Roxins mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate

Eine kritische Analyse*

Von Prof. Dr. **Hernán Darío Orozco López**, LL.M. (Regensburg)**

I. Einleitung

Claus Roxin ersann im Jahr 1963 die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate, die aber keine nennenswerte Rolle im deutschen Strafrecht der folgenden drei Jahrzehnte spielte. In den 90er Jahren, als Rechtsprechung und Lehre sich mit dem Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit hochrangiger Funktionäre der DDR, etwa für die von den Grenzsoldaten unmittelbar ausgeführten Tötungen befassten, hat sich die Situation radikal geändert: Dieses Problem wurde zum am meisten diskutierten Thema im Bereich der Beteiligungslehre und die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate *Roxins* wurde von der Rechtsprechung teilweise rezipiert und von der Mehrheit der Strafrechtslehre übernommen. Da viele lateinamerikanischen Länder langjährige Diktaturen und/oder innerstaatliche Konflikte erlebt haben, ist diese Diskussion auch bei uns höchst aktuell; und auch hier ist *Roxins* Erfindung von mehreren nationalen Obersten Gerichtshöfen übernommen und von einem großen Teil der strafrechtlichen Literatur enthusiastisch begrüßt worden.

Angesichts der zentralen Rolle von *Roxins* Theorie bei der Diskussion über die Frage der Beteiligung der Befehlshaber der sog. organisatorischen Machtapparate folgt im vorliegenden Text zunächst eine kurze Darstellung der Figur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate (II.). Anschließend werden die wichtigsten Facetten der sog. Organisationsherrschaft einer kritischen Würdigung unterzogen; diese Kritik wird zutage bringen, dass entgegen der allgemeinen und positiven Rezeption diese Figur gravierende Defizite ausweist, weshalb sie kein geeignetes Instrument zur Begründung der beteiligungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Leiter von organisatorischen Machtapparaten ist (III.). Dazu wird an erster Stelle gezeigt, dass die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate einerseits mit dem Grundgedanken der Tatherrschaftslehre *Roxins* unvereinbar (III. 1. a) und andererseits nicht in der Lage ist, die Hauptverantwortung der Organisatoren gegenüber den „bloßen" Exekutoren begrifflich zu erfassen bzw. zu begründen (III. 1. b). In den folgenden Unterabschnitten werden noch gewichtigere Kritikpunkte ins Spiel gebracht, denn bei ihnen geht es nicht mehr um die Vereinbarkeit dieser Figur mit einem bestimmten Beteiligungsmodell, sondern um ihren eigenen Begründungszusammenhang. Unter III. 2. a) wird aufgezeigt, dass die „Rechtsgelöstheit" und die „Fungibilität" als „tatsächliche Voraussetzungen" dieser Beteiligungsform, selbst wenn sie auf den ersten Blick als begründet erscheinen, einer näheren Überprüfung nicht standhalten. Zum Schluss wird erläutert, dass die gesteigerte Erfolgssicherheit kein plausibles Kriterium zur Begründung einer Beteiligungsform wie der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bildet, und dass eine Anerkennung dieses Kriteriums vielmehr zu einer Verwischung der Grenze zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung führt (III. 2. b).

II. Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate Roxins

Die dogmatische Karriere der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate beginnt im Jahre 1963 mit *Roxins* Aufsatz „Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate".[1] Am Beispiel der Strafverfahren gegen Staschynskij und Eichmann vertritt *Roxin* die These, dass die herkömmlichen Beteiligungsfiguren nicht in der Lage sind, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der an den Schaltstellen des Organisationsgefüges sitzenden Hintermänner angemessen zu erfassen. Dies bedeute jedoch nicht, dass keine Tatherrschaft und folglich keine Täterschaft der Hintermänner in Betracht komme, da es neben der Willensherrschaft kraft Irrtums und der Willensherrschaft kraft Nötigung „eine dritte, durchaus eigenständige Form mittelbarer Täterschaft" gebe, nämlich die sog. Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Der Grund für die Annahme einer Tatherrschaft und somit dieser Art mittelbarer Täterschaft liegt *Roxin* zufolge in der spezifischen, gleichsam automatischen Wirkweise dieser Organisationen. Dank der Fungibilität des Ausführenden, der eine anonyme, austauschbare Figur, ein in jedem Augenblick ersetzbares Rädchen im Getriebe des Machtapparates sei, könne der Hintermann sich darauf verlassen, dass seinen Befehlen Folge geleistet werde, da im Fall der Weigerung eines Vollstreckers ein anderer an seine Stelle trete.[2]

---

* Der vorliegende Text stellt die deutsche Fassung eines Aufsatzes in spanischer Sprache dar, in dem die Organisationsherrschaftslehre *Roxins* einer kritischen Überprüfung unterzogen wird (ZIS 2021, 249). Bei diesen beiden Versionen des Aufsatzes handelt es sich weitgehend um eine Übersetzung bzw. Wiedergabe der schon in meiner Dissertation vertretenen Ansicht; dazu siehe *Orozco López*, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten, Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit, 2018, S. 32 ff. Da diese Arbeit während der Ausgangssperre in Kolumbien durchgeführt wurde, war es bis auf einige Ausnahmen nicht möglich, die Literaturhinweise zu aktualisieren bzw. die nach der Veröffentlichung der Dissertation erschienenen Texte einzubeziehen.

** Der *Verfasser* ist Forschungsdozent an dem Centro de Investigación en Filosofía y Derecho der Universidad Externado de Colombia und Professor an dieser Universität.

[1] Eingehend zur Entwicklung dieser Figur *Orozco Lopez* (Fn. *), S. 32 ff.

[2] Siehe *Roxin*, GA 1963, 193. Die Abhandlung *Roxins*, die sich im Gegensatz zur gängigen richterlichen Praxis dieser Zeit um die Begründung mittelbarer Täterschaft nicht nur hochrangiger, sondern auch der mittleren Befehlshierarchie angehörender Funktionäre organisatorischer Machtapparate wie etwa der nationalsozialistischen Verbrechensmaschinerie bemühte, sollte als so heikel empfunden werden, dass die

In den kommenden vier Jahrzenten hat diese Figur ihre ursprüngliche Gestalt im Großen und Ganzen bewahrt. Erst in den Jahren 2006 und 2007 führt *Roxin* die bedeutsamsten Modifikationen der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate oder Organisationsherrschaftslehre durch,[3] die weithin durch die umfangreiche Diskussion anlässlich der Entscheidung des *5. Senats* des BGH zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats der DDR beeinflusst worden sind.[4] Zum ersten Mal trennt *Roxin* die Begründung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate klar von deren tatsächlichen Voraussetzungen.[5] Während die Begründung der mittelbaren Täterschaft in diesen Fällen auf einen seit seiner ersten Abhandlung zum Thema in Erwägung gezogenen Aspekt gestützt wird, stellt *Roxin* ein neues Kriterium neben die „traditionellen" Voraussetzungen der Organisationsherrschaft.

Nach dem umformulierten Ansatz *Roxins* wird die mittelbare Täterschaft in den Fällen von organisatorischen Machtapparaten durch die erhöhte Erfolgssicherheit begründet: „Die Tatherrschaft des Hintermannes stützt sich darauf, dass er durch den ihm zu Gebote stehenden Apparat den Erfolg mit größerer Sicherheit herbeiführen kann als selbst bei der Nötigungs- und Irrtumsherrschaft, die als Fälle mittelbarer Täterschaft fast einhellig anerkannt sind".[6] Eine erhöhte Erfolgssicherheit als Fundament der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft erfordert *Roxin* zufolge, dass die folgenden „tatsächlichen Voraussetzungen" zusammentreffen.[7] Erstens: die Anordnungsgewalt, die seit jeher einen Bestandteil der Lehre der Organisationsherrschaft bildet, selbst wenn sie vorher nicht als selbständiges Kriterium hervorgehoben worden ist.[8] Zweitens: die Rechtsgelöstheit des Machtapparates, hinsichtlich derer *Roxin* zwei bedeutsame „Präzisierungen" durchgeführt hat.[9] Drittens: die Fungibilität der Ausführenden, die zwar noch heute eine privilegierte Stelle in *Roxins* Konstruktion einnimmt, aber einige, auch von *Roxin* anerkannte Probleme, in bestimmten Konstellationen zur Folge hat.[10] Viertens: die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden, die *Roxin* im Jahre 2006, selbst wenn er zuvor dieses Kriterium heftig kritisiert hat, in seine eigene Konzeption eingeführt hat, wovon er sich erhoffte, den Defiziten der Fungibilität entgegentreten zu können.[11] Im Jahre 2009, „nach erneuter Überlegung", kam *Roxin* zu der Einsicht, dass die Tatbereitschaft keine selbständige Voraussetzung dieser Art mittelbarer Täterschaft darstelle, sondern aus den anderen Erfordernissen der Organisationsherrschaft abzuleiten sei.[12]

Zusammenfassend hat die Organisationsherrschaftslehre *Roxins* in ihrer aktuellen Fassung folgende Gestalt: Die Erfolgssicherheit begründe die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Im Einzelnen beruhe die Erfolgsherrschaft des Hintermanns auf drei Grundpfeilern: Anordnungsgewalt, Rechtsgelöstheit und Fungibilität. Die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft sei zwar keine selbständige Voraussetzung der Organisationsherrschaft, sie verstärke aber die Begründung der Herrschaft des Hintermannes.[13]

Was die Durchsetzungskraft dieser Lehre betrifft, bildet sie noch heute die herrschende Meinung in der deutschsprachigen Diskussion[14] und ist in unterschiedlichem Ausmaß

Juristenzeitung zuvor den Abdruck abgelehnt hatte! Dazu siehe *Roxin*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387 ff. (S. 387 Fn. 1).

[3] Was das nomen juris dieser Figur betrifft, hat *Roxin* sie in seinem ersten Beitrag zum Thema als „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate" (siehe *Roxin*, GA 1963, 193 [200]) bezeichnet. Seit vielen Jahren bezieht er sich auf sie vorzugsweise als „Organisationsherrschaft"; dazu siehe *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 387; *ders*., ZStrR 125 (2007), 1; *ders*., GA 2012, 395.

[4] Siehe *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015, S. 736 ff.; *ders.* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 387; *ders*., ZStrR 125 (2007), 1.

[5] Dazu *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (8 ff.).

[6] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11); ähnlich bereits *ders*., Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 707; *ders.* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 398 f.

[7] Siehe *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11).

[8] Siehe *Roxin*, GA 1963, 193 (203).

[9] Siehe *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 396; *ders*., ZStrR 125 (2007), 1 (12); *ders*., in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, 2010, S. 449 (459 f.); so bereits *ders*., in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 55.

[10] Vgl. *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (15).

[11] Zur Kritik dieses Kriteriums siehe *Roxin*, JZ 1995, 49 (51); *ders*., in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 549 (551); *ders*., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 134. Zur dessen Übernahme siehe *ders.* (Fn. 6 – Täterschaft, 8. Aufl.), S. 706 f.; *ders.* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 397 f.; *ders*., ZStrR 125 (2007), 1 (15 f.).

[12] *Roxin*, ZIS 2009, 567; *ders.* (Fn. 9 – FS Krey), S. 463 f.; *ders*., GA 2012, 395 (412); *ders.* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 739 f.; *ders*., Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, § 44 Rn. 374 ff.

[13] Dazu siehe nur *Roxin* (Fn. 9 – FS Krey), S. 449 ff., 456 ff.; *ders*., GA 2012, 395 (396); *ders.* (Fn. 12 – Täterschaft, 10. Aufl.), § 44 Rn. 368 ff.

[14] Dafür etwa *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 73 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 783; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 65 ff.; *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 201; *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 198; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 25 f. (anders *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 25 Rn. 26 ff.); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 25 Rn. 2; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25

durch die Rechtsprechung einiger Oberster Gerichte anderer Länder[15] sowie im Völkerstrafrecht rezipiert worden.[16]

III. Kritische Würdigung

1. Organisationsherrschaft und Tatherrschaftslehre

a) Vereinbarkeit der Organisationsherrschaft mit dem Grundgedanken der Tatherrschaftslehre Roxins?

Bekanntermaßen versteht Roxin die Organisationsherrschaft als eine Ausprägung der Willensherrschaft, die sich in das dogmatische Gebäude der Tatherrschaftslehre systematisch einfüge. An der Kompatibilität der Organisationsherrschaft mit dem Grundgedanken der Tatherrschaftslehre Roxins wird jedoch in der Literatur zunehmend gezweifelt. Die Zweifel sind, wie gleich zu zeigen sein wird, durchaus berechtigt.

Jüngst hat *Renzikowski* in seinem Beitrag in der Festschrift für Schünemann gegen die Tatherrschaftslehre den Einwand vorgebracht, dass sie über keinen Begriff der Tat verfüge, sodass fraglich bleibe, worauf sich die Herrschaft beziehen solle. Da Tatherrschaft die Begehung der Tat mit Tatherrschaft bedeute, sei sie eine selbstbezügliche Definition, die, wie sämtliche Definitionen dieser Art, keinen Sinn ergebe.[17] Zwar wäre es wünschenswert gewesen, dass *Roxin* die allgemeine Struktur der Kriterien „Zentralgestalt" und „Tatherrschaft" vor der sehr ausführlichen Analyse ihrer jeweiligen Ausprägungen tiefer ausgearbeitet hätte.[18] Dieser Kritikpunkt *Renzikowskis* ist jedoch in seiner Pauschalität übertrieben, denn aus *Roxins* Leitprinzip zur Bestimmung des Täterbegriffs und seinen dogmatischen Verästelungen bzw. Konkretisierungen wird klar, was er unter dem Begriff Tatherrschaft versteht.

Das Leitprinzip zur Bestimmung des Täterbegriffs besagt *Roxin* zufolge, dass „[d]er Täter die Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens [ist]".[19] In dem hier interessierenden Bereich der Herrschaftsdelikte, bei denen die Figur der Organisationsherrschaft in Erscheinung tritt, könne nur eine Bestimmung des Täterbegriffs, die den Anforderungen des Leitbegriffs genüge, in Betracht kommen: „Als ‚Tatherr' kann nur die Zentralgestalt des konkreten Handlungsvorganges angesehen werden".[20] Zwar unterscheidet *Roxin* drei Grundformen der Tatherrschaft. Aber die Kernaussage, der Täter beherrsche den konkreten *Handlungs*vorgang und sei deshalb die Zentralfigur, wird bei den unterschiedlichen Manifestationen der Tatherrschaft bewahrt.

Rn. 122 ff.; weitere Nachw. bei *Roxin* (Fn. 6 – Täterschaft, 6. Aufl.), S. 704 ff. Fn. 581 ff.; *ders* (Fn. 12 – Täterschaft, 10. Aufl.), § 44 Rn. 361. Die Lehre der Organisationsherrschaft hat auch in dem lateinamerikanischen Bereich breite Zustimmung gefunden; aus der umfangreichen Literatur siehe etwa *Pariona*, ZIS 2009, 609; *Bruera*, in: Lascano (Hrsg.), Homenaje al Profesor Claus Roxin, 2001, S. 259 (260 ff.); *Lascano*, in: ebenda, S. 349 (363 ff.); *Castillo*, in: Jaén Vallejo (Hrsg.), Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo, 2003, S. 575 (605 ff.); *Reyes Cuartas*, DPC 75 (2004), 153; *Suárez*, Autoría, 3. Aufl. 2007, S. 319 ff.; *Malarino*, in: Ambos (Hrsg.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, 2. Aufl. 2009, S. 39 (67); *López*, in: Ambos (Hrsg.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, 2. Aufl. 2009, S. 159 (184); *Caro Coria*, ZIS 2009, 595; *Montoya*, in: Hurtado Pozo (Hrsg.), Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal, 2009, S. 61 ff. – Ausgehend von der Organisationsherrschaftslehre *Roxins* haben sich einige Autoren darum bemüht, Versionen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zu entwickeln, die die Defizite jener Lehre nicht aufweisen (einen Überblick bietet *Otto*, JURA 2001, 753 [S. 754 ff.]). Einige der wichtigsten Vertreter der modifizierten Ansätze sind *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, 2010, S. 206 ff.; *Ambos*, GA 1998, 226; *ders*., Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 590 ff.; *ders*., ZIS 2009, 552 (564); *ders*., in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 837; *ders*., Treatise on International Criminal Law, 2013, S. 178 ff.; *ders.*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 26 ff.; *ders.*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. 2021, Art. 25 Rn. 18 f.; *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004, S. 159 ff. Zu einer eingehenden Kritik dieser modifizierten Versionen der Organisationsherrschaftslehre *Roxins* siehe *Orozco López* (Fn. *), S. 66 ff.

[15] Dazu siehe nur die Nachweise bei *Roxin*, GA 2012, 395 (396 f.); *ders*. (Fn. 12 – Täterschaft, 10. Aufl.), § 44 Rn. 362 ff.; *Ambos* (Fn. 14 – Treatise), S. 114 ff.; *ders*. (Fn. 14 – Rome Statute), Art. 25 Rn. 13.

[16] Siehe *Ambos* (Fn. 14 – Treatise), S. 156 ff.; *ders.* (Fn. 14 – Internationales Strafrecht), § 7 Rn. 25 ff.; *ders*. (Fn. 14 – Rome Statute), Art. 25 Rn. 14 ff.; *Roxin*, GA 2012, 395 (397); *ders*. (Fn. 12 – Täterschaft, 10. Aufl.), § 44 Rn. 365; *Gil/Maculan*, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349 (352 f., 365, 367 f.).

[17] *Renzikowski*, in: Hefendehl//Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 495 (500 ff.). Ebenso bereits zuvor *Rotsch*, „Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, S. 350.

[18] In diesem Sinn bereits sehr kritisch *Hardwig*, JZ 1965, 668, in seiner Rezension der ersten Auflage der Habilitationsschrift *Roxins* „Täterschaft und Tatherrschaft".

[19] *Roxin* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 25; siehe auch *ders.* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 10. Bekanntlich greift *Roxin* auf drei unterschiedliche Kriterien zur inhaltlichen Ausfüllung dieses Leitprinzips zurück. Danach werde die Zentralfigur des Handlungsgeschehens bei den Herrschaftsdelikten durch die Tatherrschaft (*Roxin* [Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.], S. 126 ff., 702 ff.; *ders.* [Fn. 11 – AT II], § 25 Rn. 27 f.), bei den Pflichtdelikten durch die Sonderpflichtverletzung (*Roxin* [Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.], S. 352 ff., 771 ff.; *ders.* [Fn. 11 – AT II], § 25 Rn. 267 ff.) und zuletzt bei den eigenhändigen Delikten durch die Eigenhändigkeit bestimmt (*Roxin* [Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.], S. 399 ff., 410 ff., 527, 794 ff.; *ders.* [Fn. 11 – AT II], § 25 Rn. 15, 288 ff.).

[20] *Roxin* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 108.

Das gilt in erster Linie für die sog. Handlungsherrschaft, also für die freie eigenhändige Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale, bei der es sich „um den Prototyp der Täterschaft, um die sinnfälligste Ausprägung der Zentralgestalt" handle, denn man könne „eine Tat nicht deutlicher beherrschen, als indem man sie selber tut", weshalb der eigenhändig Ausführende immer als unmittelbarer Täter zu bestrafen sei.[21] Darüber hinaus geht es bei der die Mittäterschaft begründenden, sog. funktionellen Tatherrschaft um „die Beherrschung des Gesamtgeschehens",[22] um die Mitbeherrschung – d. h. „die vollständige Herrschaft in der Hand mehrerer" – der Ausführungshandlung.[23] Zuletzt trägt die Herrschaft über das handlungsmäßige Geschehen die Annahme mittelbarer Täterschaft in zwei Grundfällen der sog. Willensherrschaft. Im Hinblick auf die sog. Willensherrschaft kraft Irrtums erkläre sich die Herrschaft des Hintermanns aus dem Umstand, „daß er kraft seines weiterreichenden Wissens den sozialen Bedeutungsgehalt des Vorganges tiefer erfaßt und infolgedessen fähig ist, das Handlungsgeschehen je nach dem Maße seiner überschießenden Kenntnis sinnverwirklichend allein zu gestalten".[24] Entsprechendes gilt bei der sog. Willensherrschaft kraft Nötigung: „Wenn wir bei einem Nötigungsnotstand nach der Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens und nach der Person suchen, die den Tatablauf ‚in der Hand' hat, so trifft dieses Kriterium auf den Hintermann sehr wohl zu".[25] Zwar beherrsche in diesen Konstellationen der Genötigte die Ausführung; da der Hintermann aber ihn beherrsche, „beherrscht er mittelbar auch die Ausführung".[26]

Wie aus diesen Ausführungen hervorgeht, verfügt *Roxin* entgegen der Ansicht *Renzikowskis* über einen Begriff der Tat, worauf sich die Herrschaft beziehen kann bzw. soll. Tatherrschaft im *Roxinschen* Sinne ist demnach Herrschaft über das handlungsmäßige Geschehen, kurz: *Handlungsbeherrschung*.[27] Wie *Schild* in einer Analyse des Zusammenhangs zwischen „Tat" und „Herrschaft" bei den unterschiedlichen Versionen der Tatherrschaftslehre zutreffend zeigt, geht es bei *Roxin* im Gegensatz zu *Welzel*, der die Herrschaft umfassender auf „das gesamte Geschehen der Herbeiführung des Erfolges bezieht"[28] und dem zufolge Täter eines vorsätzlichen Deliktes nur derjenige sei, „welcher durch zweckbewußte Lenkung des Kausalgeschehens auf den tatbestandsmäßigen Erfolg hin Herr über die Tatbestandsverwirklichung ist",[29] um die Beherrschung der Handlung, die dann die Zurechnung des Erfolgs begründe.[30] Bei *Roxin* ist also „die Tatherrschaft das Ergebnis der Herrschaft über die Handlung, der der Erfolg zugerechnet wird".[31] Dass es bei der Tatherrschaft *Roxins* eigentlich um die Handlungsbeherrschung geht, wird durch die bekanntlich besondere Stellung der Lehre der objektiven Zurechnung in dem gesamten *Roxinschen* System bestätigt,[32] denn eine Erfolgszurechnung wäre entbehrlich, wenn sich die Herrschaft des Täters nicht nur auf die Handlung, sondern auch auf die Erfolgsherbeiführung beziehen würde.[33]

Mit diesem Verständnis der Tatherrschaft im Allgemeinen und deren oben erwähnten Manifestationen lässt sich jedoch die von *Roxin* als die dritte, eigenständige Form der Willensherrschaft entwickelte Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht vereinbaren.[34] Wie

[21] *Roxin* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 127; so auch *ders.* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 38 ff.

[22] *Roxin* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 188; *ders*. (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 277

[23] Siehe *Roxin* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 275 ff.; *ders.* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 188 ff.

[24] *Roxin* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 232; ähnlich *ders.* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 62.

[25] *Roxin* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 143.

[26] *Roxin* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 47; *ders*. (Fn 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 143.

[27] Dazu grundlegend *Schild*, Tatherrschaftslehren, 2009, S. 102 ff.; *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (15 f.); *ders.* (Fn. 17), S. 326 ff.

[28] *Schild* (Fn. 27), S. 101.

[29] *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 99; siehe auch *ders*., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 163 f.

[30] So *Schild* (Fn. 27), S. 101 ff.

[31] *Schild* (Fn. 27), S. 104.

[32] Siehe auch folgende Ausführungen *Roxins* bei seiner Deutung der Handlung als Persönlichkeitsäußerung: „Auch der Erfolg braucht nicht in die Handlungsprüfung einbezogen zu werden. Denn zwar ziehen manche Persönlichkeitsäußerungen viele Erfolge – außerrechtliche und rechtliche – nach sich, die dann wieder die Persönlichkeitsäußerung näher charakterisieren. Aber deren Existenz ist vom Erfolg unabhängig, und außerdem sind die außerrechtlichen Erfolge dem Strafrecht gleichgültig, während die rechtlichen erst bei der Zurechnung zum Tatbestand bedeutsam werden" (*Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 8 Rn. 53).

[33] Diese gedankliche Trennung zwischen Tatherrschaft als Beherrschung des handlungsmäßigen Geschehens und Erfolgszurechnung ist bei einem anderen Anhänger der Tatherrschaftslehre noch klarer, nämlich bei *Bloy*, der ausdrücklich darauf hinweist, dass Täterschaft als besondere Form der Handlungszurechnung und Erfolgszurechnung zweierlei seien (*Bloy*, GA 1996, 243); dazu *Schild* (Fn. 27), S. 106 ff.

[34] In diesem Sinne auch *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 89 ff.; *Rotsch*, JR 2004, 248 (250); *ders*., NStZ 2005, 13 (16); *ders*. (Fn. 17), S. 326 ff.; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, Bd. 1, § 25 Rn. 91; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (413 f.); *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (505 f.); *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 25 Rn. 121; siehe ferner *Schlösser*, GA 2007, 161 (167); *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 107; *Reyes Alvarado*, in: Falcone (Hrsg.), ¿Autonomía y accesoriedad? (im Erscheinen). Aus dem eigenen Schülerkreis *Roxins* siehe die heftigen Worte von *Heinrich*, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S. 32: „[…] das Postulieren von Tatherrschaft in diesen Fällen ist nichts weiter als das der Rettung des eigenen Ansatzes dienende Aufstellen einer Fiktion. Mangels jeder echten

bereits ihr Name deutlich macht, geht es bei ihr nicht um eine Tatherrschaft im Sinne von Handlungsbeherrschung, sondern eher um eine Herrschaft über die Organisation, vermittels deren der Hintermann eine Herrschaft über die Erfolgsherbeiführung erlangt, wie sich aus dem Begründungsansatz dieser Figur durch *Roxin* mit voller Klarheit ergibt: „Diese Erfolgssicherheit begründet die Tatherrschaft."[35] „Die Herrschaft über den Erfolg liegt dann darin, dass der anweisende Hintermann durch den Apparat, den er einsetzen kann, den Erfolg mit weitaus größerer Sicherheit herbeiführt als ein um Anstiftung Bemühter, ja selbst als derjenige, der eine Nötigungs- oder Irrtumsherrschaft ausübt."[36]

Roxin ist darin Recht zu geben, dass der Organisator über die Organisation herrscht und deswegen ein enormes Zerstörungspotential entfachen kann. Jedoch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass er das Handlungsgeschehen in der für die Tatherrschaftslehre charakteristischen Art und Weise nicht beherrscht, denn in den Fällen organisatorischer Machtapparate fehlt bei dem Hintermann die tatsächliche Herrschaft über den konkreten Handlungsvorgang,[37] die die anderen Ausprägungen der Tatherrschaft kennzeichnet und bei dieser Konstellation in den Händen der Ausführenden verbleibt, was etwa bei den Mauerschützen-Fällen ganz klar zutage tritt, in denen die Todesschüsse bzw. ihr Ausbleiben in der konkreten Situation nicht von den Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats oder des Politbüros der DDR, sondern allein von den jeweiligen Grenzsoldaten beherrscht waren.[38] Festzuhalten ist also daran, dass die Begründung der Täterschaft des Hintermanns in den Fällen organisatorischer Machtapparate dem Fundament der Täterschaft bei der Handlungsherrschaft, der funktionalen Tatherrschaft und den anderen Formen der Willensherrschaft nicht entspricht; während dort von Organisations- bzw. Erfolgsherrschaft die Rede ist, geht es hier um Tatherrschaft im Sinne von Handlungsbeherrschung.

Trotz der zunehmenden Kritik will *Roxin* an der Vereinbarkeit der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft mit dem Grundgedanken der Tatherrschaftslehre und mit ihren anderen Manifestationen festhalten und bringt zur Untermauerung seiner Ansicht zwei Gegenargumente vor, die sich allerdings als nicht durchschlagend erweisen.

In erster Linie sieht *Roxin* keinerlei Friktionen in seinem System, „[d]enn die Tatherrschaft ist immer nur die Herrschaft über den tatbestandsmäßigen Erfolg. Die Beherrschung des unmittelbar Handelnden kann ein Mittel zur Erlangung der Erfolgsherrschaft sein, wie dies bei der Nötigung und in einem gewissen Grade auch bei der Hervorrufung eines Irrtums der Fall ist. Aber sie muss keineswegs vorliegen, wie gerade der Einsatz von Machtapparaten zeigt".[39] Dieser Rettungsversuch scheitert jedoch mindestens aus drei Gründen. Erstens passt die Annahme, die Tatherrschaft sei immer die Herrschaft über den tatbestandsmäßigen Erfolg gewesen, nicht zur gründlichen Konkretisierung des Leitprinzips der Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens im Gesamtwerk *Roxins*. Würde man *Roxin* trotzdem konzedieren, dass es bei der Tatherrschaft eigentlich auf die Erfolgsherrschaft ankomme, dann würden zweitens Probleme zur Begründung der Tat- bzw. Erfolgsherrschaft und somit der Täterschaft entstehen, sofern sich eine Beherrschung bis auf die Erfolgsherbeiführung nicht konstatieren ließe, was etwa bei den traditionellen Fällen mittelbarer Täterschaft nicht selten vorkommt, in denen die Erfolgsherbeiführung weitgehend in den Händen des Werkzeugs bleibt, sobald dieses den Einflussbereich des Hintermanns verlässt und sich auf den Weg zur Tatbestandsverwirklichung macht.[40] Entscheidend gegen die Uminterpretation der Tatherrschaft als Erfolgsherrschaft spricht drittens, dass dadurch die auf der Basis der Tatherrschaft, verstanden als Herrschaft über den konkreten Handlungsvorgang, herausdestillierte Differenzierung von Beteiligungsformen durcheinandergebracht wird. Da auf diesen grundlegenden Aspekt unten im Detail einzugehen sein wird, kann es an dieser Stelle bei einer pauschalen Feststellung bleiben.[41]

Darüber hinaus wehrt sich *Roxin* gegen den hauptsächlich von *Rotsch* vorgebrachten Vorwurf, durch das Abstellen auf die Erfolgsherrschaft und nicht auf die Herrschaft über die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung werde „die Handlung des Hintermannes vollständig von der eigentlichen Tat-

Tatbezogenheit läßt sich das vorderhand so schneidig erscheinende Kriterium der Organisationsherrschaft nicht in die Architektur des Tatherrschaftsgebäudes einfügen, ohne dieses gerade im Bereich der mittelbaren Täterschaft sowieso schon auf den brüchigen Pfeilern normativierender Uminterpretation des eigenen Grundgedankens ruhende Gebilde endgültig ins Wanken zu bringen". – Außerdem fügt sich die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht in die *Willens*herrschaft als Oberbegriff der mittelbaren Täterschaft nach der Tatherrschaftslehre ein. Die Kompatibilität der Organisationsherrschaft mit der Willensherrschaft war zwar bei der ursprünglichen Konzeption organisatorischer Machtapparate *Roxins* vertretbar, denn damals wurde der Ausführende als das Werkzeug des Hintermanns konzipiert, aber nicht für die aktuelle Fassung dieser Konzeption, da *Roxin* nunmehr den „seelenlosen" Machtapparat als das eigentliche Werkzeug begreift; dazu siehe auch *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, S. 21 f.

[35] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), S. 1 (11); so auch *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 398 f.

[36] *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 393.

[37] *Renzikowski* (Fn. 34), S. 89; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414); *Schild* (Fn. 34), § 25 Rn. 123. Siehe auch *Heinrich* (Fn. 34), S. 31. Dazu zuletzt *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 169: „In solchen Fällen beherrscht ein Hintermann bestenfalls die regelhaften Abläufe innerhalb einer Organisationsstruktur und damit die Umstände einer Tat, nicht aber ihre konkret-personale Verwirklichung".

[38] Dazu grundlegend *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 ff.); *Herzberg*, in: Amelung (Fn. 9), S. 33 (37 ff.).

[39] *Roxin*, ZStR 125 (2007), 1 (10).

[40] *Schild* (Fn. 27), S. 102.

[41] Siehe unten 2. b).

bestandsverwirklichung entkoppelt",[42] mit dem Argument, dass „[s]eine Tatbestandsverwirklichungshandlung [d.h. des Hintermanns, *H.O.*] die Betätigung des Vernichtungsapparates [ist]".[43] Zwar lässt sich bei diesen Konstellationen nicht bestreiten, dass zwischen der Handlung des Hintermanns und der Ausführungshandlung des unmittelbar Handelnden ein enger Bezug besteht und diese wiederum in einem Zusammenhang mit dem Erfolgseintritt steht. Wenn aber wie bei *Roxin* über diese enge Handlungsbeziehung hinaus die Handlung des Hintermanns, also die Betätigung des Machtapparats, die nach den Grundsätzen seiner Theorie in der im Rahmen eines rechtsgelösten Machtapparates mit ersetzbaren Ausführenden erteilten Anordnung zur Vornahme einer Straftat besteht und als solche notwendigerweise der eigentlichen Ausführungshandlung der Exekutoren vorgelagert ist, als Tatbestandsverwirklichungshandlung eingeordnet wird, wird die Tatbestandsgrenze gesprengt und damit die Grenzziehung zwischen der Vorbereitungsphase und dem Versuchsstadium verwischt mit der verhängnisvollen Folge, dass die Strafbarkeit auf typische Vorbereitungshandlungen ausgedehnt wird. Die bloße Anordnung der Vornahme einer Straftat, die nach dem geltenden Recht in Deutschland allein unter den Voraussetzungen des § 30 StGB strafbar ist und in anderen Rechtsordnungen wie der kolumbianischen, die keine entsprechende Regelung der Verbrechensvorbereitung kennen, überhaupt nicht unter Strafe steht, wird sie also durch ihre Einordnung als Tatbestandsverwirklichungshandlung entgegen der klaren Gesetzlage in den strafbaren Bereich des jeweiligen Verletzungsverbots verschoben.

b) Erfassung der Hauptverantwortung des Hintermanns durch die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?

Angesichts der offensichtlichen Schwierigkeiten bei der Eingliederung der Organisationsherrschaft in das Gesamtgebäude der Tatherrschaftslehre drängt sich die Frage auf, wieso eigentlich *Roxin* so vehement an dieser Figur als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft festhält. Da *Roxin* den Organisator als den eigentlichen Hauptverantwortlichen ansieht und nach seinem Verständnis des Wertunterschieds zwischen Täterschaft und Teilnahme die Zentralfiguren in die erste, die Randfiguren hingegen in die zweite dieser Kategorien einzuordnen sind, bildet die Entwicklung der Organisationsherrschaft den einzigen Ausweg zur Schließung einer innerhalb seines Beteiligungssystems bestehenden „Täterschaftslücke", denn mit dem übrigen Instrumentarium seiner eigenen Beteiligungslehre lässt sich die Täterschaft des Hintermanns nicht begründen.[44]

Die prima facie geeignetste Figur, nämlich die Mittäterschaft, kann nach dem Beteiligungsmodell *Roxins* nicht in Betracht kommen, weil er für ihre Bejahung eine Mitwirkung im Ausführungsstadium verlangt, was in den meisten Konstellationen organisatorischer Machtapparate nicht vorliegt. Offensichtlich kann *Roxin* auch nicht auf die Anstiftung zurückgreifen, selbst wenn der Organisator als Anstifter mit einer tätergleichen Strafe belegt wird, weil *Roxin* die Anstiftung für einen Begriff sekundärer Natur hält.[45]

Mit der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate schließt also *Roxin* eine „Täterschaftslücke" seines Beteiligungssystems. Aber *Roxin* verbindet mit dieser Figur darüber hinaus den Anspruch einer sachgemäßen Erfassung der *gesteigerten* Verantwortlichkeit des Hintermanns. Zwar geht *Roxin* seit seinem ersten Aufsatz zu dieser Problematik davon aus, dass in den Fällen organisatorischer Machtapparate gleichzeitig zwei auf unterschiedlichen Kriterien beruhende, sich gegenseitig nicht ausschließende Formen von Täterschaft vorlägen, nämlich unmittelbare Täterschaft aufgrund der Handlungsherrschaft durch die Exekutoren und mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bei den Hintermännern.[46] Jedoch betont er immer wieder, dass allein diese Figur den größeren Unwertgehalt des Beteiligungsverhaltens des Organisators richtig abbilde und seine Hauptverantwortung für das konkrete Geschehen angemessen erfasse: „[D]ie höhere Verantwortung trägt der Schreibtischtäter, der in seiner zentralen Funktion für die Verbrechensbegehung im Rahmen staatlicher Machtapparte durch seine Einordnung als mittelbarer Täter juristisch exakt beschrieben wird."[47] „Der Hintermann hat also die weitaus größere ‚Tatmacht' und

[42] *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (16).

[43] *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 400.

[44] In diesem Sinne auch *Jakobs*, NStZ 1995, 26; *ders.*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 47: „*Ad-hoc*-Lösung", deren Durchsetzung vor allem im internationalen Bereich weniger die Konstruktion als das Ergebnis selbst bestätige: „Zentralgestalten agieren offenbar auch im Bereich vor dem tatbestandsmäßigen Geschehen"; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 27 Rn. 40; *Rotsch* (Fn. 17), S. 317; *Brammsen/Apel*, ZJS 2004, 257; *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, 2004, S. 213. Siehe auch *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 465 ff., die bei ihrer rechtsvergleichenden Untersuchung kritisch bemerkt, dass im Gegensatz zu den Beteiligungssystemen in England, Frankreich, Italien und Österreich die in der deutschen Dogmatik „a priori an bestimmte Beteiligungsmodi geknüpfte Abstufung des strafrechtlichen Unwerturteils" notwendig mache, „auch in atypisch gelagerten Fällen ein bestimmtes Verhalten in das Korsett der als passend erachteten Beteiligungsform einzupassen, um die Verknüpfung mit dem dieser Beteiligungsform zuerkannten Maß des verwirklichten Unwertgehalts sicherzustellen" (a.a.O., S. 469). Darüber hinaus konstatiert die *Autorin* eine „Tendenz der deutschen Beteiligungslehre zum Aufbrechen der Differenzierungen, wenn die Ergebnisse nicht den den verschiedenen Beteiligungsformen a priori beigemessenen abgestuften Unwertgehalten entsprechen. Die so sehr um dogmatisch bruchlose und systematisch widerspruchsfreie Differenzierungen bemühte deutsche Beteiligungslehre wirft ihre eigenen Maßstäbe über Bord, wenn das Ergebnis ihrer Anwendung dem intuitiv getroffenen, besonders schweren Unwerturteil nicht entspricht" (a.a.O., S. 459).

[45] Siehe *Roxin* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 476, 512, 528. Bereits zu Recht kritisch dagegen *Hardwig*, JZ 1965, 668 f.

[46] *Roxin*, GA 1963, 193 (203); *ders.*, ZStR 125 (2007), 1 (10 f.); *ders.*, GA 2012, 395 (401).

[47] *Roxin*, JZ 1995, 49.

‚Gestaltungsherrschaft', wie dies schon das Bezirksgericht Jerusalem im Falle Eichmann erkannt hatte, indem es ausführte, dass der Befehlende an den Schalthebeln der Macht die Hauptverantwortung für das Geschehen trage […]. Die Herrschaftsverhältnisse werden durchaus verkannt, wenn man den einzelnen Schergen als Hauptakteur und die Organisatoren von Massenverbrechen als herrschaftslose Randfiguren beurteilt".[48] Nach den Grundsätzen des Tatstrafrechts könne die Abgrenzung der Beteiligungsformen „nur nach dem objektiven Gewicht der jeweiligen Beteiligung erfolgen. Und dies ist beim Schreibtischtäter größer als bei dem eher zufälligen Exekutor eines Tötungsbefehls, der nur ein Rädchen im Getriebe des Apparates ist."[49]

Gegen die Annahme der Erfassung der gesteigerten Verantwortlichkeit des Organisators durch die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, worauf größtenteils die Attraktivität dieser Konstruktion für die Literatur und vor allem für die Rechtsprechung zurückzuführen ist,[50] ist jedoch einzuwenden, dass sie nach der internen Logik der Tatherrschaftslehre *Roxins* nicht begründet werden kann.[51] Da *Roxin* – im Gegensatz etwa zu *Puppe*, die sogar bei den Täterschaftsarten vom Vorliegen verschiedener Unwertgrade ausgeht[52] – einen Wertunterschied allein zwischen der auf Tatherrschaft beruhenden Täterschaft und der tatherrschaftslosen Teilnahme anerkennt, aber nicht bei der Handlungs-, Willens- und funktionalen Tatherrschaft untereinander, die er als gleichgewichtige Manifestationen eines Allgemeinprinzips, nämlich der Tatherrschaft, versteht,[53] kann eine höhere Verantwortung des Organisators gegenüber anderen Mitwirkenden, heißen sie Mittäter oder unmittelbare Täter, mithilfe der Grundsätze von *Roxins* Beteiligungslehre nicht zum Ausdruck gebracht werden. Unter Zugrundelegung seines Modells lässt sich also in Wirklichkeit eine gesteigerte Verantwortlichkeit des Organisators erst im Rahmen der Strafzumessung durch die Bewertung von Strafwürdigkeitskriterien begründen, die *Roxin* zufolge für die Beteiligungsproblematik irrelevant sind,[54] womit sich einer der angeblich stärksten Aspekte dieser Figur als unberechtigt erweist.

2. Konsistenz des Begründungszusammenhangs der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?

Bisher wurde gezeigt, dass die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft in das Gesamtgebäude der Tatherrschaftslehre eigentlich nicht passt. Darüber hinaus wurde aufgedeckt, dass im Gegensatz zur verbreiteten Meinung diese Konstruktion nicht in der Lage ist, die höhere Verantwortung der Organisatoren gegenüber anderen Mitwirkenden wie unmittelbaren Tätern bzw. Mittätern im Bereich der Beteiligungslehre zur Geltung zu bringen. Solche Aspekte stellen zwar relevante Rückschläge der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft dar; dies bedeutet allerdings noch nicht, dass eine Figur dieser Art nicht in Betracht kommen kann. Das hängt vielmehr davon ab, ob der Begründungszusammenhang, nämlich die Annahme einer auf drei tatsächliche Voraussetzungen gestützten Erfolgsherrschaft des Hintermanns, der Kritik standhalten kann. Dem ist in den folgenden Unterabschnitten nachzugehen.

a) Zu den tatsächlichen Voraussetzungen der Organisationsherrschaft

Da *Roxin* zufolge die Organisationsherrschaft sich auf drei Faktoren, und zwar auf die Anordnungsgewalt des Hintermanns, auf die Rechtsgelöstheit des Machtapparates und auf die Fungibilität der unmittelbar Ausführenden stützt, soll zunächst die Tragfähigkeit dieser Kriterien einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

aa) Anordnungsgewalt

Die Anordnungsgewalt ist zweifellos das sicherste Kriterium der Organisationsherrschaft, denn man kann nicht ernsthaft bestreiten, dass den im Rahmen sog. organisatorischer Machtapparate handelnden Hintermännern eine Befehls-

[48] *Roxin* (Fn. 9 – FS Krey), S. 455 f.; so auch bereits *ders.* (Fn. 2 –FS Schroeder), S. 392. Siehe ferner *ders.*, GA 2012, 395 (401).

[49] *Roxin*, ZStR 125 (2007), 1 (7), siehe ferner S. 6: „Über das ‚Ob' der Tat entscheidet der an den Schalthebeln der Macht sitzende Hintermann, während der unmittelbar Ausführende meist nur zufällig in die konkrete Handlungssituation gerät. Er kann an dem durch den Apparat vorgezeichneten Geschehensablauf nichts Wesentliches mehr ändern, sondern ihn allenfalls modifizieren." Wenn aber über das „Ob" des Geschehensablaufs der Hintermann entscheiden soll und der Ausführende ihn bestenfalls modifizieren kann, fragt man sich, ob eine Täterschaft des unmittelbar Ausführenden nach den Grundsätzen der Tatherrschaftslehre noch zu begründen ist. Selbst wenn dies letztendlich zu bejahen wäre, ist klar, dass bei der *Roxinschen* Theorie die Ausführenden im Hinblick auf dieselbe Tat unter zwei unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden. Bei der Begründung der unmittelbaren Täterschaft werden sie aufgrund ihrer Tatnähe und des Gewichts ihrer Tatbeiträge als mächtige Tatherren angesehen (siehe nur *Roxin*, GA 1963, 193 [194 ff.]); hingegen werden sie bei der Begründung der mittelbaren Täterschaft der Organisatoren für dieselbe Tat lediglich für „Rädchen im Getriebe des Machtapparates" gehalten. Diese gleichzeitige Stellung des Ausführenden einerseits als Prototyp des Täters und andererseits als Rädchen eines Apparates bezüglich derselben Straftat ist unter systematischen Gesichtspunkten mehr als fragwürdig, sie ist einfach widersprüchlich.

[50] Siehe etwa *Ambos*, ZIS 2009, 552 (564); *Morozinis* (Fn. 14), S. 332, 630; *Werle/Burghardt*, Journal of International Criminal Law 9 (2011), 88; *Roxin*, GA 2012, 395 (406); *Urban* (Fn. 14), S. 55, 263. Dagegen *Rotsch*, GA 2005, 428 (429); siehe ferner *Gropp*, JuS 1996, 13 (17 f.). Aus der Rechtsprechung siehe BGHSt 40, 218 (236 f.).

[51] Ähnlich *Jakobs*, NStZ 1995, 26 (27).

[52] Siehe *Puppe*, ZIS 2007, 234 (246); *dies.*, GA 2013, 514 (535).

[53] Siehe *Roxin* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 11, 13, 27 f., § 26 Rn. 1; *ders.* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 527 f.

[54] Siehe *Roxin*, GA 1963, 193 (194 ff., 204); *ders.* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 30 ff.

gewalt zukommt, die sie für die Herbeiführung von Straftaten einsetzen.[55] Da die Anordnungsgewalt nach *Roxin* aber nicht nur den obersten, an der Spitze der Organisation stehenden Befehlshabern, sondern auch den Angehörigen der mittleren Befehlshierarchie, auf die die Organisationsleitung genauso wie auf die Ausführenden angewiesen sei, zukommt, könne in solchen Fällen eine längere Kette von Tätern hinter dem Täter auftreten. Entscheidend für die Bejahung von mittelbarer Täterschaft sei nur der Umstand, dass der jeweilige mit Befehlsgewalt ausgestattete Funktionär den ihm unterstellten Teil der Organisation lenken könne.[56] Gegen diese Ansicht *Roxins* hat ein anderer Anhänger dieser Figur, und zwar *Ambos*, mehrmals eingewendet, dass sich eine Organisationsherrschaft lediglich im Hinblick auf diejenigen Personen zweifelsfrei begründen lasse, „deren Befehlsgewalt und Anordnungen nicht ohne weiteres aufgehoben oder rückgängig gemacht werden können, die also in diesem Sinne ‚störungsfrei' herrschen und beherrschen können", sodass diese Figur allein bei der Organisationsspitze, aber nicht bei den Mittelsmännern in Betracht komme, weil diese nur eine Teilherrschaft, aber keinesfalls eine absolute Herrschaft über die gesamte Organisation ausübten.[57]

Durch die Annahme einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bei ganz unterschiedlichen hierarchischen Stellungen wird zwar in Frage gestellt, ob damit nicht, wie *Roxin* selbst bei der Kritik der sog. Anstiftungslösung öfter sagt, „gewaltige Sachunterschiede […] simplifizierend eingeebnet" werden,[58] denn im Vergleich zu den obersten Befehlshabern haben die in der mittleren Befehlshierarchie stehenden Personen zunächst eine geringere bzw. Teil- und außerdem eine „nur" abgeleitete Herrschaft über die Organisation, weshalb sie meistens nicht über das „Ob", sondern allein über das „Wie" der Deliktsverwirklichung entscheiden können, indem sie den „von oben" erteilten Befehl näher konkretisieren.[59] Darüber hinaus sollten die Mittelsmänner nach den Prämissen des sog. Top-Down-Prinzips, das für die Anhänger dieser Figur ein entscheidendes Argument für ihre Begründung bildet,[60] keine so hohe Verantwortung für die Deliktsverwirklichung wie die Organisationsspitze tragen. Jedoch ist die Annahme mittelbarer Täterschaft bei den Angehörigen der mittleren Befehlshierarchie nach dem Modell *Roxins* nicht inkonsequent, denn er stellt im Gegensatz zu *Ambos*, der „die Organisation in den Mittelpunkt der strafrechtlichen Zurechnung" stellt und folglich „Organisationsherrschaft als Herrschaft über oder durch die (gesamte) Organisation" versteht,[61] auf die sich aus dem Zusammentreffen der organisationsspezifischen Voraussetzungen ergebende, gesteigerte Erfolgssicherheit ab. Deshalb kann auch ein Mittelsmann, indem er durch die Ausnutzung der vorgegebenen Organisationsbedingungen sicherstellt, dass ihre Befehle zu Deliktsverwirklichungen führen, nach dem *Roxinschen* Ansatz als mittelbarer Täter bestraft werden.

bb) Rechtsgelöstheit des Machtapparates

Im Gegensatz zu dem einleuchtenden Kriterium der Anordnungsgewalt sind die zwei weiteren Kriterien der Organisationsherrschaft schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt, die bereits in der Literatur treffend herausgearbeitet worden sind und von den Gegenargumenten *Roxins* nicht entkräftet werden.

Das gilt zunächst für die zweite tatsächliche Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate, also für die sog. Rechtsgelöstheit des Machtapparates. In der ursprünglichen Fassung dieser Lehre ist *Roxin* davon ausgegangen, dass die Organisationsherrschaft nur dort vorliegen könne, wo der Apparat *als ganzer* außerhalb der Rechtsordnung tätig werde, weshalb diese Figur allein bei zwei typischen Erscheinungsformen in Betracht komme, und zwar bei deliktisch handelnden Staatsapparaten und bei gewissen Gruppierungen, die eine Art „Staat im Staate" bildeten.[62] Im Hinblick auf den ersten Anwendungsfall hat unter anderen *Ambos* zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Kriterium wie die Rechtsgelöstheit keine Bedeutung haben kann, wenn ein „Unrechtsstaat" auf der Basis seiner eigenen „kriminellen" Rechtsordnung operiert,[63] denn hier ist, mit den treffenden Worten *Schlössers* ausgedrückt, „eine Loslösung des Staates vom Recht bereits *begrifflich nicht möglich*".[64] Das Ausweichen auf naturrechtliche Erwägungen im Sinne etwa der *Radbruchschen* Formel zur Bejahung einer Rechtsgelöstheit[65] würde allerdings einerseits zu einer „Konfundierung von Außen- und Innenpolitik" führen und sich so dem Vorwurf der „politisch instrumentalisierte[n] Ideologie"

[55] Siehe *Haas* (Fn. 34), S. 108 f., der angesichts der schwerwiegenden Probleme der anderen tatsächlichen Voraussetzungen der Organisationsherrschaft den Verdacht hat, dass der substantielle Kern der Annahme mittelbarer Täterschaft in diesen Konstellationen in der Anordnung bzw. Anweisung als solcher liege.

[56] So *Roxin*, GA 1963, 193 (203 f.); *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (12); *ders.*, GA 2012, 395 (413 f.).

[57] *Ambos* (Fn. 14 – AT Völkerstrafrecht), S. 604; *ders.* (Fn. 14 – FS Roxin), S. 850 f.; *ders.* (Fn. 14 – Treatise), S. 159 f.; *ders.* (Fn. 14 – Rome Statute), Art. 25 Rn. 18; so bereits *ders.*, GA 1998, 226 (238). Siehe auch *Korn*, NJW 1965, 1206 (1208); *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (493); *ders.*, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, S. 239; *Kreß*, GA 2006, 304 (309). Gegen *Ambos* jüngst *Roxin* (Fn. 12 – Täterschaft), § 44 Rn. 390.

[58] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (8); *ders.* (Fn. 9 – FS Krey), S. 456; *ders.*, GA 2012, 395 (403). So auch *Ambos* (Fn. 14 – AT Völkerstrafrecht), S. 593.

[59] Siehe *Urban* (Fn. 14), S. 167 ff.

[60] Siehe nur *Roxin*, GA 1963, 193 (202); *ders.* (Fn. 2 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 388 f.; *Ambos* (Fn. 14 – Internationales Strafrecht), § 7 Rn. 28.

[61] So *Ambos* (Fn. 14 – FS Roxin), S. 850 f.

[62] *Roxin*, GA 1963, 193 (204).

[63] So *Ambos*, GA 1998, 226 (241 ff.); *Meini*, El dominio de la organización en derecho penal, 2008, S. 47 ff.

[64] *Schlösser* (Fn. 44), S. 158 (*Hervorhebung* im Original).

[65] In diese Richtung bewegt sich der Ansatz von *Roxin*, GA 1963, 193 (205); *ders.* (Fn. 11 – FS Grünwald), S. 557. Dafür ausdrücklich *Morozinis* (Fn. 14), S. 307, 309. Kritisch dazu *Ambos* (Fn. 14 – AT Völkerstrafrecht), S. 607 ff.

aussetzen;[66] dabei würde es sich also „mehr [um] ein politisches als ein strafrechtliches Urteil" handeln.[67] Andererseits würde das Heranziehen der *Radbruchschen* Formel zu einer Beschränkung des Anwendungsbereichs der Figur der Organisationsherrschaft führen, weil danach erst dann von einer (Natur-)Rechtsgelöstheit die Rede sein könne, wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat".[68] Demnach könnte man eine Rechtsgelöstheit und damit eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bei eklatanten Menschenrechtverletzungen bejahen, jedoch nicht in den Fällen, in denen „ein so unerträgliches Maß" nicht erreicht wird, was etwa bei Vermögensdelikten sehr wohl der Fall sein kann. Diese Begründung der Rechtsgelöstheit würde somit *Roxins* Ansatz widersprechen, der die Annahme mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht von der Schwere der betreffenden Delikte abhängig macht.[69]

Angesichts dieser Schwierigkeiten des Kriteriums der Rechtsgelöstheit bei deliktisch handelnden Staatsapparaten kann es Überzeugungskraft eigentlich nur im Hinblick auf den zweiten Anwendungsfall der Organisationsherrschaft entfalten, denn nur für diese Untergrundbewegungen, Verbrecherbanden, usw. kann die Annahme, sie widersprächen den Normen eines Rechtsstaates in dauerhafter Form, einleuchten. Aber sofern *Roxin* unter Berufung auf die „praktische Bedeutung des Kriteriums der Rechtsgelöstheit", die darin bestehe, dass es „die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei Anweisungen im Bereich hierarchischer Strukturen ermöglicht",[70] gegen die Überdehnung seiner Konstruktion auf den „normalen" Bereich der Wirtschaftskriminalität geltend macht, dass, wenn in einer staatlichen Behörde oder einem privaten Betrieb ein Vorgesetzter einen Untergebenen zu einem strafbaren Verhalten auffordere, das Recht erwarte, dass dieser sich weigere,[71] wird die Möglichkeit der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit zum Ausführenden in gefährlicher Weise aufs Spiel gesetzt, weil *Roxins* Argument im Umkehrschluss besagt, dass das Recht bei jenen verbrecherischen Gruppierungen nicht (mehr) erwartet, dass der unmittelbar Handelnde sich dem Ansinnen des Hintermanns wiedersetzt. Wo also keine Erwartung rechtmäßigen Verhaltens besteht, wie lässt sich dort eigentlich die Strafbarkeit der Mitwirkenden begründen?[72] Der einzige Weg zur Vermeidung dieses Problems, nämlich die Anerkennung, dass innerhalb dieser deliktisch handelnden Zusammenschlüsse die Erwartung rechtmäßigen Handelns ebenfalls im vollen Umfang gilt, würde allerdings den Verlust der Abgrenzungsfunktion dieses Kriteriums bedeuten, womit die Berechtigung der Rechtsgelöstheit auch bei der zweiten Erscheinungsform von Organisationsherrschaft fragwürdig wäre.

Um die von Gegnern und sogar Anhängern der Organisationsherrschaftslehre gegen die Rechtsgelöstheit gerichtete Kritik zurückzuweisen, sah sich *Roxin* gezwungen, zwei „Klarstellungen", besser gesagt: eine Modifikation und eine Klarstellung, vorzunehmen, um an diesem Kriterium weiter festhalten zu können.[73]

Da das Erfordernis einer Loslösung vom Recht durch den Apparat im Ganzen dem Umstand, dass sich solche Apparate bzw. ihre Teilsysteme in der Regel nur im Hinblick auf bestimmte Deliktarten vom Recht lösen, aber die übrigen Normen der Rechtsordnung respektieren, nicht Rechnung tragen kann,[74] formulierte *Roxin* dieses Kriterium in dem Sinne um, dass „der Machtapparat sich nicht in jeder Beziehung, sondern nur im Rahmen der von ihm verwirklichten Straftatbestände vom Recht gelöst haben [muss]".[75] Da aber damit nichts mehr als ein ständiger Verstoß gegen bestimmte Rechtsnormen verlangt wird, wie er nicht nur organisatorischen Machtapparaten eigentümlich ist, sondern auch bei anderen Arten von Zusammenschlüssen wie etwa kleinen Verbrecherbanden und sogar wirtschaftlichen Betrieben vorliegen kann, verliert dieses Kriterium endgültig seine Abgrenzungsfunktion und steht nicht mehr der Übertragung dieser Figur auf den Bereich der Unternehmenskriminalität entgegen,[76] wie es etwa der BGH exemplarisch tut.[77] Konsequenter als *Roxin* ist in dieser Hinsicht *Urban*, die im Sinne dieser Modifikation *Roxins* lediglich eine „deliktsbezogene Rechtsgelöstheit der Organisation" verlangt, weshalb sie von der – wenn auch nur in begrenzten Fällen – Anwendbarkeit des Organisationsherrschaftsmodells im Unternehmensbereich ausgeht.[78]

Der problematischen Begründung der Rechtsgelöstheit bei staatlichen Machtapparaten versucht *Roxin* mit der zwei-

[66] So *Pawlik*, GA 1994, 478 (483). Siehe auch *Schlösser* (Fn. 44), S. 156 ff.

[67] *Muñoz Conde*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 609 (613 f.).

[68] *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 345.

[69] Dies wird treffend herausgestellt von *Schlösser* (Fn. 44), S. 158 f. Das Problem der Statuierung einer allein bei besonders schweren Straftaten einschlägigen Beteiligungsform in den Fällen rechtsgelöster Regierungskriminalität trifft auch den Ansatz von *Morozinis* (Fn. 14), S. 309 f.: „Indessen ist andererseits die Anwendbarkeit der *Radbruch'schen* Formel, und somit die Annahme der Rechtsgelöstheit eines staatlichen Machtapparates, ‚wegen des hohen Wertes der Rechtssicherheit' stets nur auf extreme Ausnahmefälle zu beschränken".

[70] *Roxin* (Fn. 11 – FS Grünwald), S. 558.

[71] *Roxin*, JZ 1995, 49 (51); ähnlich *ders.* (Fn. 11 – FS Grünwald), S. 558. Siehe auch *ders.* (Fn. 12 – Täterschaft, 10. Aufl.), § 44 Rn. 413.

[72] Ähnlich *Murmann*, GA 1996, 269 (274).

[73] Siehe *Roxin* (Fn. 9 – FS Krey), S. 459 f.

[74] Dazu *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (534); *Schlösser* (Fn. 44), S. 153.

[75] *Roxin* (Fn. 9 – FS Krey), S. 459 f.; so bereits *ders.* (Fn. 9 – Individuelle Verantwortung), S. 55.

[76] In diesem Sinne ebenfalls *Herzberg* (Fn. 38), S. 39, 57; *ders.*, ZIS 2009, 576 (577); *Schlösser* (Fn. 44), S. 153 f.; *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (506 f. Fn. 138); siehe auch *Renzikowski* (Fn. 34), S. 90.

[77] Dazu *Orozco López* (Fn. *), S. 10 ff.

[78] Siehe *Urban* (Fn. 14), S. 144 ff., 183 ff., 217 ff., 263 f.

ten Klarstellung gerecht zu werden. Danach „kommt es für die Rechtsgelöstheit nicht auf die Sichtweise des früheren Systems, sondern auf die heutige rechtliche Beurteilung an“.[79] So vermag *Roxin* in der Tat den Rückgriff auf naturrechtliche Erwägungen zur Begründung der Rechtsgelöstheit zu vermeiden und setzt sich somit den dagegen erhobenen Vorwürfen nicht aus. Aus rechtsstaatlicher Hinsicht ist diese Argumentation jedoch nicht hinnehmbar, denn dadurch wird die Form der Beteiligung als ein strafbarkeitsbegründendes Moment nicht zur Tatzeit, sondern vielmehr zur Zeit der „heutige[n] rechtliche[n] Beurteilung“ bestimmt, womit das Gesetzlichkeitsprinzip verletzt und das Rückwirkungsverbot auf unzulässige Weise aufgehoben wird.[80]

cc) Fungibilität der Ausführenden

Erheblichen Bedenken ausgesetzt ist ebenfalls das wichtigste der tatsächlichen Kriterien der Organisationsherrschaft nach der Ansicht *Roxins*, nämlich die sog. Fungibilität der Ausführenden, die in der ursprünglichen Fassung sogar das entscheidende Begründungselement der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate bildete.[81] *Roxin* zufolge besteht sie darin, dass, „wenn eines der zahlreichen bei der Deliktsrealisierung mitwirkenden Organe sich seiner Aufgabe entzieht, sogleich ein anderer an seine Stelle tritt, ohne daß die Durchführung des Gesamtplans dadurch beeinträchtigt wird“.[82]

Problematisch ist in erster Linie das Kriterium der Fungibilität, wenn sie als konkrete Fungibilität, d.h. als eine bei der Tatbegehung vorliegende Ersetzbarkeit der jeweiligen Exekutoren verstanden wird. *Roxin* ist zuzugeben, dass eine konkrete Fungibilität bei dem Zentralbeispiel zur Entwicklung dieser Figur, also bei den Gewaltverbrechen des NS-Terrors, öfter vorlag. Jedoch scheitert dieses Verständnis der Fungibilität bereits bei dem zweiten Beispiel, an dem *Roxin* seine damals ganz neuartige Konstruktion erläuterte, nämlich bei dem Staschynskij-Fall, denn falls dieser Agent sich unmittelbar vor der Tatbestandsverwirklichung entschieden hätte, die ihm von höchster Stelle des KGB befohlenen Morde nicht auszuführen, hätte es in diesem konkreten Moment keinen weiteren Ausführenden gegeben, der ihn sofort hätte ersetzen können.[83] Daraus wird klar, wie bereits in der Literatur des Öfteren zutreffend betont worden ist, dass, sofern die Handlungssituation in zeitlicher und räumlicher Hinsicht begrenzt ist, von einer Ersetzbarkeit der unmittelbar Handelnden nicht die Rede sein kann, selbst wenn der Machtapparat auf Hunderte oder sogar Tausende von Exekutoren zählt.[84] Deshalb bestreiten nicht nur die Gegner der Organisationsherrschaftslehre die Erfüllung dieses Kriteriums in den Mauerschützen-Fällen, sondern auch einige ihrer Anhänger wie etwa *Langneff*: „In den ‚Mauerschützen-Fällen‘ stand zwar theoretisch eine größere Anzahl von Grenzsoldaten zur Verfügung. In jedem einzelnen Fall hing das Gelingen der Fluchtverhinderung jedoch von dem Handeln weniger Soldaten ab, bei denen von einer beliebigen Austauschbarkeit keine Rede sein kann.“[85] Außerdem ist bei einem anderen auch sehr berühmten Fall von Regierungskriminalität, nämlich bei dem vom ehemaligen Präsidenten Perus Alberto Fujimori gelenkten Machtapparat, das Vorliegen dieses Kriteriums fraglich. Aufgrund der spezifischen Natur des Ausführungsorgans „Colina“, das eine besonders ausgebildete Sondereinheit des Armeegeheimdiensts mit etwa 40 Mitgliedern zur Durchführung von Sonderoperationen – also ein „Killerkommando“ – bildete,[86] ist zweifelhaft, ob ihre Mitglieder reibungslos durch reguläre Angehörige der Streitkräfte hätten ersetzt werden können.[87]

In den Fällen von Aufstandsbewegungen wie der ehemaligen kolumbianischen Guerillagruppe FARC, die nach den Prämissen der Lehre *Roxins* zweifellos als organisatorischer Machtapparat einzuordnen ist, denn es handelte sich um eine über mehr als 40 Jahre rechtsgelöste Organisation, die streng hierarchisch strukturiert war und Tausende von Ausführenden zählte,[88] steht dieses Kriterium im Vergleich zu den typi-

[79] *Roxin* (Fn. 9 –FS Krey), S. 459.

[80] Siehe bezüglich der kolumbianischen Rechtslage *Velásquez Velásquez*, CDP 4 (2010), 183.

[81] Siehe *Roxin*, GA 1963, 193 (200): „Der für die Begründung der Willensherrschaft in solchen Fällen entscheidende Faktor, […], liegt also in der Fungibilität des Ausführenden.“

[82] *Roxin*, GA 1963, 193 (200).

[83] So bereits *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 43, der damals als Anhänger der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate galt; *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000, S. 100 f. In diese Richtung ebenfalls *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 21 Rn. 103 Fn. 190; *Ambos* (Fn. 14 – AT Völkerstrafrecht), S. 597.

[84] Siehe *Murmann*, GA 1996, 269 (273); *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526 ff.); *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 237; *Herzberg* (Fn. 38), S. 38; *Zieschang*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 505 (515); *Jakobs* (Fn. 83), Abschn. 21 Rn. 103 Fn. 190; *Haas* (Fn. 34), S. 107 f.; *Renzikowski*, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, S. 147 (S. 153). Vgl. auch *Gropp*, JuS 1996, 13 (16). *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (506 Fn. 138), glaubt darüber hinaus, dass den Gerichten der Nachweis der konkreten Fungibilität schwerfallen würde, weshalb dieses Kriterium zudem unpraktikabel sei.

[85] *Langneff* (Fn. 83), S. 153 f. Aus dem Lager der Gegner dieser Figur siehe *Murmann*, GA 1996, 269 (273); *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 f.); *Zieschang* (Fn. 84), S. 515; *Herzberg* (Fn. 38), S. 38.

[86] Siehe Sent. Sala Penal Especial, Exp. N° A.V. 19–2001, Par. 324 ff.

[87] Auch mit Zweifeln *Garcia Cavero*, ZIS 2009, 596 (602); siehe ferner *Herzberg*, ZIS 2009, 576 (577).

[88] Nach langjährigen Verhandlungen schlossen im Jahr 2016 die kolumbianische Regierung und die FARC endlich einen Friedensvertrag. Zwar entstehen bei diesem Friedensprozess wie bei jedem Prozess dieser Natur schwierige legitimationstheoretische Fragen sowie Probleme bei der Umsetzung des

schen Konstellationen von Unrechtsstaaten vor noch größeren Schwierigkeiten, weil aufgrund der Besonderheiten eines Guerillakriegs die Möglichkeit einer effektiven Ersetzung der Exekutoren im Rahmen der konkreten Deliktverwirklichung fernliegend ist. Das gilt zunächst bei den für die Guerilla hochriskanten Operationen innerhalb der von der Polizei und den Streitkräften kontrollierten Städte, bei denen in der Regel nur eine kleine Milizengruppe auftritt, deren Mitglieder in dieser Situation überhaupt nicht austauschbar sind, weil die potentiellen Ersatzleute Hunderte von Kilometern entfernt sind;[89] darüber hinaus kann man eine konkrete Fungibilität der Exekutoren bezüglich der in dem Dschungel operierenden Einheiten nicht annehmen, weil in Anbetracht der organisationalen Struktur solcher Gruppen ihre Mitglieder nicht einfach wie bei einem Brettspiel von Ort zu Ort nach Belieben bewegt werden können, die einzelnen Einheiten vielmehr auf ihren beschränkten Mitgliederbestand stark angewiesen sind.[90]

Angesichts dieser Befunde der fehlenden konkreten Fungibilität in prototypischen Fällen organisatorischer Machtapparate ist überhaupt nicht einzusehen, wieso ein Kriterium, das zwar vor der Ausführung gegeben ist, aber bei der Begehung der Tat nicht vorliegt, gerade im Hinblick auf die konkrete Tat eine herrschaftsbegründende Funktion erfüllen kann, denn „Tatherrschaft bedeutet", wie *Rotsch* ganz treffend bezüglich der Lehre *Roxins* sagt, „Herrschaft bei, nicht nur vor der Tatausführung".[91]

Um die bei der konkreten Fungibilität, verstanden als tatsächliche Ersetzbarkeit der Ausführenden zum Zeitpunkt der Tatausführung, auftretenden Probleme zu vermeiden, könnte man auf eine Art abstrakte Fungibilität ausweichen, die darin bestehen soll, dass die „Erfolgssicherheit enorm erhöht wird", weil aufgrund der Existenz „viele[r] potentielle[r] Exekutoren" in der Zukunft „eine beliebig häufige Wiederholung der Versuche" stattfinden könne.[92] Gegen diese bloße Möglichkeit der Ersetzung der unmittelbar Handelnden bei zukünftigen Taten sind jedoch drei Einwände zu erheben.

Erstens scheitert dieses Verständnis von Fungibilität ganz offensichtlich in den Fallkonstellationen, in denen eine *Wiederholung* der Tat – aus welchen Gründen auch immer – nicht möglich ist,[93] was sogar von einer anderen Vertreterin der Organisationsherrschaftslehre wie *Urban* zugegeben wird: „Außerdem wurde anhand der Mauerschützen-Fälle ersichtlich, dass Situationen denkbar sind, in denen es nichts mehr nützt, wenn im Fall einer Weigerung Hunderte anderer Täter zur Verfügung stehen, weil die konkrete Tat aufgrund der zeitlichen Verzögerung nicht mehr nachgeholt werden kann."[94]

Zweitens und noch erheblicher, weil es nicht nur eine bestimmte Konstellation, sondern den Argumentationskern trifft, ist das insbesondere von *Rotsch* aufgedeckte Defizit dieses Verständnisses von Fungibilität, da durch das Abstellen auf die sich aus der „beliebig häufige[n] Wiederholung der Versuche" ergebende Erfolgssicherheit die Grenzen der materiellen Tatidentität gesprengt werden, denn man kann nicht ernsthaft bestreiten, dass der zweite, dritte, usw. Versuch bis zum Gelingen der Tat durch andere Mitglieder der Organisation an diversen Orten und zu anderen Zeiten mehrere materielle Taten bilden, die von dem ersten Versuch, bei dem sich die Frage nach der Beteiligungsform der daran beteiligten Organisationsmitglieder stellt, unterschiedlich sind.[95]

Eng damit verbunden steht drittens der zuerst von *Renzikowski* treffend erhobene Vorwurf, dass mit einem solchen Verständnis der Fungibilität eine Berücksichtigung von hypothetischen Handlungen Dritter einhergeht, was gegen dogmatisch fundierte Prinzipien des Strafrechts verstößt.[96] Bei der Zurückweisung dieser Kritik hat *Roxin* zwar anerkannt, dass dieser Einwand berechtigt wäre, wenn es sich bei den betreffenden Fällen um ein Zwei-Personen-Verhältnis handeln würde; da aber dabei nicht der jeweilige Ausführende, sondern vielmehr die Organisation selbst das Werkzeug sei, treffe die Kritik nicht zu, denn die Existenz vieler möglicher Exekutoren und das darauf beruhende Funktionieren des Apparates seien keine Hypothese, sondern eine Realität.[97] Das vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn selbst wenn der Apparat bis zu diesem Zeitpunkt „ordnungsgemäß" gear-

Vereinbarten. Jedoch bildet dieser Friedensvertrag einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einem stabilen und dauerhaften Frieden in Kolumbien. Hierzu siehe die Beiträge in der Sonderausgabe zum kolumbianischen Friedensprozess ZIS 7-8/2017.

[89] So etwa im der Entscheidung CSJ, Rad. 25974 v. 8.8.2007, zugrunde liegenden Sachverhalt.

[90] Ausführlich *Cadavid Londoño*, Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial, 2013, S. 385 ff., insbesondere 417 ff. m.w.N.

[91] *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528) m.w.N.; siehe auch *ders.*, NStZ 2005, 13 (15 f.).

[92] Zitate in dieser Reihenfolge aus *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 394; *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (13); *ders.*, GA 1963, 193 (205). Dazu kritisch *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526); *Meini* (Fn. 63), S. 38 ff. Für abstrakte Fungibilität *Ambos*, ZIS 2009, 552 (563); *ders.* (Fn. 14 – Internationales Strafrecht), § 7 Rn. 27; so bereits in diese Richtung *ders.* (Fn. 14 – AT Völkerstrafrecht), S. 598.

[93] Dazu *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 f.); *Herzberg* (Fn. 38), S. 37 f.; *Eidam* (Fn. 37), S. 168.

[94] *Urban* (Fn. 14), S. 186 f.

[95] Grundlegend *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 ff., 536); siehe ferner *ders.*, JR 2004, 248 (249 f.); *ders.*, NStZ 2005, 13 (15); ihm zustimmend *Haas* (Fn. 34), S. 108; *Heinrich* (Fn. 34), S. 31; *Krämer*, Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht, 2015, S. 165. In demselben Sinne auch *Herzberg* (Fn. 38), S. 38.

[96] Siehe *Renzikowski* (Fn. 34), S. 89; *ders.* (Fn. 84), S. 154; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 319 f.; *Haas* (Fn. 34), S. 107; *Meini* (Fn. 63), S. 38 ff.; *Eidam* (Fn. 37), S. 167 ff.

[97] So *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 394; *ders.* (Fn. 6 – Täterschaft, 8. Aufl.), S. 713; *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (13 f.). Siehe auch *ders.* (Fn. 12 – Täterschaft, 10. Aufl.), § 44 Rn. 386 f.

beitet hätte, impliziert das nicht, dass der Apparat auch so weiter arbeiten wird; sofern wir über keine Kriterien zu einer sicheren Voraussage des Funktionierens des Apparates in die eine oder andere Richtung verfügen, was natürlich jenseits unserer Erkenntnisgrenzen liegt, bildet das „ordnungsgemäße" Funktionieren des Apparates in der Zukunft nicht mehr als eine – so wahrscheinlich sie auch sein mag – bloße Hypothese. Aber auch die Berufung *Roxins* auf eine anders geartete, nämlich nicht-interpersonale Beziehung geht fehl, denn der Apparat als solcher hat keine eigenständige Handlungsfähigkeit, „er" kann also keine Straftaten selbst ausführen, sodass „er" und die Befehlshaber auf die Ausführenden angewiesen sind,[98] was übrigens *Roxin* selbst an anderer Stelle anerkennt.[99] Da die Exekutoren als freiverantwortliche Subjekte jedoch nicht nur die Befehle der Hintermänner erfüllen, sondern sich auch *gegen* den verbrecherischen Plan entscheiden können,[100] wird bei der Bejahung dieser Art Fungibilität durch *Roxin* und seine Anhänger präsupponiert, dass einer der unmittelbar Handelnden trotz der Möglichkeit rechtmäßigen Handelns die rechtswidrige Handlung ausführen wird, denn andernfalls lässt sich nicht sagen, dass „die Weigerung oder der sonstige Ausfall eines Einzelnen die Tatbestandsverwirklichung nicht hindern kann", weil „sogleich ein anderer an seine Stelle tritt".[101]

Bekanntlich hat *Roxin* aus der in der Literatur zunehmenden, gegen die Fungibilität gerichteten Kritik nicht den Schluss gezogen, dass dieses Kriterium für die Begründung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht entscheidend sein kann. Jedoch hat er in den Jahren 2006 und 2007 ausdrücklich zugestanden, „dass die Fungibilität bei deliktischen Organisationen in unterschiedlichem Maße ausgebildet sein kann, so dass es ratsam ist, die mittelbare Täterschaft nicht ausschließlich auf dieses Kriterium und die schon genannten weiteren Voraussetzungen [nämlich Anordnungsgewalt und Rechtsgelöstheit, *H.O.*] zu stützen", weshalb er die „herrschaftsbegründenden Umstände" um ein weiteres Kriterium ergänzt hat, und zwar um die „wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden".[102] Da aber *Roxin* seit 2009 die Tatbereitschaft nicht mehr als eine selbständige Voraussetzung dieser Figur gelten lassen will[103] und die Kriterien der Rechtsgelöstheit und der Fungibilität, wie soeben gezeigt wurde, tiefgreifenden Bedenken ausgesetzt sind, steht die Annahme mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bereits im Hinblick auf ihre „tatsächlichen Voraussetzungen" auf brüchigem Boden.

b) Erfolgssicherheit als tragendes Kriterium für die Begründung und Abgrenzung von Beteiligungsformen?

Wie bereits oben bei der Darstellung der Ansicht *Roxins* angesprochen wurde, ergibt sich die Begründung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft aus dem Ineinandergreifen der tatsächlichen Voraussetzungen. Aufgrund des Zusammentreffens dieser Elemente beherrsche der Hintermann den Machtapparat, der die Tatbestandsverwirklichung sicherstelle.[104] Mit den Worten *Roxins* ausgedrückt: „Der Hintermann besitzt demgegenüber [gegenüber der Handlungsherrschaft des unmittelbar Ausführenden, *H.O.*] die Organisationsherrschaft, d.h. eine Einflussmöglichkeit, die über den ihm zu Gebote stehenden Machtapparat die Erfolgsherbeiführung ohne eigenständige Tatausführung sicherstellt. Diese Erfolgssicherheit begründet die Tatherrschaft."[105] Auf die in der Literatur gegen die Annahme einer von der Erfolgssicherheit getragenen Erfolgsherrschaft als Begründung einer Form mittelbarer Täterschaft gerichtete Kritik hat *Roxin* erwidert, dass es dabei natürlich nicht um eine hundertprozentige Erfolgssicherheit, sondern vielmehr um eine gegenüber der Anstiftung und sogar den anderen

[98] Ähnlich *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 203; *Haas* (Fn. 34), S. 107 Fn. 250; *Murmann*, GA 1996, 269 (274); *Schild* (Fn. 34), § 25 Rn. 123; *Eidam* (Fn. 37), S. 167.

[99] Siehe *Roxin*, GA 2012, 395 (414): „Man muss immer bedenken, dass die Organisationsleitung bei der Tatbestandsverwirklichung nicht nur auf den die Tat Ausführenden, sondern auch auf die den Befehl weiterleitenden, konkretisierenden und umsetzenden Mittelsmänner angewiesen ist." Hier wird allerdings ein weiteres Problem dieser Konstruktion sichtbar, denn eine Organisation dieser Art kann ihre spezifische Wirkweise, also eine zur Erfolgssicherheit führende Automatik (so *Roxin* [Fn. 2 – FS Schroeder], S. 395) erst entfalten, wenn alle Mitglieder der unterschiedlichen Hierarchiepositionen ersetzbar sind. Im Gegensatz zur ohnehin problematischen Austauschbarkeit der unmittelbar Handelnden ist nicht von der Hand zu weisen, dass Schlüsselfiguren in der mittleren Befehlshierarchie und Vertrauensleute noch viel schwieriger zu ersetzen sind. Ähnlich *F.-C. Schroeder*, ZIS 2009, 569 (570); vgl. auch *Jakobs* (Fn. 83), Abschn. 21 Rn. 103 Fn. 190: „[B]ei den nationalsozialistischen Gewalttaten waren *alle* Ausführenden nicht *gleichzeitig* austauschbar und die Austauschbarkeit *einzelner* (oder die *sukzessive* Austauschbarkeit aller) Mitwirkender ist bei Beteiligung keine Besonderheit" (*Hervorhebung* im Original); ähnlich *Stein* (Fn. 98), S. 203.

[100] So auch *Herzberg* (Fn. 38), S. 38 f.; *Murmann*, GA 1996, 269 (274); siehe ferner *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, 1996, S. 48. Dazu zuletzt *Eidam* (Fn. 37), S. 167, nach dem „oftmals bestehende und von menschlicher Autonomie geprägte Handlungsspielräume auch ein zentrales und wichtiges Argument" gegen die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft sind.

[101] Zitate aus *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (13); *ders.*, GA 1963, 193 (200).

[102] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (15); siehe auch *ders.* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 396 ff.

[103] So *Roxin*, ZIS 2009, 565 (567); *ders.* (Fn. 9 – FS Krey), S. 462 ff.; *ders.*, GA 2012, 395 (396).

[104] So *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 398 f.; *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (10 f., 23); *ders.* (Fn. 9 – FS Krey), S. 457 f. Zustimmend *Morozinis* (Fn. 14), S. 313.

[105] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11).

Formen mittelbarer Täterschaft *größere* oder *erhöhte* Erfolgssicherheit gehe.[106]

Damit vermag *Roxin* das Argument der Erfolgssicherheit bzw. Erfolgsherrschaft zu retten, wenn die Funktionsweise des Apparates ab und zu scheitert, „er" also in einem konkreten Fall die Erfolgsherbeiführung nicht sicherstellt, denn entscheidend sei es vielmehr, dass der Apparat meistens „ordnungsgemäß" funktioniere.[107] Entscheidend für die Zustimmung bzw. Ablehnung dieses Kriteriums als Begründungselement ist die Frage, ob man wirklich davon ausgehen darf, dass im Vergleich zur Anstiftung und zu den anderen, in der Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannten Formen mittelbarer Täterschaft die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung bei der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft höher einzuschätzen ist. Dies ist allerdings bei näherer Betrachtung zweifelhafter, als man beim ersten Anschein denkt.

Zur Rechtfertigung der erhöhten Erfolgssicherheit – angemessener wäre natürlich von Erfolgswahrscheinlichkeit die Rede – in solchen Fallkonstellationen richten *Roxin* und seine Anhänger den Blick ausschließlich auf die interne Struktur der Organisation.[108] Dabei vernachlässigen sie jedoch, dass dies nur ein Element unter mehreren zur Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrads der Erfolgsherbeiführung sein kann. Bei allen Delikten und somit auch bei den im Rahmen eines organisatorischen Machtapparates begangenen Straftaten spielen auch andere Faktoren eine nicht unerhebliche Rolle im Hinblick auf den Grad der Erfolgswahrscheinlichkeit. Dieser wird beispielsweise auch von der Schwere des Delikts, von der Natur des Tatobjekts und den zu dessen Schutz eingesetzten Mitteln sowie von anderen Begleitumständen beeinflusst, also von einer Fülle von Faktoren, die außerhalb der Organisation liegen bzw. davon unabhängig sind. Wenn man alle diese Aspekte berücksichtigt, ist jedoch fraglich, ob im Allgemeinen die Annahme, verglichen mit den typischen Konstellationen von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft komme der Organisationsherrschaft eine erhöhte Erfolgssicherheit zu, zutrifft, denn genauso wie bei dem Organisator, der einen Tötungsbefehl ausspricht, kann bei dem Anstifter, der alle Vorkehrungen zu einer „glatten" Tatbestandsverwirklichung durch den Ausführenden trifft, die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung sehr hoch sein. Unter Umständen kann sogar der Anstifter sich des Erfolgseintritts sicherer sein als der Befehlshaber einer rechtsgelösten Guerillagruppe mit Tausenden von Exekutoren, etwa wenn dieser einen politischen Mord beauftragt, dessen geplantes Opfer, wie beispielsweise ein Abgeordneter, ein Minister und selbstverständlich auch ein Staatsoberhaupt, von weitgehenden Schutzmaßnahmen umgeben ist,[109] während jener sich zur Tötung eines „normalen" Bürgers bloß einiger sehr zuverlässiger Profikiller bedient.[110]

Gegen diese Befunde kann *Roxin* nicht einwenden, dass es sich hier um ein seltsames Anstiftungsbeispiel handele, das sich der Organisationsherrschaft sehr weit annähere und deswegen keinen gewöhnlichen Fall von Anstiftung bilde, wie er es gegen das Beispiel von *Rotsch* des korrupten Politikers mit Hunderten von Anhängern, der bei einer Kundgebung zur Tötung eines Gegners auffordert und eine hohe Belohnung verspricht,[111] geltend macht.[112] Darauf könnten allerdings die Anhänger der Organisationsherrschaft erwidern, dass aufgrund der Begrenztheit des Kreises möglicher Profikiller die Wahrscheinlichkeit einer Erfolgsherbeiführung bei der Organisationsherrschaft ohnehin größer sei, weil aufgrund des großen Mitgliederbestands der Organisator viel mehr Attentate einplanen könnte bzw. die Ausführenden sie immer wieder bis zum Erfolgseintritt wiederholen könnten.[113] Dieses Argument trägt jedoch nicht, weil eine sich aus der Ersetzbarkeit der Organisationsmitglieder ergebende Erfolgssicherheit gleichermaßen mit den oben angesprochenen Defiziten dieses Kriteriums (Fungibilität) behaftet ist.[114] Das bedeutet erstens, dass von einer erhöhten Erfolgssicherheit überhaupt nicht die Rede sein kann, wenn trotz der Existenz einer Vielzahl von potentiellen Ausführenden die Tat nicht nachholbar ist, weil die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung der gescheiterten Tat nicht durch zukünftige Versuche erhöht werden kann, denn diese sind einfach *unmöglich*. Zweitens kann der Wahrscheinlichkeitsgrad des Erfolgseintritts einer fehlgeschlagenen Tat, wie *Rotsch* ganz zutreffend unter Berufung auf das Simultaneitätsprinzip zeigt, nicht durch die häufige Wiederholung *neuer* Versuche erhöht werden, weil diese vielmehr andere materielle Taten bilden, deren Erfolgswahrscheinlichkeit unabhängig voneinander zu berechnen ist.[115]

---

[106] Siehe *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 392 ff., 396; *ders*., ZStrR 125 (2007), 1 (6 f., 11, 15); so bereits *ders*. (Fn. 9 – Individuelle Verantwortung), S. 56; zustimmend *Greco*, ZIS 2011, 9 (11 f.). In diesem Sinne auch *Morozinis* (Fn. 14), S. 293 ff.; *Urban* (Fn. 14), S. 185 f.

[107] So *Roxin* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 114; siehe auch *ders.* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 395 f.

[108] Siehe nur *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (12 ff.); *Urban* (Fn. 14), S. 160 ff.; *Morozinis* (Fn. 14), S. 297 ff.

[109] Zum Fall des von obersten Befehlshabern der FARC ausgesprochenen Befehls, den damals amtierenden Präsidenten Kolumbiens zu töten, was jedoch von den Mitgliedern dieser Guerillagruppe nie verwirklicht werden konnte, siehe *Cadavid Londoño* (Fn. 90), S. 418.

[110] Wie hier *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (14); *Herzberg* (Fn. 38), S. 33 ff.; siehe auch *ders*., ZIS 2009, 576 (578 f.). Siehe ferner *Renzikowski* (Fn. 34), S. 89; *Stein* (Fn. 98), S. 203.

[111] Siehe *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (14).

[112] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (7 f.).

[113] Siehe *Roxin*, GA 1963, 193 (205 f.).

[114] Dazu grundlegend *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526 ff.). Ihm beipflichtend *Haas* (Fn. 34), S. 108; *Heinrich* (Fn. 34), S. 31 Fn. 163 f.

[115] Dazu *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (529 f.), der das an folgendem Beispiel zeigt: „Vordermann 1 weigert sich am Montag, die Tat auszuführen, weil er Skrupel bekommen hat. Vordermann 2 setzt am Dienstag zur Tatausführung unmittelbar an, bleibt aber erfolglos, etwa weil der von ihm abgegebene Schuß fehlgeht. Vordermann 3 gelingt schließlich am Mittwoch die Tötung des Opfers. […]. Zwar wird die Wahrscheinlichkeit der Tötung des Opfers mit der Zahl der einge-

Mit dem Gesagten wird allerdings weder der erhebliche beteiligungsbezogene Verantwortungsgrad des Organisators bagatellisiert[116] noch geleugnet, dass er die Befehlsmacht über eine Organisation, die meistens „ordnungsgemäß" funktioniert, ausübt. Hier wird vielmehr die Schlussfolgerung *Roxins* und anderer Vertreter der Organisationsherrschaft bestritten, dass die Herrschaft über die Organisation notgedrungen in eine Erfolgsherrschaft in dem Sinne einer Erhöhung der Erfolgswahrscheinlichkeit einmündet.[117] Zwar werden sich die Mitglieder der Organisation meistens nach den Befehlen der Hintermänner richten.[118] Aber dies erlaubt nicht die Annahme, wie aus den obigen Ausführungen klar geworden sein sollte, dass die Wahrscheinlichkeit der Herbeiführung des Erfolges eines *konkreten* Delikts in den Fällen organisatorischer Machtapparate höher sei, weshalb die sog. Erfolgssicherheit die dogmatische Begründung einer Form mittelbarer Täterschaft, und zwar der sog. mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate, nicht tragen kann.

Sogar wenn man trotz allem *Roxin* und seinen Anhängern konzedieren würde, dass eine im Vergleich zur Anstiftung und zu den anderen Formen mittelbarer Täterschaft erhöhte Erfolgssicherheit bei der Organisationsherrschaft diese Konstruktion begründen könnte, ist sie angesichts der damit einhergehenden Probleme bei der Abgrenzung der Beteiligungsformen abzulehnen.

Um die häufig vorkommende Kritik der Nicht-Integrierbarkeit der Organisationsherrschaft in das dogmatische Gebäude der mittelbaren Täterschaft endgültig zurückweisen zu können, weist *Roxin* nachdrücklich darauf hin, dass es für die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung auf die tatsächlichen Machtverhältnisse ankomme.[119] Deshalb „darf [man] Täterschaft und Tatherrschaft nicht primär aus irgendwelchen Defiziten des ‚Werkzeugs' ableiten, wie sie bei der Nötigungs- und der Irrtumsherrschaft allerdings vorliegen, sondern man muss sie positiv aus der Stellung des Täters im Gesamtgeschehen begründen".[120] Und da die Organisationslenkung dem Hintermann die Erfolgsherbeiführung garantiere, besitze er die Tatherrschaft, denn „die Tatherrschaft ist immer nur die Herrschaft über den tatbestandsmäßigen Erfolg. Die Beherrschung des unmittelbar Handelnden kann ein Mittel zur Erlangung der Erfolgsherrschaft sein, wie dies bei der Nötigung und in einem gewissen Grade auch bei der Hervorrufung eines Irrtums der Fall ist. Aber sie muss keineswegs vorliegen, wie gerade der Einsatz von Machtapparaten zeigt."[121] Auf diese Weise öffnet sich *Roxin* den Weg, zu sagen, dass der Organisator als mittelbarer Täter anzusehen bzw. zu bestrafen ist, weil er „den Erfolg mit weitaus größerer Sicherheit herbeiführt als ein um Anstiftung Bemühter, ja selbst als derjenige, der eine Nötigungs- oder Irrtumsherrschaft ausübt".[122] Eine Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung mithilfe des Kriteriums der Erfolgssicherheit, das ganz auf der Linie der sog. Gefährlichkeitstheorien liegt,[123] gerät allerdings in einen Widerspruch mit der Bestimmung dieser Grenze nach den übrigen Kriterien der Beteiligungslehre *Roxins*, womit die interne Kohärenz seines Beteiligungssystems zerstört und das Erfordernis von Systematik und Rechtssicherheit vernachlässigt wird.[124]

---

setzten Tatmittler statistisch immer größer, die Verwirklichung der konkreten Tat im materiellen Sinne, für die Tatherrschaft gegeben sein muß, ist hingegen am Mittwoch ebenso wahrscheinlich oder unwahrscheinlich wie am Montag oder Dienstag." In Anlehnung an *Rotsch* auch *Heinrich* (Fn. 34), S. 31 Fn. 163 f. Zustimmend *Haas* (Fn. 34), S. 108; *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (506 Fn. 138). In diesem Sinne auch *Herzberg* (Fn. 38), S. 37 ff.; *ders.*, ZIS 2009, 576 (578 f.). Siehe ferner *Zieschang* (Fn. 84), S. 514 f.

[116] Zu einer Systematisierung der Beteiligungsgrade, die eine begriffliche Erfassung des höheren Verantwortungsgrads der Leiter organisatorischer Machtapparate ermöglicht, eingehend *Orozco López* (Fn. *), S. 293 ff., 348 ff.

[117] Ähnlich wie hier *Heinrich* (Fn. 34), S. 31. Vgl. auch *Eidam* (Fn. 37), S. 168 f.

[118] In Anlehnung an *Haas* (Fn. 34), S. 86 ff., 108, geht *Renzikowski* (Fn. 34), S. 506, davon aus, dass die „Steuerungsmacht" des Hintermanns auf der Anweisung selbst beruhe, was von der Konstruktion der Organisationsherrschaft verdunkelt werde.

[119] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (6 f.); siehe auch *ders.* (Fn. 4 – Täterschaft, 9. Aufl.), S. 712; *ders.* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 399.

[120] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11). In diesem Sinne auch *Schünemann* (Fn. 14), § 25 Rn. 65 ff.

[121] *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (10); so auch *ders.* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 398 f.

[122] *Roxin* (Fn. 2 – FS Schroeder), S. 393; siehe ferner *ders.* (Fn. 11 – FS Grünwald), S. 550; *ders.* (Fn. 11 – AT II), § 25 Rn. 114; *ders.* (Fn. 6 – Täterschaft, 8. Aufl.), S. 713 f.; *ders.* ZStrR 125 (2007), 1 (11).

[123] So bereits kritisch *Stein* (Fn. 98), S. 203; in diesem Sinne auch *Haas* (Fn. 34), S. 25.

[124] Wie hier auch kritisch gegen die mit der Anwendung des Kriteriums der Erfolgssicherheit einhergehende Verwischung der Grenzen der Beteiligungsformen *Stein* (Fn. 98), S. 181 ff., 203; *Herzberg* (Fn. 38), S. 39 ff.; *ders.*, ZIS 2009, 576 (578); *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528); *ders.*, JR 2004, 248 (249); *Noltenius* (Fn. 96), S. 321 f.; *Haas* (Fn. 34), S. 25 f., 63, 108; *ders.*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 25 Rn. 28; *Renzikowski* (Fn. 17), S. 505; *Eidam* (Fn. 37), S. 170, 173. Siehe auch *Murmann*, GA 1996, 269 (274); *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 581 (606 ff.); *Radtke*, GA 2006, 350 (355); *Krämer* (Fn. 95), S. 164. – In seiner Besprechung meiner Dissertation stellt *v. Weezel*, InDret 2/2020, 525, in Bezug auf meine Argumente gegen *Roxins* These fest, dass meine „Kritik scharfsinnig ist, obwohl man manchmal das Gefühl hat, dass der Autor *Roxins* Kriterium dekontextualisieren könnte. Die erhöhte Erfolgssicherheit ist eine Idee, die nur dort gut funktionieren kann, wo auch die tatsächlichen Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate gegeben sind. Wird sie außerhalb dieses Kontexts angewendet, führt sie tatsächlich zu inkonsistenten Ergebnissen." Entgegen dieser letzten Behauptung von *v. Weezel* sollte dies für alle

In erster Linie sollten nach der Logik der Erfolgsherrschaft in dem Sinne einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung nicht wenige, fast einhellig als traditionell anerkannte Anstiftungsfälle in mittelbare Täterschaften verwandelt werden. Bekanntlich soll gemäß dem geltenden Recht derjenige, der einen anderen zu einer Straftat bestimmt, als Anstifter bestraft werden. *Roxin*, der eine vermittelnde Auffassung vertritt, nimmt Anstiftung an, wenn die Bestimmung zur Tat den Charakter einer Aufforderung besitzt,[125] vorausgesetzt, dass die Voraussetzungen irgendeiner Art mittelbarer Täterschaft nicht vorliegen.[126] Da die Mittel der Anstiftung, sofern sie deren Aufforderungscharakter zur Geltung bringen, beliebig seien, sei als Anstifter derjenige anzusehen, der einen anderen etwa durch Verlangen, Überreden, Anwerben gegen Entgelt oder Bedrohungen unterhalb der Schwelle des § 35 StGB zur Tatausführung bestimmt.[127] Entgegen der Anhänger der Gefährlichkeitstheorien hat *Stein* überzeugend dargestellt, dass sich nicht eine typischerweise geringere Gefährlichkeit der Anstiftung im Vergleich zur mittelbaren Täterschaft feststellen lässt;[128] vielmehr kann man in vielen der Anstiftungskonstellationen – was außer *Stein* auch andere Autoren wie *Herzberg*, *Renzikowski* und *Haas* zu Recht betonen – davon ausgehen, dass dort die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung höher als bei der Handlung des mittelbaren Täters ist.[129] Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn jemand einen Berufsverbrecher beauftragt.

Versucht man nun das Verhalten dieses Hintermanns nach den Kategorien der Beteiligungslehre *Roxins* einzuordnen, werden sofort Ungereimtheiten sichtbar. Auf der Basis des von *Roxin* vertretenen Anstiftungsbegriffs ist der Hintermann als Anstifter zu bestrafen, weil er den Ausführenden zur Tatbegehung aufgefordert hat und die Voraussetzungen der unterschiedlichen Formen mittelbarer Täterschaft nicht vorliegen. Werden aber die soeben dargestellten Ausführungen *Roxins* zur Bestimmung und Abgrenzung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft herangezogen, nach denen letztendlich die Erfolgsherrschaft als erhöhte Erfolgssicherheit das Entscheidende sei, soll dann der Hintermann des Beispiels nicht als „bloßer" Anstifter, sondern vielmehr als mittelbarer Täter bestraft werden, weil er sich durch das Treffen spezifischer Vorkehrungen der Erfolgsherbeiführung vergewissert hat.[130] Die widersprüchliche Doppelstellung dieses Hintermanns in der Lehre *Roxins*, einerseits als Anstifter nach dem Anstiftungsbegriff und andererseits als mittelbarer Täter nach dem Begründungs- und Abgrenzungsprinzip der Erfolgsherrschaft, lässt sich jedoch nicht dadurch auflösen, dass man im Fall des Zusammentreffens dieser Figuren der mittelbaren Täterschaft den Vorrang vor der Anstiftung zuschreibt, denn in dem vorliegenden Fall kommen die besonderen Voraussetzungen keiner Art der mittelbaren Täterschaft – auch nicht der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – in Betracht.[131]

Unter Berufung auf die Erfolgsherrschaft als Anhaltspunkt zur Bestimmung und Abgrenzung der Beteiligungsformen findet eine weitere, diesmal aber genau in umgekehrter Richtung gerichtete Verwechslung der nach den Prämissen der Tatherrschaftslehre postulierten Grenzziehung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung statt. Da *Roxin* aufgrund seiner Abneigung gegen das Verantwortungsprinzip als materielles Fundament der Willensherrschaft die mittelbare Täterschaft „nicht primär aus irgendwelchen Defiziten des ‚Werkzeugs'", sondern vielmehr „positiv aus der Stellung

möglichen Fallkonstellationen mittelbarer Täterschaft gelten, denn anderenfalls würde man sich dem Vorwurf der Willkürlichkeit aussetzen. Folglich gibt es keinen plausiblen Grund dafür, das Kriterium der erhöhten Erfolgssicherheit auf die Fälle organisatorischer Machtapparate zu beschränken, da es durchaus möglich ist, weitere Typen von „tatsächlichen Voraussetzungen" zu formulieren, bei denen die Erfolgssicherheit erhöht wird, etwa in den Fällen der Inanspruchnahme der Dienste eines Berufsverbrechers, wie es *Schroeder* konsequent vertritt (dazu siehe unten Fn. 130).

[125] *Roxin* (Fn. 11 – AT II), § 26 Rn. 74 ff.

[126] Siehe *Roxin* (Fn. 11 – AT II), § 26 Rn. 10.

[127] *Roxin* (Fn. 11 – AT II), § 26 Rn. 80.

[128] *Stein* (Fn. 98), S. 181 ff., insbesondere 185.

[129] Siehe *Stein* (Fn. 98), S. 185; *Herzberg* (Fn. 38), S. 37 ff.; *Renzikowski* (Fn. 34), S. 89 f.; *ders*. (Fn. 17), S. 505; *Haas* (Fn. 34), S. 26; *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (14).

[130] Konsequent mit einem Grundgedanken der Gefährlichkeitstheorien, und zwar mit der Ablehnung von Anstiftung im Fall einer gesteigerten Erfolgswahrscheinlichkeit der Handlung des Hintermannes, plädiert *F.-C. Schroeder*, JR 1995, 177 (179), in der Tat für eine Erweiterung der mittelbaren Täterschaft über die Konstellation der Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen um die Fälle der Ausnutzung von einem „Bravo", also „dem gegen Bezahlung zum Mord bereiten Killer". Wenn *Roxin* in der Festschrift für *F.-C. Schroeder* schreibt: „Tatherrschaft ist ein Kriterium, das zwar, wie fast alle Rechtsbegriffe, an seinen Grenzen normativ festgelegt werden, in seinem Kernbereich aber auf einer Faktengrundlage ruhen muss. Diese besteht, wie *Schroeder* und ich bei allen sonstigen Differenzen von Anfang an übereinstimmend festgestellt haben, in einer Beherrschung des Erfolgseintritts […]" (*Roxin* [Fn. 2 – FS Schroeder], S. 398 f.), ist schwer von der Hand zu weisen, dass *Roxins* Ausführungen – konsequent zu Ende gedacht – *auch* zur Annahme einer mittelbaren Täterschaft durch die „Ausnutzung" von einem „Bravo" führen müssen. Ähnlich wie hier bereits *Herzberg* (Fn. 38), S. 59; ihm zustimmend *Hoyer*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 379 (386).

[131] Dieses Problem jeder auf die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung abstellenden Theorie, nämlich, dass aufgrund der erhöhten Erfolgswahrscheinlichkeit der Handlung eines Hintermannes mittelbare Täterschaft anzunehmen wäre, selbst wenn die tradierten Voraussetzungen der Manifestationen dieser Beteiligungsfigur nicht vorliegen, ist die Folge davon, „daß die Grenzen zwischen den Beteiligungsformen nicht mit denen zwischen verschiedenen Graden der Erfolgswahrscheinlichkeit identisch sind" (*Stein* [Fn. 98], S. 182).

des Täters im Gesamtgeschehen“ ableiten will,[132] wird das Vorliegen dieser Beteiligungsfigur in den Fällen, in denen von einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Erfolgsherbeiführung nicht die Rede sein kann, in Frage gestellt. So wäre nach den Prämissen der Erfolgsherrschaft eine mittelbare Täterschaft auszuschließen, selbst wenn der Vordermann etwa in einer Nötigungsnotstandssituation handelt, sofern die Erfolgsherbeiführung eher als ganz unwahrscheinlich erscheint. Trotz der Existenz der auch von *Roxin* anerkannten Voraussetzungen dieser Form der mittelbaren Täterschaft[133] wäre es mit dem Kriterium der Erfolgsherrschaft nur konsequent, aufgrund der geringeren Erfolgssicherheit insoweit Anstiftung anzunehmen.

[132] Siehe *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11).
[133] Siehe *Roxin* (Fn. 11 – AT II) § 25 Rn. 47 ff.