

Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs, Bonn

I. Fujimori als organisierender Jedermann

1. Organisation durch einen Machtapparat

Das Hohe Gericht konzentriert seine Ausführungen zur Täterschaft Fujimoris auf dessen Beiträge als (Mit-)Organisator der Verbrechen und kommt deshalb nicht an dem intrikaten Problem vorbei, wann eine im *Vorfeld* eines Verbrechens agierende Person als dessen *Täter* behandelt werden kann und muss. Das Gericht folgt der Lehre *Roxins*, wonach auch derjenige Täter, und zwar mittelbarer Täter, ist, der seinerseits einen rechtsgelösten Machtapparat beherrscht, von dessen Mitgliedern der Tatbestand des Verbrechens verwirklicht wird. Es besteht kein Grund, das Gericht wegen dieser Ausführungen zu schelten: Ist diese Lehre doch vor mittlerweile mehr als 45 Jahren entwickelt¹ und seitdem nicht nur intensiv diskutiert², sondern auch in einer zur strafrechtlichen Haftung politischer Spitzen grundlegenden Entscheidung vom Bundesgerichtshof rezipiert worden,³ mit anderen Worten, sie ist einigermaßen sturmerprobt! Das Gericht bewegt sich also auf deutlich vorgezeichneten und auch in seinem Land bekannten Bahnen,⁴ was bei der anstehenden *Cause célèbre* eine allemal angemessene Vorgehensweise sein dürfte: Die dogmatische Einkleidung wird nicht *ad hoc* für Fujimori zurechtgeschneidert, vielmehr steckt das Gericht ihn in die Konfektionsware, die bereits von den Organisatoren nationalsozialistischer und kommunistischer Gewalttaten zu tragen war.

Freilich passten die Kleider bereits den verbrecherischen Vorläufern Fujimoris, die mit ihren Namen zu nennen ein unerträglicher Ekel hindert, nicht sonderlich gut; denn diese Verbrecher beherrschten keine Werkzeuge in Menschengestalt, sondern arbeiteten mit zwar korrupten, aber verantwortlichen Personen zusammen – so korrupt, wie sie es selbst waren, und allenfalls *quantitativ* weniger verantwortlich. Auch Fujimori herrschte nicht über verantwortungslos Agierende, über Werkzeuge, sondern machte sich mit verantwortlichen Verbrechern gemein, so wie diese sich mit ihm als einem verantwortlichen Verbrecher gemein machten. Es handelt sich bei Fujimori und den vergleichbaren Gestalten, was ihre Organisationen angeht, um *intellektuelle Urheber*, wie sie ehemals in der Dogmatik bestens bekannt waren,⁵ moderner gesprochen, um weit vor der Tatbestandsverwirkli-

chung agierende täterschaftlich, genauer: mittäterschaftlich oder doch zumindest tätergleich als Anstifter Beteiligte.

Roxin sieht in den Organisatoren der Verbrechen *mehr* als bloße intellektuelle Urheber, auch *mehr* als *irgendwie* übergeordnete Urheber, vielmehr Beherrscher „rechtsgelöste[r] Apparate“,⁶ und gründet darauf seine Annahme einer mittelbaren Täterschaft. Folgender Gedankengang verleiht der Lösung *prima facie* Plausibilität: Auch in (rechtlich oder faktisch) hierarchisch gegliederten Organisationen kann die Anordnung von Verbrechen (rechtlich oder faktisch) untergebener Organisationsangehöriger zu akzessorischer Beteiligung führen; wenn aber eine Gegenwelt zur rechtlich verfassten Welt einigermaßen stabil etabliert worden ist, so dass es – psychologisierend gesehen – auf die Rechtlichkeit des Angeordneten für den Ausführenden überhaupt nicht mehr ankommt, wird die faktische Hemmungslosigkeit des Ausführenden zum funktionalen Äquivalent für den Zurechnungsdefekt eines Werkzeugs:⁷ Rechtswidriges wird leichthin ausgeführt, als sei es rechtmäßig. Diese Äquivalenz ist, stellt man allein auf die faktische Lage ab, nicht zu bezweifeln, aber eben auch nur bei *dieser* Sicht: *Faktisch* kann stets eine Person, die tatbereit gestimmt werden kann, den Weg über das Werkzeug einer mittelbaren Täterschaft ersetzen,⁸ aber dieser psychologisierend bestimmten Lage fehlt *per se* die rechtliche Bedeutung; denn rechtliche Tatmacht setzt zwar faktischen Einfluss voraus, spiegelt diesen aber nicht nur wider, sondern stellt auf die *Verantwortung* für die Machtlage ab.⁹

⁶ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (Fn. 1), S. 249 ff. – Dazu kritisch *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, S. 22 f.; *Ambos*, GA 1998, 226 (241).

⁷ Zu *Roxins* weiterer Anknüpfung an die Austauschbarkeit der Ausführenden (wie Fn. 6) siehe *Jakobs*, NStZ 1995, 26.

⁸ Und wer bereits tatbereit gestimmt ist, soll deshalb nach *Schroeder* (Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 143 ff.) einen weiteren Täter „hinter“ sich zulassen. – Zutreffend gegen die Dominanz des Faktischen *Herzberg*, in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33 (S. 45 ff., 47 f.).

⁹ *Ambos/Grammer*, in: Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch für juristische Zeitgeschichte, Bd. 4 (2002/3), 2003, S. 529 ff., 534, erkennen, dass die faktische Dynamik nicht allein maßgeblich sein kann, und wollen sie durch eine „verantwortungsorientierte Grundwertung“ der Berücksichtigung „der Höhe der Befehlsstufe“ „normativ korrigier[en]“. Diese Ansicht wechselt treffend vom *faktischen* Maß der Beeinflussbarkeit Untergebener zum *rechtlichen* Maß der Zuständigkeit Vorgesetzter. Damit wird freilich der Tatherrschaftsgedanke zugunsten der Berücksichtigung des *rechtlichen* Status verlassen (statt um ein Organisations- oder Herrschaftsdelikt geht es um ein Pflichtdelikt, dazu unten II.). – Eine *faktisch* „hohe“ Stellung, etwa die faktische Befehlsmacht eines anerkannten Pop-Stars oder auch eines Bandenchefs ohne *rechtlichen* Status ist irrelevant, da sie *per se* keine Verbindlichkeit für das Verhalten der faktisch Gehorsamen begründet. Mit

¹ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Auflage 1963, S. 242 ff.; *ders.*, GA 1963, 193.

² Eingehende Nachweise bei *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 105 ff.

³ BGHSt 40, 232 (236 ff.).

⁴ Siehe die Angaben im Urteil Nr. 720 ff.

⁵ Siehe nur *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Auflage 1832, §§ 44, 113; *Berner*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847 (Nachdruck 1996), S. 269 ff.; dazu *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert, 2006, S. 125 ff. und allgemein zur intellektuellen Urheberschaft passim.

Die in einem organisatorischen Machtapparat Ausführenden sind, weil sie ihrerseits verantwortlich handeln, eben keine Werkzeuge, und demgemäß ist der Anordnende kein mittelbarer Täter, weil er – wie ein sonst Beteiligter – wegen der Verantwortlichkeit der Ausführenden nicht rechtlich „durchgreifen“ (über die Verwirklichung des Tatbestands als letzter verantwortlich entscheiden) kann.

2. Gemeinsame Organisation

Mit der Ablehnung mittelbarer Täterschaft ist freilich Mittäterschaft nicht schon begründet, und gegen diese wird einiges vorgebracht, hauptsächlich, es fehle dem intellektuellen Urheber die Herrschaft über die Tatausführung (über die Tatbestandsverwirklichung). Schaut man sich diese Ausführungsherrschaft genauer an, so ist es allerdings auch in klaren Fällen der Mittäterschaft um sie nicht sonderlich gut bestellt: In der Regel liegt sie vollumfänglich beim Kollektiv der Ausführenden und beim einzelnen Mittäter nur zu einem Bruchteil. Da jeder Mittäter aber nicht nur für einen Bruchteil einzustehen hat, sondern für die ganze Ausführung, muss ihm das nicht eigenhändig Verwirklichte dergestalt zugerechnet werden, dass sein Teilbeitrag ihn für das *Gesamtwerk* mit zuständig macht: Es geht um Akzessorietät, nicht anders als bei der Teilnahme, und damit wird die ganze „Abgrenzerei“ von Täterschaft und Teilnahme zu einer Unterteilung von Quantitäten.¹⁰ Wenn aber um Akzessorietät nicht herumzukommen ist, fehlt jeder Grund, die Mitwirkung speziell bei der Tatbestandsverwirklichung herauszustreichen; Mittäterschaft kann dann vielmehr auch völlig akzessorisch begründet werden, mit anderen Worten, der intellektuelle Urheber kann zum Mittäter der physischen Urheber werden, und zwar keineswegs nur bei der Benutzung organisatorischer Machtapparate!

Man sollte auch nicht übersehen, dass der akzessorisch Beteiligte in der Ausführung weiterwirkt, wenn auch nicht durch eigene Hand: Er hat, wenn er überhaupt beteiligt ist, die Gestalt der Ausführung mehr oder weniger stark präformiert, und die Ausführenden führen, indem sie sich darauf einlassen, nicht nur für sich, sondern auch für akzessorisch Beteiligte aus.¹¹ Benutzt der Ausführende präformierte Muster, so trägt – bei guten wie bei bösen Werken – die Tat nicht nur *seine* „Handschrift“, sondern eben auch diejenige des Musterproduzenten. Das heißt nicht, der Ausführende habe nicht für die ganze Tat einzustehen: Die Aktivierung des Musters ist *sein* Werk, aber ein aktivierbares Muster geliefert zu haben, ist das Werk des Beteiligten.

Weiterhin wird in Fällen der hier anstehenden Art, also unter anderem im Fall Fujimori, gegen eine Mittäterschafts-

anderen Worten, ob und was eine wirklich *rechtsgelöste* Organisation an Zurechnung präformiert, entscheidet das *Recht*, nicht aber die Logik rechtsgelöster Organisationen.

¹⁰ Tendenziell schon *Feuerbach* (Fn. 5), §§ 113 ff. – Was soll auch sonst gesucht werden, wenn nicht Unrechtsmengen als Basis für Schuldungen als Basis für Strafmengen?

¹¹ *Jakobs*, in: *Dölling* u.a. (Hrsg.), *Jus humanum*, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 561 (S. 566 ff.).

lösung vorgebracht, es fehle an einem gemeinsamen Tatentschluss.¹² Nun ist keineswegs ausgemacht, die Sequenz „X soll von einem Untergebenen getötet werden“ hin zu „X wird weisungsgemäß getötet“ reiche als gemeinsamer Tatentschluss nicht hin: Es geht ja nicht um Herzeseinigkeit, sondern um Arbeitsteilung! Diese kann sogar rein objektiv stattfinden, ohne dass der Geförderte weiß, ob und gegebenenfalls durch wen er gefördert wird. Beispielhaft, wenn während der Tatausführung oder vor dieser (!) jemand dafür sorgt, dass das Opfer am Tatort bleibt, was freilich der zuletzt Agierende überhaupt nicht als Leistung einer anderen Person registriert, vielmehr für eine „glückliche“ Fügung der Natur hält, so beteiligt sich der Besorgende – eventuell, bei hinreichender Quantität seiner Sorge, sogar mittäterschaftlich – nicht weniger als beim Hinzutritt einer entsprechenden Verabredung. Es kommt einzig darauf an, welche soziale Bedeutung ein Beitrag hat, und diese Bedeutung kann auch ohne gemeinsamen Tatentschluss lauten, die Ausführung möge unternommen werden und gelingen.¹³ Welches Geschäft die Schergen Fujimoris bei ihrem Ausführungsverhalten zu führen meinten, ist also gleichgültig, soweit nur Fujimoris Beitrag der Sinn beizulegen ist, es möge zum Ausführungsverhalten kommen.

3. Zwischenergebnis

Wer einen Beitrag mit dem objektiven Sinn leistet, er möge deliktisch fortgeführt werden, beteiligt sich an dieser Fortführung, und wer an einen solchen Beitrag anknüpft (an das Muster oder Teilmuster einer Verbrechensgestalt), führt den Beitrag fort, auch wenn er ihn als natürlich zustande gekommen einschätzen sollte. Das benennt freilich nur die Extreme: Im Fall Fujimori war diesem schon klar, dass verantwortliche Personen an seinen Befehl anknüpfen würden, und den Exekutierenden war nicht minder klar, dass ein Vorgesetzter ihr Tun befohlen hatte, und beides zusammen lässt sich, wie zuvor ausgeführt wurde, noch als gemeinsamer Tatentschluss deuten (der freilich nicht zwingend erforderlich ist).

Die skizzierte Lösung – Fujimori als Mittäter seiner Schergen und im aktuellen Fall vice versa – bietet den gewaltigen Vorteil, die rechtliche Gleichheit der Beteiligten bei ihren Organisationen herauszustellen und nicht bei der Dynamik des Faktischen stehen zu bleiben. Die „auswechselbaren Rädchen“ im „organisatorischen Machtapparat“ sind rechtlich gesehen verantwortliche Personen, die sich mit

¹² *Roxin* (Fn. 2), § 25 Rn. 121.

¹³ Dazu *Derksen*, GA 1993, 163; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 – Meine Reduktion des gemeinsamen Tatentschlusses auf einen Einpassungsentschluss (*Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/41 ff.) weist in die richtige Richtung, bewegt sich aber nicht weit genug: Beteiligung ist ein Bereich der objektiven Zurechnung als der Lehre vom unerlaubten Verhalten. – Dass sich durch objektive Zurechnung keine Gemeinsamkeit herstellen lasse, „wie (sie) ... das Gesetz verlangt“ (*Roxin*, in: *Samson* u.a. [Hrsg.], Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 549 ff. (S. 553); *Ambos/Grammer* [Fn. 9], S. 533), geht von der nicht begründbaren Annahme aus, das Gesetz stelle auf Subjektivismen ab.

Fujimori objektiv gemein machten, so wie es dieser mit ihnen hielt.¹⁴ Die Großen sind groß nicht ohne die Kleinen – die Rede von der mittelbaren Täterschaft durch Benutzung eines organisatorischen Machtapparates verschleiert dieses *objektive* gegenseitige Angewiesensein bei Organisationsdelikten.

II. Fujimori als Amtsträger

Fujimori war nicht nur und nicht einmal hauptsächlich Bandenchef, der mit Bandenmitgliedern Verbrechen *organisierte*, sondern er besaß – im Gegensatz zu einer rechtsextern und in diesem Sinne privat begründeten Hierarchie – einen besonderen *rechtlichen* Status: Er war Staats- und Regierungschef (sowie Oberbefehlshaber der Streitkräfte) und in diesen Stellungen als Garant verpflichtet, für umfassende Rechtllichkeit aller Staatshandlungen zu sorgen (was er mutmaßlich bei seiner Inauguration auch gelobt hatte). Wenn Fujimori die in Rede stehenden Taten nicht mit organisiert, aber sehr wohl wissend geduldet hätte, so hätte er schon dadurch die Pflichten seines Amtes verletzt¹⁵ und zwar – die Pflichten trafen ihn höchstpersönlich – mangels irgendeiner Möglichkeit gleichwertiger Beteiligung anderer an *dieser* Pflichtverletzung *täterschaftlich*.

Nun hat Fujimori mehr getan, als die Taten „nur“ geduldet; er hat diese auch noch mit organisiert, und diese Organisation ist in dem vom Amt bestrichenen Bereich für den Amtsträger ein Amtshandeln, keine Privatsache. Man darf sich also nicht vorstellen, zur Privatperson „Fujimori“, wie sie zuvor (unter I.) behandelt wurde („rechtsgelöste Machtapparate“ können schließlich keine *rechtlichen* Ämter generieren), trete nunmehr ergänzend die Amtsperson, vielmehr ist es die Amtsperson, die dem gesamten Geschehen das rechtliche Gepräge gibt und dem Organisieren seine rechtliche Selbstständigkeit raubt, indem sie dieses als Bestandteil in das Amtshandeln aufnimmt. – Das Organisieren verliert so seine Eigenständigkeit (wie das Recht an einem wesentlicher Bestandteil einer Sache dem Recht an der Sache folgt, § 93 BGB): Der Status Fujimoris lässt Organisieren einzig als Amtshandeln zu.¹⁶ Das entspricht dem neueren Verständnis, wonach Amtsträgerschaft eine Privattat nicht additiv qualifi-

¹⁴ Die Verantwortlichkeit oder Nicht-Verantwortlichkeit werden in BGHSt 43, 219 (232) mittels einer nicht näher begründeten „wertenden Betrachtung“ gleichgeschaltet (um eine *rechtliche* Wertung kann es bei dieser Pauschalierung kaum gegangen sein).

¹⁵ Das Urteil geht darauf ein (Nr. 742 ff.), die Ausführungen bleiben freilich einigermaßen isoliert. Entgegen dem Urteil (Nr. 743) und einer verbreiteten Meinung, wird die Amtspflicht zwar auch, aber nicht nur bei einem Unterlassen verletzt: Dass die *tätige* Zerstörung der Bedingungen eines anvertrauten Wohls auch eine, und zwar die krasseste, Form der Enttäuschung des Vertrauens ist, für das Wohl werde pflichtgemäß gesorgt werden, sollte nicht zweifelhaft sein.

¹⁶ Wenn die rechtlich umfassendere Einheit aus irgendwelchen Gründen als Zurechnungsgegenstand ausscheiden sollte – etwa weil der Amtsinhaber die Amtlichkeit nicht erkennen konnte –, kann der Bestandteil wieder selbstständig gewertet werden, eben als Organisationsdelikt.

ziert (unechtes Amtsdelikt), sondern ganz und gar zur „Amtstat“ wandelt (echtes Amtsdelikt).¹⁷ Dass diese „Amtstat“ im Gesetz (mutmaßlich auch in demjenigen Perus) nicht gesondert formuliert wird, verschlägt nichts; der Gesetzgeber packt in seiner Neigung zur Vereinfachung alle pflichtwidrigen Tötungen unter die §§ 211 ff., 13, 25 ff. StGB, ohne durch dieses Kleben am Phänotyp („es wird getötet“) an der Unterschiedlichkeit der jeweils verletzten Pflichten etwas ändern zu können. Der gemeinsame Nenner heißt „Pflichtverletzung“, aber darunter verbergen sich unterschiedliche normative Welten: die Verletzung von Pflichten, nicht zu schädigen, und von solchen, das Wohl zu besorgen, also die Verletzung negativer sowie positiver Pflichten.

Damit wird nicht etwa ein fremder Gedanke in das Gesetz hineingetragen; positive Pflichten sind von einem Teil der Garantstellungen her (etwa derjenigen der Eltern) längst bekannt, auch die Vorgesetztenhaftung (§ 357 StGB) ist eine ihrer Ausprägungen, und das von *Roxin* entwickelte Pflichtdelikt beruht auf der Besonderheit positiver Pflichten.¹⁸ – Fujimori hat also nicht nur irgendwie verbrecherisch *organisiert* – als Mittäter oder nach anderer Ansicht als mittelbarer Täter durch die Benutzung eines organisatorischen Machtapparates –, sondern er hat *als positiv Verpflichteter*, als Inhaber eines besonderen Status, verbrochen, und das wiegt mehr: Fujimori *ist nicht nur ein kapitaler Fall eines verbrecherischen Jedermann, sondern ein verbrecherischer Staats- und Regierungschef*.

III. Resümee

Was ist überhaupt geleistet, wenn ein Beteiligter als Täter identifiziert worden ist? Zunächst zu den Organisations- oder Herrschaftsdelikten: Täterschaft ist hier strafrechtliche Zuständigkeit ersten (quantitativ höchsten) Grades. Man muss diese Zuständigkeit nicht mit nur einem einzigen *Namen* belegen; vielmehr mag man, wie das geltende Recht, auch eine Anstiftung kennen, die volle Zuständigkeit begründet (§ 26 StGB), oder wie die Dogmatik in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts neben der physischen eine intellektuelle Urheberschaft (die mit einer zutreffend eng verstandenen Anstiftung¹⁹ identisch ist). An dieser quantifizierenden Sicht ändert sich auch dann nichts, wenn man (zutreffend!) darauf beharrt, Unrecht sei nur die *Tatausführung*, diese verstanden als *Tatbestandsverwirklichung*; denn dass diese Ausführung *eigenhändig* zu vollziehen sei, ist damit nicht ausgemacht und lässt sich auch nicht ausmachen, sofern man bereit ist, sich vom Phänotypischen zu lösen, und das heißt hier: vom

¹⁷ So zuerst *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 195 ff., und passim mit umfassender Begründung. – Die Lösung führt bei Beteiligung an der Amtstat zur Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB. Kennt der Beteiligte die Amtseigenschaft nicht, haftet er für Beteiligung am Organisationsdelikt (siehe die vorhergehende Fn.).

¹⁸ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (Fn. 1), S. 352 ff.; *Jakobs* (Fn. 13), 7/60 f., 21/115 ff., und öfter; jetzt grundlegend *Sánchez-Vera* (Fn. 17).

¹⁹ *Jakobs* (Fn. 13), 22/21 f.

Einzel Täterparadigma. Die Ausführung „gehört“ jeder Person, die einen Beitrag geleistet hat, dessen Sinn darin liegt, bis zur Ausführung weitergeleitet zu werden, und der dann auch weitergeleitet wird.

Bei der Verletzung positiver Pflichten, also bei Pflichtdelikten, gelten andere Regeln: Täter ist hier – das Vorliegen sonstiger Täterschaftsvoraussetzungen unterstellt – jeder besonders Verpflichtete, der nicht seinem Status gemäß für das Wohl anderer sorgt, und eine irreversible Pflichtverletzung ist bereits Beginn der Ausführung (Pflichtdelikte kennen für den Pflichtigen keine Akzessorität).

Organisationsdelikte, Herrschaftsdelikte, sind Angriffe gegen den Organisationskreis einer Person von außen, Pflichtdelikte hingegen verfälschen die Binnenstruktur des Wohls einer Person; mit anderen Worten, erstere begehen Personen als an sich von der Person des Opfers getrennte Institutionen (deshalb: Verletzung *negativer* Pflichten [Nicht verletzen!]), letztere als an sich verbundene (deshalb: Verletzung *positiver* Pflichten [Das Wohl besorgen!]). Fujimori hat durch sein Verhalten, sei es (wie hier) ein Tun, sei es ein Unterlassen, diese positive Verbindung zerstört; schon allein *das* macht ihn zum Täter der von ihm initiierten (oder auch nur geduldeten) Verbrechen. Die Rechtsfiguren „Mittäterschaft“ oder „Benutzung eines rechtsgelösten organisatorischen Machtapparates“ sind zur Beurteilung seines Verhaltens nicht erforderlich, mehr noch, lenken von seinen Amtspflichtverletzungen ab, sind also nicht einmal hilfreich.