menschseins stelle sich »die Unwägbarkeit, die aus der Freiheit folgt, ... immer wieder gleich«.

36 Ebd., 273.

37 Ebd., 278.

38 Ebd., 281.

Murmann ist zuzustimmen, wenn er davor warnt, qua Organisationsherrschaft gleichsam automatisch von der Unfreiheit des Vordermanns (Tatmittlers) auszugehen. Nicht nur die Organisationsherrschaft als solche, sondern auch die damit implizierte Tatbeherrschung des Hintermanns (und Unfreiheit des Vordermanns) müssen im Einzelfall nachgewiesen werden. Ihm ist aber entgegenzuhalten, daß auch die Konstruktion eines Anweisungsverhältnisses zwischen mittelbarem Täter, Tatmittler und Opfer das Problem der Freiheit des Vordermanns nicht löst. Denn auch die staatliche Anweisung nimmt dem Vordermann nicht automatisch die Handlungsfreiheit. Angesichts dessen erscheint sein Modell doch unnötig kompliziert und abstrakt. Es bleibt schließlich offen, wie der Staat als Hintermann den Tatmittler ohne einen organisatorischen Machtapparat überhaupt beherrschen kann.

Neuerdings will Schulz³⁹ die Organisationsherrschaft als zu weitgehend ablehnen und sie durch die schon aus der Tatherrschaftslehre bekannte Nötigungsherrschaft ersetzen. Doch bringt dies nicht nur keinen inhaltlichen Gewinn – die Figur der Organisationsherrschaft muß eben weiter konkretisiert werden –, sondern stiftet auch Verwirrung, weil der Begriff der Nötigungsherrschaft schon durch andere Fallgruppen, bei denen es regelmäßig an der Besonderheit einer hierarchischen Organisation fehlt, »besetzt« ist⁴⁰. Auch gerät Schulz zu seiner Ablehnung des § 35 StGB bei Mauerschützen in Widerspruch, wenn er gleichzeitig eine »psychische Drucksituation beim Handelnden« aus Sicht des Hintermanns konstatiert.

Abzulehnen ist auch die Ansicht Steins⁴¹, wonach bei »unfreien« Tatmittlern schon die Regeln der Nötigungs- und Irrtumsherrschaft eingreifen und deshalb die Organisationsherrschaft unnötig sei. Denn die »Unfreiheit« des Tatmittlers kann eben gerade darin bestehen, daß er aus Sicht des Hintermanns aufgrund der Struktur des betreffenden organisatorischen Machtapparats beherrscht wird und deshalb rechtlich (normativ betrachtet) »unfrei« ist.

3. Abweichende Ansichten

Die Vertreter eines strengen oder uneingeschränkten Verantwortungsprinzips sind der Ansicht, daß ein vollverantwortlicher Täter nicht gleichzeitig Werkzeug eines anderen sein könne⁴².

39 Schulz, JuS 1997, 109 (112 ff.).

40 Vgl. Roxin, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 142 ff.

41 Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 203.

42 Vgl. Jakobs, Strafrecht AT (Studienausgabe), 2. Aufl. 1993, 21/103; ders., NStZ 1995, 26; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 670; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafrechtslehren, 5. Aufl. 1996, § 21 Rn. 92; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 10. Aufl. 1995, § 29 Rn. 147; SK-Samson, Stand 1993, § 25 Rn. 36. – Doch ist nicht nur das Verantwortungsprinzip als solches umstritten (vgl. etwa Herzberg, Jura 1990, 16, 22 ff., »auf das Werkzeugprinzip« und die »Gebrochenheit der Verantwortung« abstellend), sondern einige seiner Vertreter wollen die Organisationsherrschaft als zulässige Ausnahme anerkennen (etwa Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 75; auch Stratenwerth und Wessels, o. Fn. 12 sowie Herzberg, o. Fn. 14). Zur Uneinigkeit bei anderen Fallgruppen auch Bloy, Beteiligungsform (o. Fn. 27), S. 347 ff.

a) Mittäterschaft (*Jakobs*)

Insbesondere *Jakobs*⁴³ wendet sich gegen die Organisationsherrschaft und zieht eine Mittäterschaft der mittelbaren Täterschaft vor⁴⁴. Gegen eine Fungibilität spreche schon, daß nicht alle Grenzsoldaten gleichzeitig, sondern nur nacheinander auswechselbar seien; eine solche sukzessive Auswechslung sei aber bei Beteiligung keine Besonderheit. Es liege in der Logik der von der Rechtsprechung angenommenen Organisationsstrukturen, daß diese nicht nur die Auswechslung der Befehlsempfänger, sondern auch der Befehlsgeber zuließen. Schließlich bestehe – wie von *Roxin* behauptet – eben keine »übergeordnete Herrschaft eigener Qualität«, sondern Befehlsgeber und Ausführende seien *rechtlich* gleichrangig; auch handele der Ausführende *rechtlich* nicht automatisch, sondern ließe sich durch den Befehl korrumpieren und dieser verantwortliche Akt sei das »genaue Gegenteil einer Automatik«⁴⁵. Die – für eine Mittäterschaft erforderliche – Gemeinsamkeit des Tatentschlusses werde durch das gemeinsame Bewußtsein von Leitenden und Ausführenden hergestellt, daß eine bestimmte Tat oder mehrere Taten gleicher Art entsprechend den Weisungen der Leitung vorgenommen werden sollen. Dabei komme es nicht darauf an, daß sich die Beteiligten kennen. Auch sei eine Mitwirkung im Ausführungsstadium nicht notwendig. In den Mauerschützenfällen hätten die Anordnungen der Hintermänner die Tötungen erst ermöglicht und seien deshalb von dem gleichen sozialen Gewicht wie die unmittelbar »arbeitsteilig« ausgeführten Taten⁴⁶.

*Otto*⁴⁷ weist darauf hin, daß der unmittelbar Handelnde wesentlich durch das Bewußtsein bestimmt sei, er werde für seine Taten nicht zur Verantwortung gezogen. Dies begründe aber noch keine Tatherrschaft des »Planers« über ihn. Mit seinem Verhalten mache sich der Tatmittler vielmehr den verbrecherischen Plan konkludent zu eigen; deshalb sei Mittäterschaft anzunehmen.

b) Anstiftung durch den Hintermann

Anstiftung setzt voraus, daß unmittelbarer Täter und Tat aus Sicht des Anstifters bestimmbar⁴⁸ sind⁴⁹. Mag man diese Voraussetzungen in den Mauerschützenfällen noch für erfüllbar halten – der Kreis der Grenzsoldaten als bestimmbarer Täter und der Todesschuß als bestimmte Tat –, so ergibt doch ein Vergleich zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, daß diese nicht nur den Unrechtsgehalt des Verhaltens der Hintermänner angemessener erfaßt⁵⁰, sondern sich auch besser in die allgemeine Beteiligungslehre einfügt.

43 *Jakobs*, AT (o. Fn. 42), 21/103, in Fn. 190; *ders.*, NSTZ 1995, 26 (26f.).

44 Für Mittäterschaft auch *Jescheck/Weigend*, AT (o. Fn. 42), S. 670; *SK-Samson*, Stand 1993, § 25 Rn. 36.

45 *Jakobs*, NSTZ 1995, 26 (27); dagegen *Gropp*, JuS 1996, 13 (17), nach dem niemand rechtlich unterlegen als der Befehlsempfänger sein könne.

46 Täterschaft – im Gegensatz zur Teilnahme – begründet *Jakobs* im Falle des Nationalen Verteidigungsrates (NVR) auch damit, daß die Hintermänner als Mitglieder eines Verfassungsorgans (NVR, Art. 73 DDR-Verfassung) eine Sonderpflichtstellung innegehabt hätten und es sich deshalb um Pflichtdelikte handele (vgl. *Jakobs*, NSTZ 1995, 26 [26f.]; *ders.*, AT, o. Fn. 42, 21/115ff.). Ähnlich *Murmann*, GA 1996, 269 (278), wenn er auf die Pflicht des Staates, seine Staatsgewalt rechtmäßig auszuüben, abstellt.

47 *Otto*, Grundkurs (o. Fn. 42), § 21 Rn. 92.

48 Vgl. allg. *Kühl*, AT (o. Fn. 12), § 20 Rn. 188ff.

49 Vgl. *Gropp*, JuS 1996, 13 (17); vgl. zur Anstiftung als subsidiäre Beteiligungsform in diesen Fällen *Jakobs*, AT (o. Fn. 42), 21/103; dezidiert nun auch *Köhler*, Strafrecht AT, 1997, S. 510f.

50 So – positiv gewendet – das rechtspolitische Argument *Roxins* (JZ 1995, 49) für mittelbare Täterschaft.

*Schroeder*⁵¹ hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, daß bei Taten in organisatorischen Machtzusammenhängen die typische Situation der Anstiftung, nämlich das Auftreffen des Willen des Veranlassers (Anstifters) auf die normalen psychischen, »rechtstreuen« Gegenkräfte des Veranlaßten (Angestifteten) und die dadurch bedingte Erfolgsunsicherheit der Veranlassung, nicht vorliege. Vielmehr sei in diesen Fällen der Gegenwille des Veranlaßten so schwach, daß der Veranlasser vom »Fehlen jeglicher Hemmungskräfte« ausgehen könne.

Der Mauerschütze entspricht danach dem zur Tat schon entschlossenen Täter, dessen »unbedingte Bereitschaft«⁵² zur Tatausführung der Hintermann nur noch ausnutzen muß. Der Veranlasser beherrscht den Veranlaßten und diese *Herrschaft* des Hintermanns über den Vordermann spricht für mittelbare Täterschaft statt Anstiftung.

c) *Nebentäterschaft* wollen *Bockelmann/Volk*⁵³ annehmen, da Mittäterschaft mangels gemeinsamen Tatentschlusses ausscheide und mittelbare Täterschaft an der vollen Verantwortlichkeit der Tatmittler scheitere. Dem hält *Roxin* mit Recht entgegen, daß das Ineingreifen der einzelnen Handlungen innerhalb der organisierten Machtapparate das unverbundene Nebeneinanderherlaufen verschiedener Kausalreihen, wie es die Nebentäterschaft kennzeichnet, ausschließe⁵⁴.

4. Zusammenfassende Würdigung

Die Figur der *Organisationsherrschaft* ist zur Begründung mittelbarer Täterschaft unentbehrlich. Andere Begründungsversuche mittelbarer Täterschaft, die Annahme von Mittäterschaft oder gar Anstiftung können nicht überzeugen.

Gegen *Mittäterschaft* – als überzeugendste Alternative – spricht entscheidend, daß insbesondere die Tatentfernung und die Unkenntnis des Hintermanns von dem konkreten Tatablauf und den Tatausführenden ein arbeitsteiliges Zusammenwirken ausschließen⁵⁵. Die Mauerschützenfälle zeigen, daß die Tatausführung regelmäßig den Grenzsoldaten überlassen wurde, es also an einer funktionellen Arbeitsteilung im mittäterschaftlichen Sinne gefehlt hat. Ebenso fehlt es regelmäßig an einem gemeinsamen Tatentschluß von Hintermann und Tatausführendem. Im übrigen spiegelt Mittäterschaft gerade nicht die staatlich-organisierter Kriminalität immanenten Befehlshierarchien angemessen wider⁵⁶.

Anstiftung ist vor allem deshalb abzulehnen, weil sie den entscheidenden Gesichtspunkt der Tatbeherrschung durch den Hintermann vernachlässigt. In der DDR-Realität dürften die Grenzsoldaten keineswegs immer – im Sinne eines »omnimo facto« – unbedingt zur Tat entschlossen gewesen sein⁵⁷. Vielmehr versuchten sich viele Wehrpflichtige vom Postendienst zu »drücken« oder sie leisteten den

51 *Schroeder*, Täter (o. Fn. 25), S. 143ff., 150, 196, 222; *ders.*, JR 1995, 177 (178).

52 *BGH NJW* 1994, 2703 (2706).

53 *Bockelmann/Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1987, S. 182.

54 Täterschaft (o. Fn. 1), S. 654.

55 Überzeugend *ebd.*; *ders.*, Lange-FS 1976, 193; *ders.*, JZ 1995, 49 (50).

56 Vgl. insoweit die treffende Unterscheidung von *Bloy* in horizontale Mittäterschaft und vertikale mittelbare Täterschaft (o. Fn. 15).

57 So aber *LG Berlin NJ* 1994, 588 im Fall eines Wehrpflichtigen, der als Kraftfahrer an der Grenze eingesetzt wurde (!).

Dienst in der Hoffnung, daß es zu keinem Grenzzwischenfall kommen werde. Für die Befehlsgeber waren sie jedenfalls austauschbare Rädchen am Wagen des funktionierenden Systems, so daß es auf ihre unbedingte Tatbereitschaft gar nicht ankam.

Die der Annahme *mittelbarer Täterschaft* in erster Linie entgegengehaltene (scheinbare) Widersprüchlichkeit der *Beherrschung* eines *selbst verantwortlich* handelnden Tatmittlers löst sich auf, wenn man individuelles Unrecht deutlicher von kollektivem Unrecht, scil. Unrecht, das in organisatorischen Macht- und Aktionszusammenhängen auftritt (Makrokriminalität⁵⁸), unterscheidet⁵⁹. Das strenge Verantwortungsprinzip muß bei kollektivem Unrecht versagen, weil es das Unrecht des Hintermanns schon begriffsnotwendig – ausgehend von der Selbstverantwortung als liberalem, individualrechtlichem Prinzip – nicht angemessen erfassen kann. Überhaupt müssen die herkömmlichen Zurechnungsregeln des Individualstrafrechts bei fremdhändiger Tatausführung in Fällen makrokrimineller Verhaltensweisen ganz neu überdacht werden⁶⁰. Der Umstand, daß der Hintermann nicht – wie in den »normalen« Fällen mittelbarer Täterschaft – den Ausführenden (Tatmittler) unmittelbar, sondern (nur) durch den Apparat mittelbar beherrscht, führt zu einer Haftung aufgrund funktioneller Zuständigkeit (als »Schreibtischtäter«, Befehlsgeber, Planender, geistiger Täter usw.); kurz: zu einer *Haftung qua Organisations- statt Individualunrecht*⁶¹. Für die Zurechnung kommt es also entscheidend darauf an, den Nachweis der Organisationsherrschaft des Hintermanns zu führen. Seine mittelbare Täterschaft endet erst dort, »wo die Voraussetzungen eben dieser Organisationsherrschaft fehlen«⁶².

Da nur die Organisationsherrschaftslehre – trotz ihrer notwendigen Konkretisierung (dazu sogleich) – das spezifische Organisationsunrecht angemessen und zufriedenstellend erfaßt, ist sie den erwähnten Surrogaten vorzuziehen. Da diese nicht wirklich einen Gewinn an Bestimmtheit bringen, gebührt *Roxin* nach wie vor das Verdienst, den einzig tragfähigen Lösungsvorschlag entwickelt zu haben. Jeder weiterführende Ansatz hat von seiner Konzeption auszugehen. Die erkenntnisleitende Frage ist, welche *Struktur- und Organisationsmerkmale* Unrechtskollektive haben müssen, um eine Organisationsherrschaft der Hintermänner begründen zu können.

58 Zu dem hier verwendeten Verständnis dieses von *Jäger* geprägten Begriffs vgl. *Ambos*, KritV 1996, S. 355 (362f.) m. w. N.

59 Dazu weiterführend *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (687ff.).

60 Dazu schon *Jäger*, MSchrKrim 1962, S. 73–83 (zust. *Roxin*, Täterschaft [o. Fn. 1], S. 243) und neuerdings *Jäger*, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, 1995, S. 325 (329f.).

61 Treffend *Bloy*, GA 1996, 424 (441).

62 *Ebd.*

III. Zur Konkretisierung der Organisationsherrschaft

1. Fallgruppen

Roxin nimmt den Einwand der »Unschärfe«⁶³ der Organisationsherrschaft vorweg, wenn er feststellt, daß ein »fest begrenzter Täterbegriff, aus dem sich die Lösung dieser Fälle (gleichsam) logisch deduktiv ableiten ließe, ... nicht formulierbar« sei, sondern vielmehr die »Strukturformen der Herrschaft« aus dem konkreten Sachverhalt herausdestilliert werden müßten⁶⁴. Damit wird die Organisationsherrschaft zum »offenen« Begriff und die Unbestimmtheit zum System. Zwischen »dogmatischer Erstarrung«⁶⁵ und völliger Unbestimmtheit aber gibt es einen Mittelweg, der darin liegt, Fallgruppen der Organisationsherrschaft herauszuarbeiten. Grob differenzierend geht es einerseits um Verbrechen des *staatlich*-organisierten und andererseits um solche des *nichtstaatlich*-organisierten Machtapparats.

a) Verbrechen eines staatlich-organisierten Machtapparats

Prototyp dieser Fallgruppe ist der totalitäre – als Gegenbegriff zum liberalen – Staat. Freilich kann der Totalitarismus eines Staates, also der Grad der Kontrolle und Beherrschung seiner Bürger, variieren und niemals wirklich »total« sein. Auch ist umstritten, ob die immer wieder genannten historischen Beispiele (das NS- und andere faschistische Systeme sowie die realsozialistischen Diktaturen stalinistischer Prägung) unter Totalitarismus als einheitlichem Begriff zusammengefaßt werden können. All dies kann hier jedoch dahinstehen⁶⁶, denn es geht ausschließlich um die gemeinsamen Strukturmerkmale dieser Machtapparate. Um sie herauszuarbeiten, bietet sich zum einen eine theoretisch soziologische Analyse, zum anderen eine Analyse einschlägiger Strafurteile an. Der letztgenannte Weg wird hier beschritten, denn nur die strafjustizielle Vergangenheitsaufarbeitung setzt – neben einer umfassenden Tatsachenfeststellung – auch die *rechtlliche Beurteilung der Beteiligungsverhältnisse* voraus.

Während die deutsche Rechtsprechung erst mit der langsamen Hinwendung zur Tatherrschaftslehre eine auf Organisationsherrschaft beruhende mittelbare Täterschaft politischer oder administrativer Führungsorgane anerkennen mußte⁶⁷, hat die Figur im Ausland früher Bedeutung erlangt. In

63 *Schroeder*, Täter (o. Fn. 25), S. 168; auch *ders.*, JR 1995, 177 (178).

64 *Roxin*, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 251.

65 Vgl. *Roxin*, GA 1963, 193 (207), wo er darauf hinweist, daß auch nur ein »offenes« System »dogmatischer Erstarrung« (und damit fehlender Problemlösungskompetenz) vorbeugen kann.

66 Vgl. näher *Dähn*, in: Görliitz/Prätorius (Hrsg.), Handbuch Politikwissenschaft, 1987, S. 567ff.; *Naßmacher*, Politikwissenschaft, 1994, S. 143ff.; jüngst *Maier* (Hrsg.), Totalitarismus und politische Religionen, 1996.

67 Zuvor half die (extrem) subjektive Theorie. Freilich hätte man auch schon Staschynskij auf dem Boden der Tatherrschaftslehre als unmittelbaren Täter und den verantwortlichen Hintermann im KGB als mittelbaren Täter kraft Organisationsherrschaft verurteilen können (vgl. *Roxin*, GA 1963, 194ff.; *ders.*, Täterschaft, o. Fn. 1, S. 247f.).

den – schon von *Roxin* u. a.⁶⁸ aufgegriffenen – *Eichmann-Urteilen*⁶⁹ wurde festgestellt, daß die *übliche Beteiligungslehre* (insbesondere Anstiftung und Beihilfe) die gegenständlichen Verbrechen *nicht adäquat* erfassen könne. Die Lösung des Bezirksgerichts bestand stattdessen darin, die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit – gleichsam in Umkehrung der üblichen Beteiligungslehre – mit zunehmender Tatentfernung wachsen zu lassen, so daß im Ergebnis der lenkende Hintermann eine größere Verantwortlichkeit als der unmittelbare Täter besaß:

»Die gegenständlichen Verbrechen sind ja Massenverbrechen ..., so daß die Nähe oder Entfernung des einen oder des anderen dieser vielen Verbrechen zu dem Manne, der das Opfer tatsächlich tötete, überhaupt keinen Einfluß auf den Umfang der Verantwortlichkeit haben kann. Das Verantwortlichkeitsausmaß *wächst* vielmehr, ... *je mehr man sich* von demjenigen *entfernt*, der die Mordwaffe mit seinen Händen in Betrieb setzt und zu den höheren Befehlsstufen gelangt, den »Anstiftern« in der Nomenklatura unseres Gesetzgebers. Betreffend die Opfer ... ist es ganz besonders schwierig, in Fachausdrücken zu definieren, wer wem Hilfe geleistet hat: derjenige, der die Opfer erfaßte und sie ins Konzentrationslager deportierte, oder eher derjenige, der sie dort zur Zwangsarbeit heranzog.«⁷⁰

Im Ergebnis wurde Mittäterschaft angenommen, doch taugt die entsprechende Begründung besser für die Annahme von Organisationsherrschaft. Zusammenfassend wird nämlich festgestellt, daß Eichmann »keine »Marionette« in den Händen anderer« gewesen sei, sondern »seinen Platz unter den Drahtziehern«⁷¹ eingenommen habe. Er habe *de facto* die administrative Verantwortung für die Endlösung getragen. Dann kann man aber mit *Roxin*⁷² feststellen, daß seine fehlende oder abnehmende Tatnähe durch eine zunehmende Organisationsherrschaft kompensiert wurde. Gegen Mittäterschaft sprechen, jedenfalls aus deutscher Sicht, die schon genannten Argumente (oben II. 4.).

Die Annahme einer *Tatherrschaft* Eichmanns qua eines organisatorischen Machtapparats erscheint allerdings vor dem Hintergrund anderer Verfahren dieser Art relativ weitgehend. Vergleicht man seine Position und Funktion – zuletzt als Leiter des Referats IV B 4 im Reichssicherheitshauptamt (RSHA)⁷³ verantwortlich für die Judendeportationen – mit denen der Ange-

68 *Roxin*, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 246 ff. (= GA 1963, 201 ff.); auch *Schroeder*, Täter (o. Fn. 25), S. 167; *Jäger*, MSchrKrim 1962, 73; *Baumann*, JZ 1963, 110; *ders.*, NJW 1963, 561, 564 f.; *Peters*, Eckart Jahrbuch 1961, 229 ff.; jüngst, allerdings nicht zu den materiellrechtlichen Problemen: *Grosse*, Der Eichmann-Prozeß zwischen Recht und Politik, 1995 (dazu *Geerds*, GA 1997, 99).

69 Vgl. das Urteil des *Bezirksgerichts* vom 12. 12. 1961 [deutsch in: *Less*, Schuldig. Das Urteil gegen Adolf Eichmann, 1987; englisch in *International Law Reports* = ILR 36 (1968), S. 5–14, 18–276] und das bestätigende Berufungsurteil des *Obersten Gerichtshofs* vom 29. 5. 1962 [ILR 36 (1968), S. 14–17, 277–344].

70 *Bezirksgericht*, o. Fn. 69, para. 197.

71 *Bezirksgericht*, o. Fn. 69, para. 180; vgl. auch para. 194 f., 242.

72 So schon treffend *Roxin*, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 247.

73 Das SS-RSHA wurde am 27. 9. 1939 aus dem Sicherheitsdienst-Hauptamt, einer Einrichtung der NSDAP, und dem Hauptamt Sicherheitspolizei, einer staatlichen Einrichtung, gebildet, ohne jedoch damit die erhoffte polizeiliche Verschmelzung Staat-Partei erreichen zu können (vgl. *Höhne*, Der Orden unter dem Totenkopf, 1967 (Nachdruck o. J.), S. 235 ff.).

klagten der Nürnberger⁷⁴ oder der DDR-Verfahren (gegen den Nationalen Verteidigungsrat oder die »Generäle«), so fällt auf, daß es dort um Mitglieder der Staatsführung i. w. S. ging bzw. geht⁷⁵, während Eichmann doch nur ein höherer Beamter, »ein kleines Rädchen im Gesamtgetriebe«⁷⁶, war; ein wichtiges und unersetzliches zwar, aber doch weit entfernt von den Hauptkriegsverbrechern Hitler, Goebbels, Himmler, Göring usw. Konnte also Eichmann, der Beamte und Schreibtischtäter, wirklich mit diesen hochrangigen Angeklagten gleichgestellt werden? Die Frage ist suggestiv, denn eine solche Gleichstellung ergibt sich gerade nicht aus den Eichmann-Urteilen, lassen diese doch den Umfang der individuellen Verantwortlichkeit mit steigender Verantwortung im Machtapparat wachsen und eröffnen damit die Möglichkeit einer *stufenweisen Organisationsherrschaft*. Daß diese im übrigen in den Nürnberger Verfahren nicht einmal angedacht wurde, hat mehr mit dem Pragmatismus des US-Strafrechts als mit einer bewußt gewählten dogmatischen Entscheidung zu tun. Schon die Nürnberger Rechtsgrundlagen erlaubten die Gleichbehandlung bloßer Unterstützungshandlungen mit eigenhändigen Ausführungshandlungen⁷⁷, indem nur ganz allgemein der Nachweis verbrecherischer Beteiligung (»participation«) gefordert wurde⁷⁸. Diese extensive – auf der der Einheitstäterschaft nahestehenden US-amerikanischen Beteiligungslehre beruhende⁷⁹ – Zurechnungsgrundlage machte eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme und somit auch Überlegungen zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft überflüssig.

Mit Eichmann ist somit die Möglichkeit einer *mehrstufigen Organisationsherrschaft* anzuerkennen. Der Fall lehrt eben nicht nur, wie von *Jäger*⁸⁰ treffend formuliert, daß »auch eine Handlung, die nur in der Unterzeichnung

74 Zu den »Nürnberger Verfahren« zählen das Verfahren gegen Göring u. a. (*Internationaler Militärgerichtshof-IMG*, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG, Nürnberg 1947, 42 Bde.) und die 12 Nachfolgeverfahren vor US-Militärgerichten (*US-Government Printing Office*, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Washington D.C. 1950–53, 15 Bde. – zit. als TWC und Band).

75 Als vergleichbare Fälle drängen sich von den Nürnberger Verfahren hier insbesondere das Juristen-, das RSHA- und das Wilhelmstraßenurteil auf. In diesen Verfahren ging es überwiegend um die Strafbarkeit von höherrangigen Beamten als Eichmann (Minister, Staatssekretäre, Ministerialräte usw.), doch war von einer Tatherrschaft kraft eines organisatorischen Machtapparats nicht die Rede (vgl. TWC III, S. 945–1201; TWC V, 88–169; TWC XIV, 308–942).

76 *Baumann*, JZ 1963, 119.

77 Vgl. Art. 6 I S. *IMG-Satzung* (8. 8. 1945, in: IMG, o. Fn. 74, Bd. I, S. 10) und Art. II Nr. 2 *Kontrollratsgesetz* 10 (Abl. Kontrollrat Nr. 3, 31. 1. 1946, S. 50 ff.).

78 Vgl. etwa auch hier wieder nur beispielhaft den zentralen, doch sehr unbestimmten Vorwurf im Juristenurteil: »conscious participation in a nation wide government-organized system of cruelty and in justice« (TWC III, 985, Herv. d. Verf.).

79 Dabei wurde allerdings im *common law* ursprünglich zwischen »principal« (»in the first and second degree«) und »accessory« (»before and after the fact«) bezüglich der »felony« (Verbrechen) unterschieden, was eine Gleichstellung mit dem Einheitstäterbegriff – der aber bezüglich der »misdemeanors« (Vergehen) galt – verbietet. Doch hat die neuere Gesetzgebung nahezu aller US-Staaten die Unterscheidung zwischen »principal« und »accessory before the fact« aufgegeben: nur noch der »accessory after the fact« (scil. die Beteiligung nach Tatvollendung) wird deutlich von den übrigen Beteiligungsformen abgegrenzt (vgl. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law II, 1986, S. 125 ff.; *Hönig*, in: *Mezger/Schönke/Jescheck* (Hrsg.), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart IV, 1962, S. 7–262, S. 217 ff.).

80 *Jäger*, MSchrKrim 1962, 73 (80).

eines Dokuments oder einem telefonischen Anruf besteht, Mord sein kann«, sondern überdies, daß auch von der eigentlichen Staatsführung entfernte, mittlere Bürokraten solche Handlungen begehen können. Insoweit ist Roxin⁸¹ zuzustimmen, wenn er aufgrund der weisungsberechtigten Position »an irgendeiner Stelle« im organisatorischen Machtapparat mittelbare Täterschaft begründen will. Fest steht aber auch, daß man viel tiefer als bis zum mittleren Beamten à la Eichmann nicht wird gehen können. Organisationsherrschaft setzt immer Herrschaft über eine Organisation, d. h. ein Kollektiv ersetzbarer Tatmittler, und damit auch Herrschaft mittels dieser Organisation voraus. Diese Herrschaft akkumuliert und verdichtet sich mit zunehmender Entscheidungsmacht und Verfügbarkeit personeller Ressourcen.

Explizit hat die Organisationsherrschaftslehre freilich erstmals und, soweit ersichtlich, im Ausland damit auch zum einzigen Mal in dem Verfahren gegen die ehemaligen Oberbefehlshaber der argentinischen Militärjuntas (1976–83)⁸² praktische Bedeutung erlangt. Dabei beurteilten das erstinstanzlich zuständige Berufungsgericht (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital) und der oberste Gerichtshof (Corte Suprema – CS) das Verhalten der Angeklagten als mittelbare Täterschaft, verurteilten sie aber – entgegen der Ansicht der Anklage – aufgrund (notwendiger) Teilnahme, oder Zusammenarbeit (cooperación necesaria⁸³). Den Angeklagten wurden nämlich nicht, wie es die Annahme mittelbarer Täterschaft erfordert, die von ihnen vorsätzlich angeordneten Tötungen, sondern die von den unmittelbaren Tätern begangenen »Haupttaten« (scil. Folter mit Todesfolge) zugerechnet. Damit wurde also im Ergebnis eine akzessorische Haftung angenommen⁸⁴. In der Begründung folgten jedoch Cámara wie die Mehrheit der CS der Organisationsherrschaftslehre. Wörtlich stellte die Cámara insoweit fest:

»Die Angeklagten hatten Tatherrschaft, weil sie die Organisation, die die Taten erzeugte, kontrollierten. ... In diesem Zusammenhang verliert der konkrete Tatausführende an Bedeutung. Die Herrschaft derjenigen, die das System kontrollieren, über die Vollendung der von ihnen angeordneten Taten, ist total, denn selbst wenn es irgendeinen Untergebenen geben sollte, der sich widersetzen würde, würde er automatisch durch einen anderen ersetzt werden, woraus folgt, daß der entworfene Plan nicht durch den (entgegenstehenden) Willen des Ausführenden, der lediglich die Rolle eines bloßen Zahnrads einer gigantischen Maschinerie spielt, zum Scheitern

81 Vgl. schon oben Fn. 11 und dazugehöriger Text.

82 Urteil Cámara vom 9. 12. 1985, in: Fallos CS, Bd. 309-I/II, S. 33–1657; Urteil Corte Suprema (CS) vom 30. 12. 1986, in: Fallos CS, Bd. 309-II, S. 1689–1923. Krit. Sancinetti, Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial, 1988, S. 1ff.; auch Maier, ZStW 107 (1995), S. 143 (146ff.). Zum Hintergrund Ambos, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, 1997, S. 71 ff., 319 ff. m. w. N.

83 Vgl. Art. 45 Código Penal (CP), der die Teilnahme an der Tatausführung, die Hilfeleistung oder notwendige Zusammenarbeit (S. 1) sowie die direkte Bestimmung zur Tat (S. 2) wie Täterschaft bestraft. Deshalb hatte die abw. Entscheidung der CS hinsichtlich der Rechtsfolge grundsätzlich keine Bedeutung.

84 Vgl. etwa Urteil CS, o. Fn. 82, S. 1612 (Nr. 5) bezüglich Videla. Krit. deshalb Sancinetti, o. Fn. 82, S. 29f. Anders Roxin, der meint, daß seinen Thesen – auch im Ergebnis – gefolgt worden sei (Täterschaft, o. Fn. 1, S. 653, vorsichtiger in Fn. 349; vgl. auch ders., JZ 1995, 49, Fn. 3).

gebracht werden kann. Es handelt sich hier nicht um die üblicherweise bei mittelbarer Täterschaft bekannte Willensherrschaft. Das Werkzeug, dessen sich der Hintermann bedient, ist das System selbst ... bestehend aus fungiblen Tatmittlern ... Die Herrschaft bezieht sich deshalb nicht auf einen konkreten Willen, sondern auf einen »unbestimmten Willen«, wer auch immer der Ausführende ist, die Tat wird jedenfalls begangen. ... Wer das System beherrscht, beherrscht den anonymen Willen aller dazu gehörenden Menschen.«⁸⁵

Aus den – zutreffenden – Gründen der Entscheidung der Cámara und der Mehrheit der CS folgt – als Bestätigung der Organisationsherrschaftslehre – die allgemeine Regel, daß die Organisationsstruktur eines militärischen Machtapparats den verantwortlichen Hintermännern Tatherrschaft über die unmittelbaren Täter vermitteln kann.

b) Verbrechen eines nichtstaatlich-organisierten Machtapparats (organisierte Kriminalität)

Mangels praktischer Anknüpfungspunkte betritt man hier ein unsichereres Terrain als bei der gerade untersuchten Fallgruppe. Die eher beiläufige Übertragung der Organisationsherrschaft auf »mafiaähnlich organisiertes Verbrechen« und Unternehmen durch den BGH⁸⁶ kann man wohl als Diskussionsaufforderung verstehen, sie führt aber inhaltlich nicht weiter.

Nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand ginge es zu weit, Unternehmen unter diese Fallgruppe zu subsumieren. Das folgt schon rein begrifflich daraus, daß es sich um »Machtapparate«, also auf Machterhalt oder -zuwachs abzielende kriminelle (einschließlich terroristische) Organisationen mit entsprechend straffer Organisations- und Befehlsstruktur, handeln muß. Als solche wird man auch Großunternehmen – bei aller Kritik an manch aggressivem Marktverhalten – kaum charakterisieren können. Unternehmen sind nicht per se kriminell, ihnen geht es in erster Linie um die legale Erzielung finanzieller Gewinne. Straftaten mögen zwar zur Begleitscheinung einer gewissen Marktstrategie werden, bilden aber regelmäßig keinen festen Bestandteil der Unternehmenspolitik, sind also lediglich »akzidentell«⁸⁷. Sollte dies einmal anders sein, nehmen also »kriminelle Attitüden«⁸⁸ überhand, handelt es sich um kriminelle Organisationen, womit man sich im Bereich des »mafiaähnlich organisierten Verbrechens« und damit in der hier untersuchten Fallgruppe befinden würde. Geht man hingegen vom »Normaltyp« des legalen Unternehmens aus, liegen auch die materiellen Voraussetzungen der Organisationsherrschaft nicht vor⁸⁹. In funktionell differenzierten und dezentralisierten Unternehmen wird es schon an den notwendigen »regelhaften Abläufen« fehlen. Aber auch in hierarchisch und linear organisierten Unternehmen, bei denen unter bestimmten Voraussetzungen wohl

85 Urteil Cámara, o. Fn. 82, S. 1601f. (aus dem Spanischen; Herv. d. Verf.); vgl. auch S. 1597f.

86 Vgl. o. Fn. 2.

87 Lampe, ZStW 106 (1994), 685 (708). Vgl. auch BGHSt 32, 202, 206 (Firmengründung »für sich allein« noch keine Bildung einer kriminellen Vereinigung).

88 Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 22.

89 Vgl. indes Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 104 sowie ders., o. Fn. 32, S. 61ff., gerade auch auf die Gefahr der Ausuferung der strafrechtlichen Verantwortung hinweisend. Dagegen auch Roxin, JZ 1995, 49 (51f.); Murmann, GA 1996, 269 (275, 278ff.); Schumann, o. Fn. 42, S. 76; dafür aber Schünemann, o. Fn. 88, S. 102f.

solche »regelhafte Abläufe« durch Anordnungen von »oben« ausgelöst werden können, dürfte von einer mechanischen Auswechselbarkeit der Tatmittler im Sinne des Fungibilitätskriteriums nicht auszugehen sein⁹⁰.

Was nun die *per se* kriminellen – einschließlich der terroristischen – *Organisationen* angeht, besteht kaum Klarheit. Organisationsherrschaft setzt – neben den genannten Voraussetzungen⁹¹ und der problematischen »Rechtsgelöstheit« (dazu unten) – nach *Roxin*⁹² insoweit insbesondere voraus, daß die Mitglieder »als Organe der Führungsspitze handeln, deren Autorität sie anerkennen«. Allerdings könne man nicht von einem Machtapparat ausgehen, »wenn sich ein halbes Dutzend asozialer Elemente zu gemeinsamen Straftaten zusammenschließen und einen ... zum Anführer wählen ...«, denn in diesem Fall fehle es an der grundlegenden Voraussetzung der Willensherrschaft, scil. dem »vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Bestand« der Organisation. Die übrige Lehre lehnt eine solche Erweiterung der Organisationsherrschaft auf nichtstaatliche Kriminalität aus prinzipiellen Erwägungen⁹³ oder aufgrund anderer Prämissen ab⁹⁴.

Zur weiteren Differenzierung bietet sich eine Unterscheidung zwischen einem *formellen Machtapparat* und einer *informellen Gruppe* an⁹⁵. Organisationsherrschaft erscheint von vornherein nur in einem *formellen Machtapparat* möglich, scil. einer Organisation, die hierarchisch-linear strukturiert ist und aus einer ausreichend großen Zahl auswechselbarer Tatmittler besteht. Damit betritt man den empirisch kaum erforschten Bereich der *organisierten Kriminalität*. Festzustehen scheint, daß es bei den dem Strafrecht bekannten Begrifflichkeiten – »Bande« (etwa § 244 I Nr. 3 StGB) und »kriminelle Vereinigung« (§ 129 StGB) – regelmäßig an einer streng hierarchischen Organisation und – aufgrund einer geringen Mitgliederzahl – auch Fungibilität der Tatmittler fehlt⁹⁶. Sollte eine »kriminelle Vereinigung« über die üblicherweise relativ lose Netzwerkstruktur⁹⁷ hinaus doch straffe Organisationsstrukturen und eine Vielzahl von Mitgliedern aufweisen, dürfte sie schon zur »organisierten Kriminalität« im eigentlichen Sinne gehören⁹⁸. Damit befindet man sich freilich vollends im Zuständigkeitsbereich von Kriminologie und Kriminalpolitik (zwischen »Mythos und Wirklichkeit«⁹⁹) und muß mit einer

90 Eine andere, hier nicht weiter zu behandelnde Frage ist, inwieweit sich eine strafrechtliche Verbandshaftung, scil. eine Haftung des Unternehmens als Kollektiv im Gegensatz zu einer individualstrafrechtlichen Haftung seiner Mitglieder, aufgrund einer »funktional-systemischen Organisationsherrschaft« begründen läßt (vgl. *Heine*, o. Fn. 89, S. 129–134, 250f., 254, 287f., 311f.; auch *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683, 728ff.).

91 Vgl. oben II.1.

92 *Roxin*, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 250f.; *ders.*, GA 1963, 205; *ders.*, JZ 1995, 49 (51).

93 *Herzberg*, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 43; *Schumann*, o. Fn. 82, S. 76.

94 So insbesondere *Murmann*, GA 1996, 269, 278f., wenn er auf das Verhältnis Staat-Bürger abstellt.

95 Mit *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (687ff.) könnte man auch zwischen verfaßten und einfachen Unrechtssystemen (kriminelle Vereinigung, Unternehmen und Staat versus bloße Mittäterschaft) unterscheiden.

96 Vgl. *Göppinger*, Kriminologie, 5. Aufl. 1997, S. 552; *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, S. 411 f., 518f.

97 Zu diesem Begriff *Göppinger*, o. Fn. 96, S. 552f. m. w. N.

98 So ist wohl *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (696f.) zu verstehen, wenn er die kriminelle Vereinigung generell mit organisiertem Verbrechen identifiziert.

99 *Kaiser*, o. Fn. 96, S. 409.

bloßen Arbeitsdefinition¹⁰⁰ und einer Vielzahl teils sehr unbestimmter Indikatoren vorlieb nehmen. Immerhin folgt aus diesen aber, daß bei *weitgehender Austauschbarkeit der Mitglieder* sowie einer durch einen *straffen Führungsstil* gekennzeichneten Organisationsstruktur eine Form organisierter Verbrechen indiziert ist¹⁰¹. In *diesem* Fall kommt auch eine Organisationsherrschaft in Frage. Man kann also keinesfalls generell beim Vorliegen organisierter Kriminalität – sollte diese überhaupt eindeutig feststellbar sein – von einer Organisationsherrschaft ausgehen. Vielmehr ist in jedem Fall zu prüfen, ob der genannte Fall vorliegt. Dies letztlich immer sicher festzustellen, dürfte schwierig sein, denn zum einen ist »bis heute nicht gelungen, die innere Struktur, die Arbeitsgebiete und den Tätigkeitsumfang des organized crime vollständig aufzudecken«¹⁰², noch ist, zum anderen, die streng hierarchische Gliederung unumstritten¹⁰³. Was den Tatort Deutschland angeht, wird sogar eher von der erwähnten Netzwerkstruktur denn von hierarchisch organisierten Gruppen (wie etwa in Japan) auszugehen sein¹⁰⁴. Eigene Untersuchungen bestätigen, daß etwa auch hinsichtlich der sog. kolumbianischen »Drogenkartelle« eine hierarchisch organisierte Organisationsstruktur kaum nachzuweisen sein dürfte¹⁰⁵.

Es bleibt also trotz aller neuen Erkenntnisse eine beträchtliche Restunsicherheit, die es nicht erlaubt, im Falle der organisierten Kriminalität generell von einer Organisationsherrschaft auszugehen. Eine solche Möglichkeit kommt allenfalls bei Vorliegen der genannten Indikatoren – straffe Organisationsstruktur, Austauschbarkeit der Mitglieder – in Betracht. Diese festzustellen dürfte aber im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden sein.

2. Organisationsherrschaft und rechtsgelöste Apparate

Die oben gebildeten Fallgruppen erlauben es, die Frage nach dem Sinn des Kriteriums der Rechtsgelöstheit neu zu stellen.

*Roxin*¹⁰⁶ sagt: »Aus der Struktur der Organisationsherrschaft folgt, daß sie nur dort vorliegen kann, wo der Apparat als ganzer außerhalb der Rechtsordnung wirkt.« Nur dann könne mangels entgegenstehenden Rechts die Anordnung strafbarer Handlungen herrschaftsbegründend wirken und den Apparat in Bewegung set-

100 Danach ist organisierte Kriminalität »die von Gewinn- und Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer (unter bestimmten Voraussetzungen) zusammenwirken« (BT-Drs. 12/989, 24, Begründung OrgKG). Krit. zu den Definitionsversuchen überhaupt: *Krauthausen*, Moderne Gewalten. Organisierte Kriminalität in Kolumbien und Italien, 1997, S. 24ff.

101 Vgl. die bei *Kaiser*, o. Fn. 96, S. 410 aufgeführten Indikatoren des BKA.

102 *Kerner*, in: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl. 1993, S. 377; ähnlich vorsichtig *Göppinger*, o. Fn. 96, S. 552; *Kaiser*, o. Fn. 96, S. 409, 412.

103 Vgl. *Göppinger*, o. Fn. 96, S. 553.

104 *Ebd.*, m. w. N. Grundlegend *Sieber/Bögel*, Logistik der organisierten Kriminalität, 1993, S. 23ff.

105 *Ambos*, Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien, 1993, S. 38f.; ähnlich *Krauthausen*, o. Fn. 100, S. 26; allgemein *Kerner*, o. Fn. 102, S. 380.

106 *Roxin*, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 249.

zen. Demgegenüber könne die Befolgung rechtswidriger Anordnungen in einem rechtsstaatlichen Gemeinwesen nur als »Privatunternehmung« zu verstehen sein, denn der Apparat selbst funktioniere lediglich in den Bahnen des Rechts und sei deshalb durch eine rechtswidrige Anordnung nicht in Bewegung zu setzen; es werde sogar gegen ihn gehandelt. Hinsichtlich der Erscheinungsformen der Organisationsherrschaft unterscheidet Roxin zwischen der *Staatsgewalt*, die selbst rechtsgelöst operiere, und *nichtstaatlichen kriminellen Organisationen*, die als »Staat im Staate« im Widerspruch zur innerstaatlichen Rechtsordnung tätig werden. Als historische Beispiele einer rechtsgelösten Staatsgewalt sieht er nicht nur das NS-System, sondern auch die ehemalige DDR, wenn er – die neue BGH-Rechtsprechung kommentierend – feststellt, daß diese »idealtypische Struktur der Organisationsherrschaft« auch im vorliegenden Fall »in klassischer Weise ausgeprägt«¹⁰⁷ sei.

Die so verstandene Rechtsgelöstheit ist eigentlich nie wirklich hinterfragt worden. Ihr wird gefolgt oder sie wird weiterentwickelt, z. B. durch Botke¹⁰⁸, der den entsprechenden Apparat »außerhalb der Rechtskultur zivilisierter Nationen gestellt« sieht [dazu unten b)]. Soweit ersichtlich, setzt sich lediglich Schild¹⁰⁹ kritisch mit ihr auseinander. Er hält Roxin entgegen, daß es auf die soziale Herrschaft, auf die »soziale Machtstellung im Rahmen der Organisation«, nicht aber eine etwaige Rechtsgelöstheit ankomme. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, doch bedarf das Kriterium der Rechtsgelöstheit einer eingehenderen Kritik.

Die mit ihm verbundene Haftungsbeschränkung (scil. auf rechtsgelöste Apparate) bedarf einer Legitimation. Die Frage ist, *ob und aus welchem Grund Rechtsgelöstheit eine unentbehrliche Voraussetzung von Organisationsherrschaft sein soll*. Sie kann es nur sein, wenn sich die Tatbeherrschung des Hintermanns gerade aufgrund der Rechtsgelöstheit des ihm zur Verfügung stehenden Machtapparats ergibt, weil sich nämlich der Tatmittler mangels entgegenstehendem Recht (vermittelt durch eine Rechtsordnung) nicht an der Befehlsausführung gehindert sieht. Dem ist aber nicht so. Vielmehr hängt die Organisationsherrschaft allein von der *Struktur der betreffenden Organisation* und der *Anzahl auswechselbarer Tatmittler* ab. Mehr noch: Steht der Apparat nicht »außerhalb der Rechtsordnung« (wie es die Rechtsgelöstheit verlangt), sondern ist er *selbst die Rechtsordnung oder ein Teil von ihr*, ist die Tatbeherrschung der Hintermänner ungleich größer als beim rechtsgelösten Apparat. Dies gilt es anhand der gebildeten Fallgruppen – in umgekehrter Reihenfolge – zu verifizieren.

a) Nichtstaatlich-organisierter Machtapparat

Hier leuchtet das Kriterium der Rechtsgelöstheit *prima facie* ein, wenn damit die kriminelle Spreu (organisierte Kriminalität!) vom legalen Weizen (Unternehmen!) getrennt werden soll¹¹⁰. Kriminell sein bedeutet, der

107 Roxin, JZ 1995, 49 (50).

108 Botke (o. Fn. 196), S. 72 f. (dazu auch unten).

109 Schild, o. Fn. 20, S. 22 f.

110 In diesem Sinne auch Roxin, Täterschaft (o. Fn. 1), S. 251; ders., JZ 1995, 49 (51).

(Straf)rechtsordnung zuwiderhandeln. Damit steht die organisierte nicht-staatliche Kriminalität außerhalb der staatlichen Rechtsordnung, doch auch nur so lange, wie zwischen ihr und dem Staat kein symbiotisches Verhältnis, wie etwa im Fall der sizilianischen Mafia¹¹¹ oder der kolumbianischen »Drogenkartelle«¹¹², besteht. Ist dies der Fall, operiert die organisierte Kriminalität als »Para-Staat«¹¹³, also nicht rechtsgelöst, parallel zur bestehenden Rechtsordnung oder gegen sie, sondern in diese integriert, als Bestandteil, die vorgegebenen »Bahnen des Rechts« (Roxin) zur gemeinsamen Interessendurchsetzung nutzend. Daß wir es dann nicht mehr mit einem rechtsgelösten Apparat zu tun haben, ändert nichts an der effektiven Tat- und Täterbeherrschung der Führungsspitze dieses Apparats. Denn diese beruht alleine auf einer straffen Organisationsstruktur und einer ausreichenden Zahl ersetzbarer Tatmittler. Rechtsgelöstheit mag auch vorliegen, doch hindert ihr Fehlen nicht die Annahme von Organisationsherrschaft. Sie ist damit nur eine *mögliche*, nicht aber notwendige Voraussetzung dieser.

b) Staatlich-organisierter Machtapparat

Hier wird die Richtigkeit der obigen Ausführungen noch deutlicher. Zuzugeben ist, daß Rechtsgelöstheit in bestimmten Fällen vorliegen kann. Wird die Vernichtung bestimmter Volksgruppen oder der politischen Opposition nicht gesetzlich angeordnet, sondern basiert sie auf einem »Führerbefehl« oder einem geheimen Aktionsplan der faktischen Staatsführung (Argentinien, Chile), besteht eine Parallellität zweier »Rechtsordnungen: Der »normalen«, die es sich zur Aufgabe gemacht hat, die gewöhnliche Kriminalität zu bekämpfen, und der »anormalen«, »pervertierten«, die die normative Grundlage des klandestinen operierenden staatlichen Machtapparats darstellt. Dessen alleiniger Zweck ist es, den Vernichtungsplan umzusetzen. Der faschistische Militärapparat der argentinischen Diktatur liefert das repräsentative Beispiel:

»... während dieses System (zur Vernichtung der »Subversion«, Anm. d. Verf.) in die Praxis umgesetzt wurde, blieb die Gesellschaft der Rechtsordnung unterworfen, die Verfassung war ... ebenso wie das Strafgesetzbuch in Kraft, die Polizei nahm die Delinquenten fest und die Richter sprachen Urteile. *Dieses* normative System schloß das zur Bekämpfung der Guerilla angewendete aus, denn *eines setzt die Negation des anderen voraus*. Die unglaubliche Aufrechterhaltung von beiden Systemen während eines längeren Zeitraums war nur dank der Machtposition der Angeklagten möglich. Von dort sorgte man dafür, die Geschehnisse zu verbergen, indem man die Richter, die Familienangehörigen der Opfer, nationale und internationale Einrichtungen und ausländische Regierungen belog ...«¹¹⁴

111 Vgl. Hess, Mafia, 1993, S. VI, 157 ff.

112 Vgl. Ambos, o. Fn. 105, S. 56 ff., 394 ff.

113 Vgl. Hess, o. Fn. 111, S. 200 ff. (»Mafia als Para-Staat«).

114 Urteil Cámara, o. Fn. 82, S. 1603 (aus dem Spanischen; Herv. d. Verf.).

Anders ist die Situation jedoch, wenn die Rechtsordnung selbst die Grundlage des Staatsterrorismus darstellt, also selbst »kriminell« ist und damit jedenfalls von einer Rechtsgelöstheit im Sinne einer *Gelöstheit vom positiven Recht* nicht gesprochen werden kann. Besteht der zentrale Vorwurf, wie im Juristenurteil, in einer Beteiligung an Verbrechen »in the name of law by the authority of the Ministry of Justice, and through the instrumentality of the courts«¹¹⁵, bedeutet dies, daß das Recht selbst an der Massenvernichtung mitgewirkt hat, also instrumentalisiert und als Herrschaftsrecht eingesetzt wurde. Dann sind »weder der Staat noch seine Institutionen ... illegal; sie folgen vielmehr den Gesetzen, nach denen sie angetreten sind ...«¹¹⁶. Auch in anderen diktatorischen Staaten, etwa den Militärdiktaturen Argentiniens und Chiles¹¹⁷, kann eine solche Verrechtlichung der Repression festgestellt werden.

Schließlich gilt dies auch für den Totalitarismus realsozialistischer Prägung, etwa die ehemalige DDR. Denn wenn die Repression staatlicherseits so genau geregelt ist wie im Fall der ehemaligen DDR – man denke nur an das rechtlich genau ausgestaltete Grenzregime –, gibt es weder einen *parallelen* Machtapparat noch eine parallele Rechtsordnung; es existiert ja nur *ein allzuständiger* staatlicher Machtapparat. Er bekämpft, wie jeder Staat, die allgemeine Kriminalität und unterdrückt zugleich, wie ein »Unrechtsstaat«, den politischen Widerstand. Er mag für diese »Untaten«¹¹⁸ ein Sonderrecht (etwa ein Terrorismusstrafrecht) und auch Sonderorgane (politische Polizei, Geheimdienst etc.) vorsehen, doch handelt es sich immer um den *einen* staatlichen Machtapparat. Auch hier fehlt es also an einer Rechtsgelöstheit, doch hindert auch dies nicht die Tatbeherrschung der Hintermänner. Es erleichtert sie sogar. Denn kann sich der untergebene Tatmittler beim rechtsgelösten Machtapparat wenigstens noch an der parallel existierenden (rechtsstaatlichen) Rechtsordnung orientieren, so ist er bei der Konzentration von Unrecht und Recht in den Händen eines staatlichen Machtapparats orientierungslos. Es gibt ja nur eine Rechtsordnung, und die ordnet eben auch »Untaten«, und zwar auch in der Form oder auf der Grundlage eines ordnungsgemäß (im Rahmen der vorgegebenen Staatsordnung) erlassenen Gesetzes an. *Diese* Tatherrschaft qua staatlicher Organisation ist also vollkommener (»totaler«) als im Falle paralleler Rechtsordnungen. Da die »gelebte« Rechtsordnung und das »unrechte« Staatsziel eins sind, besteht eine *durch keine rechtlichen Zweifel gestörte vertikale Befehls- und Weisungsstruktur*.

Rechtsgelöstheit kann in diesem Fall nur annehmen, wer auf rechtsstaatliche und letztlich übergesetzliche, naturrechtliche Wertungen im Sinne der Radbruchschen Formel¹¹⁹ abstellt. Dies hat wohl *Roxin* intuitiv im Blick,

115 Vgl. schon oben Fn. 78 (Herv. d. Verf.).

116 *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (709, auch 714f.: Staat als Urheber der Gesetze hält Rechtsordnung regelmäßig ein).

117 Vgl. *Ambos*, in: Nolte (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, S. 86 ff. (Argentinien), 139 ff. (Chile).

118 *Jakobs*, GA 1994, 1.

119 *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107); dazu *Arth. Kaufmann*, NJW 1995, 81 (83); *Sprenger*, NJ 1997, 3 (5f.).

wenn er von rechtsstaatlichen Garantien, Grundwerten und Menschenrechten spricht¹²⁰. Auch *Bottkes*¹²¹ Schaffung eines »a(nti)civilen« Unrechtsapparats geht in diese Richtung. Ein Staatsapparat, der sich in Widerspruch zur *lex naturalis* oder *lex aeterna* setzt, handelt »ungerecht« und löst sich somit vom »Recht«¹²². Dies überzeugt in der Wertung, bleibt aber zu abstrakt. Eine so verstandene Rechtsgelöstheit verschwimmt, und die damit einhergehende Abstrahierung vom positiven Recht schafft eine Rechtslage, die einer Tatbeherrschung durch den Hintermann nicht entgegenstehen kann. Denn ungeschriebene, übergesetzliche Grundsätze sind für den Tatmittler nicht einsichtig und können deshalb auch keine normative Schranke der Befehlsausführung bilden. Auch diese Art der Rechtsgelöstheit verliert also ihre Grundlage und Existenzberechtigung.

Fazit

Organisationsherrschaft setzt die Existenz einer straff und *hierarchisch strukturierten Organisation* und eine darauf beruhende *Tatherrschaft* des Hintermanns über fungible Tatmittler voraus. Als Fallgruppen kommen staatlich und nicht staatlich organisierte Machtapparate, scil. totalitäre Staaten und bestimmte Formen der organisierten Kriminalität, soweit sie die genannten Strukturmerkmale besitzt, in Betracht. Die *Rechtsgelöstheit* solcher Machtapparate ist zwar nicht auszuschließen, stellt jedoch *keine unentbehrliche Voraussetzung* der Organisationsherrschaft dar.

120 *Roxin*, *Täterschaft* (o. Fn. 1), S. 250.

121 *Bottke* (o. Fn. 196), S. 72f.

122 *Jakobs*, GA 1994, 1f.