Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

I. Einführung

Vor wenigen Monaten ist der ehemalige Präsident Perus Alberto Fujimori vom Obersten Strafgerichtshof Perus als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in einem organisatorischen Machtapparat verurteilt worden.¹ Damit findet eine Entwicklung ihren vorläufigen Höhepunkt, den auch der spiritus rector dieser Rechtsfigur, *Claus Roxin*, so nicht vorhersehen konnte.² Entwickelt in der Strafrechtswissenschaft zu Beginn der 1960er Jahre, vom deutschen Bundesgerichtshof 30 Jahre später in eigener Manier in das Licht der Rechtswirklichkeit gestellt, von Teilen der deutschen Literatur zum Teil heftig und bis heute bekämpft, während ihr Siegeszug im ausländischen Schrifttum schon nicht mehr aufzuhalten war, hat nun also erneut ein ausländisches Oberstes Strafgericht der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft die Absolution erteilt. Fujimori, so die deutliche Aussage des Gerichts, ist auch juristisch Täter der und nicht nur Teilnehmer an von ihm politisch zu verantwortenden Straftaten, zu denen auch Mord und Totschlag gehören.

Es soll im Folgenden nicht darum gehen, die bereits andernorts³ geäußerten Bedenken an der dogmatischen Tragfähigkeit der Rechtsfigur zu erneuern. In der vorliegenden Sonderausgabe der ZIS 11/2009, die vollständig der Entscheidung des Obersten Strafgerichtshofes gewidmet ist, soll das Feld mit Beiträgen von *Claus Roxin*⁴, *Friedrich-Christian Schroeder*⁵, *Günther Jakobs*⁶ und *Rolf Dietrich Herzberg*⁷ vier der prominentesten inländischen Protagonisten der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion sowie mit *Caro*⁸, *Garcia*⁹, *Meini*¹⁰, *Pariona*¹¹ und *van der Wilt*¹² fünf profilierten ausländischen Kollegen überlassen werden, für deren spontane Bereitschaft zur Beteiligung ich auch an dieser Stelle nochmals herzlich danken möchte. Dank geht auch an *Kai Ambos*, ohne dessen unermüdlichen Einsatz im internationalen Sektor dieser Zeitschrift diese Sonderausgabe so nicht entstanden wäre und der zunächst einen instruktiven Überblick über die politischen und rechtlichen Hintergründe des Urteils gibt.¹³

An dieser Stelle soll es nur darum gehen, die Entwicklung der Organisationsherrschaft von ihrer literarischen Geburts-

stunde bis hin zum Fujimori-Urteil in einem knappen Überblick zusammenzufassen. Dabei beschränke ich mich auf die wesentlichen Entwicklungsstadien einer nun auch schon nahezu 50 Jahre währenden Diskussion in Literatur und Rechtsprechung. Denn die Geburt der Rechtsfigur liegt sage und schreibe bereits 46 Jahre zurück.

II. Ein halbes Jahrhundert mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

1. Das Geburtsjahr der Organisationsherrschaft – die grundlegende Abfassung *Roxins* in GA 1963, 193

Der zwischen dem 11. April und 15. Dezember 1961 vor dem Jerusalemer Bezirksgericht durchgeführte Prozess gegen den Obersturmbannführer Adolf Eichmann war für *Claus Roxin* das Anwendungsbeispiel schlechthin für die von ihm entwickelte mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft.¹⁴ Es sei „die Struktur des unbekümmert um den Ausfall des einzelnen weiterarbeitenden Apparates, die das Verhalten der Hintermänner von der Anstiftung abhebt und zur Täterschaft macht.“¹⁵ Für *Roxin* war die Etablierung der Organisationsherrschaft also seit jeher eine Frage der Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung, die für ihn nur zugunsten der Täterschaft entschieden werden konnte. Der Verlust an Tatnähe des Beteiligten werde durch „das nach den leitenden Stellen des Apparates hin immer zunehmende Maß an organisatorischer Herrschaft kompensiert.“¹⁶ Das Bestreben, die „Hanswurst“¹⁷ Eichmann, gleichwohl der „größte Verbrecher jener Zeit“¹⁸, als „Schreibtischtäter“¹⁹ bestrafen zu können, war damit schon in ihrem Ursprung seiner politischen Verantwortlichkeit geschuldet.

Tatherrschaftsbegründendes Element ist nach *Roxin* die „Fungibilität“ des Ausführenden. Dem Hintermann steht zur Tatbegehung ein Apparat zur Verfügung, der unabhängig von seinen Mitgliedern – „gleichsam automatisch“ – funktioniert. Auf die individuelle Person des die Tat unmittelbar Ausführenden kommt es nicht an, er ist jederzeit ersetzbar, eben „fungibel“.²⁰ Weitere Voraussetzung war zunächst außerdem, dass der Apparat, dessen der Hintermann sich zur Tatbegehung bedient, außerhalb der Rechtsordnung stehen, „rechtsgelöst“ sein müsse.²¹

¹ Zu den Einzelheiten sowie den politischen und rechtlichen Hintergründen vgl. ausführlich *Ambos*, ZIS 2009, 552.

² Vgl. *Roxin*, JZ 1995, 49.

³ Zuletzt in *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 316 ff., 372 ff., jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴ *Roxin*, ZIS 2009, 565.

⁵ *Schroeder*, ZIS 2009, 569.

⁶ *Jakobs*, ZIS 2009, 572.

⁷ *Herzberg*, ZIS 2009, 576.

⁸ *Caro*, ZIS 2009, 581.

⁹ *Garcia*, ZIS 2009, 596.

¹⁰ *Meini*, ZIS 2009, 603.

¹¹ *Pariona*, ZIS 2009, 609.

¹² *van der Wilt*, ZIS 2009, 615.

¹³ Siehe bereits Fn. 1.

¹⁴ *Roxin*, GA 1963, 193 (201 f.). Es handelt sich um die schriftliche Fassung seiner Hamburger Antrittsvorlesung im Februar 1963.

¹⁵ *Roxin*, GA 1963, 201 f.

¹⁶ *Roxin*, GA 1963, 202.

¹⁷ *Hannah Arendt*, Eichmann in Jerusalem, 4. Aufl. 2009, S. 132.

¹⁸ *Hannah Arendt* (Fn. 17), S. 57.

¹⁹ *Roxin*, JZ 1995, 49.

²⁰ *Roxin*, GA 1963, 200. Vgl. auch *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (522).

²¹ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 249 ff.

2. Die Dissertation Schroeders aus dem Jahr 1965

Friedrich-Christian Schroeder hatte sich in seiner Dissertation aus dem Jahre 1965 unter Zugrundelegung des berühmten Dohna-Falles²² ebenfalls mit dem Täter hinter dem Täter beschäftigt, hielt aber nicht das Merkmal der „Fungibilität“, sondern dasjenige des „bedingten Tatentschlusses“ für tatherrschaftsbegründend.²³ Zwar stellte auch Schroeder auf den automatischen, regelhaften Ablauf des Geschehens ab. Das konstituierende Element dieser Regelhaftigkeit erblickte er aber entgegen Roxin nicht in der beliebigen Auswechselbarkeit der unmittelbar Handelnden, sondern in deren unabhängig von einer Einflussnahme des in Frage stehenden Hintermannes bereits bestehender Tatentschlossenheit. Entscheidend war für ihn damit das Fehlen von der Tatausführung entgegenstehenden Hemmungskräften beim Tatausführenden.²⁴

3. Die Grundsatzentscheidung des BGH in seinem Urteil vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94 = BGHSt 40, 218

In seiner berühmten Entscheidung zur Strafbarkeit der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR nimmt der 5. Senat – gegen die Vorinstanz²⁵ und entgegen der Ansicht der Revision der Staatsanwaltschaft²⁶ – mittelbare Täterschaft an. Dabei stellt er zwar – wie Roxin und Schroeder – auf das Auslösen regelhafter Abläufe ab.²⁷ Freilich hatte der BGH durch einen wenig systematischen Rückgriff sowohl auf Roxins Fungibilitäts-²⁸ wie auch auf Schroeders Tatentschlossenheitskriterium²⁹ die dogmatische Einordnung der Entscheidung nicht gerade erleichtert.³⁰ Erst eine freimütige Äußerung des an der Entscheidung beteiligten BGH-Richters Armin Nack hat insoweit Klarheit gebracht, wird in ihr doch ausdrücklich eingeräumt, dass es dem BGH zuvörderst um die Möglichkeit gegangen war, den Chef eines Wirtschaftsunternehmens für von ihm veranlasste Straftaten als (mittelbaren) Täter bestrafen zu können, und zwar unabhängig von einer möglicherweise schwierig zu beweisenden Gut- oder Bösgläubigkeit der weisungsgemäß handelnden Unternehmensmitarbeiter.³¹ Auch wenn in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur weiterhin darüber gestritten wird, ob die Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen übertragbar ist, muss festgestellt werden, dass der BGH sie originär zumindest auch gerade für diesen Bereich entwickelt hat. Dementsprechend hat die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft konkurrierende Modelle individueller Verantwort-

lichkeitsbegründung³² in der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes verdrängt; zum Teil wird gar davon gesprochen, der BGH habe eine eigenständige Form mittelbarer Täterschaft entwickelt.³³

4. Die weitere Rechtsprechung des BGH, insbesondere zum Wirtschaftsstrafrecht

Der BGH hat mittlerweile in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen³⁴ seine Konstruktion mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ausgebaut und von den Ansätzen Roxins wie Schroeders wegentwickelt. In der Sache geht es bei ihr um eine mittelbare Täterschaft durch „Schaffung und Ausnutzung“ von durch Organisationsstrukturen geschaffenen „Rahmenbedingungen“.³⁵ Diese Rechtsprechung zeichnet sich durch eine im Vergleich zu den unterschiedlichen literarischen Ansätzen deutlich größere Flexibilität aus, da sie nicht einseitig auf die Fungibilität oder die Tatentschlossenheit abstellt, sondern in der Lage ist, die auch von ihr insoweit für entscheidend gehaltene Tatherrschaft durch stets neue, aus den Besonderheiten des Einzelfalles herausdestillierte Umstände auszufüllen.

5. Literarische Gegenstimmen in Deutschland

In der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Literatur sind – neben breiter Zustimmung³⁶ – unter den zahlreichen Kritikern der Rechtsfigur zwei Grundströmungen erkennbar. Einige lehnen die Konstruktion aus dogmatischen Gründen insgesamt ab,³⁷ während andere die Rechtsfigur zwar grundsätzlich für tragfähig halten, sich aber gegen ihre Übertragbarkeit auf Wirtschaftsunternehmen wenden.³⁸ Zum Teil wird Mittäterschaft³⁹, zum Teil Anstiftung⁴⁰ für einschlägig gehalten.

6. Die Rezeption im Ausland und im Völkerstrafrecht

In der ausländischen Rechtsprechung wurde die Organisationsherrschaft im Sinne Roxins schneller rezipiert als in Deutschland. Während in Deutschland ihre Anwendung insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht eine große Rolle spielt und sicher auch in Zukunft spielen wird, erstreckt sich ihr Anwendungsbereich im Ausland primär auf die Bewältigung

²² Siehe hierzu Rotsch, ZStW 112 (2000), 523 in Fn. 31.

²³ Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 152.

²⁴ Schroeder (Fn. 23), S. 222.

²⁵ Das Landgericht hatte die Angeklagten wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag verurteilt, vgl. BGHSt 40, 219.

²⁶ Die Staatsanwaltschaft vertrat mit der Sachrüge die Auffassung, die Angeklagten hätten in Mittäterschaft (mit den Grenzsoldaten) gehandelt, vgl. BGHSt 40, 230.

²⁷ BGHSt 40, 236.

²⁸ BGHSt 40, 234.

²⁹ BGHSt 40, 236.

³⁰ Vgl. Roxin, JZ 1995, 49 einerseits, Schroeder, JR 1995, 179 andererseits. Zum Ganzen Rotsch (Fn. 3), S. 373 ff.

³¹ Nack, GA 2006, 342 (343 f.).

³² Vgl. BGHSt 37, 106.

³³ Rotsch (Fn. 3), S. 376 ff., 384 ff. Vgl. auch ders., ZIS 2008, 1 (3).

³⁴ Zum Überblick vgl. jüngst Rotsch (Fn. 3), S. 376 ff.

³⁵ Vgl. insbes. BGH JR 2004, 245 mit Anm. Rotsch, JR 2004, 248; BGHSt 45, 270 (296 ff.); 48, 331 (342).

³⁶ Vgl. die Nachweise bei Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 25 Rn. 108.

³⁷ Vgl. zunächst Rotsch, ZStW 112 (2000), 512; ders. (Fn. 3), S. 316 ff. m.w.N.

³⁸ Hierzu gehört auch Roxin selbst, vgl. ders. (Fn. 36), § 25 Rn. 129 ff. m.w.N.

³⁹ Vgl. etwa Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/103; ders., NSTZ 1995, 26.

⁴⁰ Herzberg, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33; Rotsch, NSTZ 1998, 491; ders., ZStW 112 (2000), 518.

von im Rahmen staatlicher Unrechtssysteme begangenen Straftaten. So stellen bereits zwei Entscheidungen des argentinischen Berufungsgerichts bzw. des obersten Gerichtshofs aus den Jahren 1985 und 1986 im Zusammenhang mit der Aburteilung der argentinischen Militärjunta auf das Kriterium der Fungibilität ab.⁴¹ Auch ins ausländische Schrifttum und die Rechtsprechung des IStGH in Den Haag hat die Konstruktion Eingang gefunden.⁴²

7. Die Modifikation seiner ursprünglichen Auffassung durch Roxin im Jahr 2006

In Deutschland hat unterdessen eine erstaunliche Annäherung der beiden prominentesten literarischen Ansätze zur Begründung mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft stattgefunden. In der Festschrift für *Friedrich-Christian Schroeder* hatte *Roxin* nunmehr das von *Schroeder* seit jeher (allein) für entscheidungserheblich gehaltene Kriterium der Tatbereitschaft neben die Kriterien der Fungibilität und der Rechtsgelöstheit gestellt.⁴³ Derjenige, der in einem rechtsgelösten organisatorischen Machtapparat den letzten tatbestandserfüllenden Akt vollziehe, sei – anders als ein auf sich selbst gestellter Einzeltäter – zahlreichen organisationspezifischen Einflüssen unterworfen, die zwar seine Verantwortlichkeit keineswegs ausschließen, die ihn aber doch „tatbereiter“ machten als andere potentielle Delinquenten und die insgesamt gesehen die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Anweisung erhöhten und zur Tatherrschaft der Hintermänner beitrügen.⁴⁴

Es ist wenig erstaunlich, dass *Schroeder* selbst sich mit dieser Annäherung *Roxins* nicht zufrieden gibt.⁴⁵ Denn tatsächlich wird man einräumen müssen, dass einerseits *Roxin* sich damit von seinem originär organisationstheoretischen Ansatz entfernt hat,⁴⁶ andererseits und umgekehrt *Schroeders* Idee von der Ausnutzung bereits bestehender Tatentschlossenheit kein typisch organisationsbedingtes Merkmal darstellt. Die Sympathie des BGH für die mittelbare Täterschaft hinter dem Täter im Sinne *Schroeders* erklärt sich nicht zuletzt aus der gegenüber *Roxins* ursprünglich organisationsverhaftetem Ansatz wesentlich weitergehendem Konstrukt. Denn nicht umsonst stammt der von *Schroeder* für seine Auffassung ursprünglich zitierte Dohna-Fall⁴⁷ gerade nicht aus dem Dunstkreis kollektiver Makrokriminalität, sondern hat als ein klassisches Beispiel professoraler Lehrbuchdidaktik traditionelles mikrokriminelles Verhalten zum Gegenstand.⁴⁸

⁴¹ Vgl. hierzu *Ambos*, GA 1998, 238 f.

⁴² Siehe hierzu die Nachweise bei *Ambos*, ZIS 2009, 564 in Fn. 125 sowie bei *Schroeder*, ZIS 2009, 571 unter III.

⁴³ *Roxin*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387 (397 f.) = *ders.*, ZIS 2006, 293 (298 f.).

⁴⁴ *Roxin*, ZIS 2006, 298.

⁴⁵ *Schroeder*, ZIS 2009, 570.

⁴⁶ *Rotsch*, ZIS 2008, 3.

⁴⁷ Vgl. oben Fn. 22.

⁴⁸ So bereits *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (261).

8. Die Verurteilung Alberto Fujimoris durch den Obersten Strafgerichtshof Perus am 7.4.2009

Vor diesem Hintergrund ist nunmehr mit dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofes Perus eine Entscheidung von höchster politischer und rechtlicher Brisanz ergangen.⁴⁹ Eine tiefeschürfende Analyse soll hier unterbleiben.⁵⁰ Freilich wird man feststellen können, dass es unter strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten die bislang eindrucksvollste Anerkennung der – modifizierten – Ansicht *Roxins* zur Organisationsherrschaft darstellt, indem es neben das originäre Fungibilitätskriterium⁵¹ dasjenige der von *Schroeder* für konstitutiv gehaltenen Tatentschlossenheit stellt.⁵²

Die Entscheidung zeigt darüber hinaus deutlich, dass es ganz offensichtlich ein nicht spezifisch deutsches Bedürfnis darstellt, politische Entscheidungsträger nicht lediglich als Teilnehmer, sondern vielmehr als Täter zu bestrafen. Diese Strafbarkeit Fujimoris als mittelbarer Täter haben die Richter in einer Ausführlichkeit und in einer wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Auseinandersetzung mit dem nationalen wie internationalen Schrifttum begründet, wie man sie sich vom deutschen Bundesgerichtshof kaum mehr zu erhoffen wagt.⁵³

III. Fazit

Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft hat einen weiteren „Sprung aus der Theorie in die Praxis“⁵⁴ getan und sich somit wohl endgültig als praxistaugliches Instrument täterschaftlicher Verantwortlichkeitszuschreibung etabliert. Geht man einmal davon aus, dass der deutsche Bundesgerichtshof die Rechtsfigur weiterhin zur Begründung individueller Strafbarkeit in Wirtschaftsunternehmen heranziehen, im ausländischen und im Völkerstrafrecht hingegen die Bewältigung makrokrimineller, also „staatsverstärkter“ Kriminalität⁵⁵ im Mittelpunkt stehen wird, so erwächst die Konstruktion der Organisationsherrschaft zu einem schlagkräftigen Werkzeug der Bekämpfung moderner Kriminalitätsphänomene. Dass dieses Werkzeug auch dogmatisch überzeugt, ist damit nicht gesagt.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Republica del Peru (CSJ), Sala Penal Especial, Exp. No. AV 19-2001 v. 7.4.2009 = ZIS 2009, 622 ff. Ausführlich zu den Hintergründen *Ambos*, ZIS 2009, 552.

⁵⁰ Vgl. dazu eingehend die in Fn. 4-12 genannten Beiträge.

⁵¹ Die Fungibilität wird erstaunlicherweise als subjektive (!) Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft bezeichnet, vgl. CSJ (Fn. 49), Rn. 737 = ZIS 2009, 643.

⁵² CSJ (Fn. 49), Rn. 737 ff. (739 ff.) = ZIS 2009, 643 ff. (646 ff.).

⁵³ Der hier interessierende Abschnitt des Urteils findet sich im Original und in der deutschen Übersetzung im Anhang der ZIS-Ausgabe 11/2009 (S. 622 ff.; 658 ff.).

⁵⁴ Vgl. den Titel der Besprechung von BGHSt 40, 218 durch *Schroeder* in JR 1995, 177.

⁵⁵ *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.