

§ 4 VStGB und das Verhältnis zu Beteiligungsformen des allgemeinen Strafrechts

Von Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE), Dr. Alena Hartwig-Asteroth, Marie Scheffler, Marburg*

Seit Mai 2011 wird vor dem OLG Stuttgart das erste Strafverfahren nach dem im Jahre 2002 in Kraft getretenen Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) geführt. Den Angeklagten, zwei Führungsmitgliedern der paramilitärischen Organisation FDLR¹, wird vorgeworfen, die Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Milizen der FDLR auf dem Gebiet der Demokratischen Republik Kongo trotz bestehender Möglichkeiten nicht verhindert zu haben. Dabei soll einer der Angeklagten als Präsident der FDLR, der andere als dessen Stellvertreter, von Deutschland aus agiert und die Milizen im Kongo befehligt haben.²

Die Schwierigkeiten, die dabei entstehen, die Rolle der beiden Angeklagten rechtlich einzuordnen, sollen zum Anlass genommen werden, die Beteiligungsformen für Führungskräfte an der Spitze von hierarchisch aufgebauten Machtapparaten, wie sie sich nunmehr in § 4 VStGB, einer speziell völkerstrafrechtlichen Norm zur Vorgesetztenverantwortlichkeit, und den Beteiligungsformen des allgemeinen Strafrechts ausdrücken, näher zu untersuchen.

I. Problemeinführung

Mit dem VStGB ist im Jahre 2002³ eine Reihe neuer Vorschriften in das deutsche Strafrecht eingeführt worden.⁴ Mit der Regelung in § 4 VStGB enthält das Völkerstrafgesetzbuch eine Ausprägung der besonderen Zurechnung, die im Völkerstrafrecht unter dem Begriff der „Vorgesetztenverantwortlichkeit“ firmiert. Um den Besonderheiten im Kontext von Makroverbrechen mit Verantwortlichen auf mehreren hierarchischen Ebenen Rechnung tragen zu können, ermöglicht

das Modell der Vorgesetztenverantwortlichkeit, den Führungspersonlichkeiten die Verbrechen der unmittelbar Handelnden zuzurechnen. § 4 VStGB zielt im Speziellen darauf ab, einen Vorgesetzten für die völkerrechtlichen Straftaten seiner Untergebenen zur Verantwortung zu ziehen, wenn dieser es unterlassen hat, die Verbrechenbegehung zu verhindern. Dabei sind die Voraussetzungen für eine Zurechnung über die Spezialnorm des § 4 VStGB recht eng. So kann die Vorschrift dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn eine militärische oder zivile Führungsposition, und damit die erforderliche Vorgesetztenstellung, im konkreten Fall nicht besteht.

Klärungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang, ob und inwieweit im Kontext völkerrechtlicher Makroverbrechen subsidiär auf die Zurechnungsnormen des allgemeinen Strafrechts zurückgegriffen werden kann, ob also § 4 VStGB eine täterschaftliche Unterlassungsstrafbarkeit wegen der Nichtverhinderung völkerrechtlicher Verbrechen abschließend regelt oder ob nachrangig eine Zurechnung über die §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB erfolgen kann, wenn die besondere Vorgesetztenstellung nicht gegeben ist.

Zur Verdeutlichung dient folgendes

Beispiel: M ist ruandischer Staatsangehöriger und 1. Vizepräsident einer Rebellengruppe, die auf dem Gebiet der Demokratischen Republik Kongo operiert. Diese Rebellengruppe ist streng hierarchisch organisiert; die Milizionäre befolgen in der Regel die von der Spitze gegebenen Befehle und beweisen ein hohes Maß an Disziplin gegenüber ihren Vorgesetzten. Als 1. Vizepräsident hat M keine Befehlsgewalt, sondern agiert hauptsächlich im Hintergrund. Auch faktisch ist er nicht in der Lage, Befehle zu erteilen, da die paramilitärische Organisation autokratisch durch den Präsidenten A geführt wird. Gegenüber A als oberstem Befehlsgeber nimmt M eine beratende Rolle ein. So berät er A in militärischen Angelegenheiten, vor allem auch in Bezug auf mögliche Übergriffe der Milizen auf die kongolesische Zivilbevölkerung. A schätzt M und seine Ratschläge sehr, und befolgt diese regelmäßig. Obwohl sowohl A als auch M bekannt war, dass die Milizionäre auch weiterhin Verbrechen gegenüber der Zivilbevölkerung begehen würden, haben beide nichts unternommen, um diese Übergriffe zu verhindern.

Während A als Befehlsgeber an der Spitze der Organisation „Vorgesetzter“ im Sinne von § 4 Abs. 1 VStGB ist, wird sich eine Vorgesetztenstellung von M als bloßer Berater nicht herleiten lassen können. Dem BGH zufolge gilt als militärischer Befehlshaber nach § 4 Abs. 1 VStGB, „wer die faktisch ausübende, gegebenenfalls auch rechtlich fundierte Möglichkeit hat, Untergebenen verbindliche Anweisungen zu erteilen und die Ausführung dieser Anweisungen durchzusetzen“.⁵

* Der Autor Safferling ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Philipps-Universität Marburg, die Autorin Hartwig-Asteroth ist Mitarbeiterin dieser Professur, die Autorin Scheffler ist Mitarbeiterin an der Professur für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Forces Démocratiques de Libération du Rwanda.

² Eine dritte Person, der angebliche „Pressesprecher“ der FDLR, Callixte Mbarushimana, wurde in Frankreich verhaftet und an den IStGH überstellt. Dort wurde aber kein Verfahren eröffnet, da für eine Zurechnung nach Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut die Vorverfahrenskammer keine ausreichenden Beweise erkennen konnte; vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Confirmation of Charges v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465-Red (Prosecutor v. Callixte Mbarushimana); siehe auch IStGH (Appeals Chamber), v. 30.5.2012 – ICC-01/04-01/10-514 (Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), OA4.

³ Vgl. hierzu: Engelhart, Jura 2004, 734; Krefß, NStZ 2000, 617; Safferling, Annual of German and European Law 1 (2003), 366; Satzger, NStZ 2002, 125; Werle, JZ 2001, 886; Werle/Jessberger, JZ 2002, 725; Zimmermann, NJW 2002, 3068; ders., ZRP 2002, 97.

⁴ Zum zehnjährigen Bestehen des VStGB vgl. Safferling/Kirsch, JA 2012, 481.

⁵ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 36. Safferling, JZ 2010, 965 (967), erachtet die rechtliche Befehlsmacht und

Demgegenüber stützt sich die Einordnung als gleichgestellte Person nach § 4 Abs. 2 VStGB allein auf die faktische Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrollmöglichkeiten. Gerade bei im Hintergrund agierenden Beratern wird es auf deren Stellung und Einflussmöglichkeiten im Einzelfall ankommen. Im oben geschilderten Beispielfall wird M ein solch weitreichender Einfluss nicht zuzuschreiben sein. So stellt sich die Frage, ob und nach welchen Maßstäben ihm die begangenen Verbrechen zugerechnet werden können.

Im übergreifenden Sinne geht es um die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für konkrete einzelne Völkerrechtsverbrechen. Während eine Zurechnung bei aktivem Tun nach dem StGB über die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates erfolgt, enthält das VStGB für täterschaftliches Unterlassen die spezielle Zurechnungsnorm des § 4 VStGB.

§ 4 VStGB modifiziert für einen qualifizierten Täterkreis die Regelung des § 13 Abs. 1 StGB.⁶ Ohne die Sondervorschrift des VStGB würde man in den Konstellationen des obigen Beispiels in Anlehnung an die Politbüro-Rechtsprechung des BGH⁷ über §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB zu einer täterschaftlichen Unterlassungsstrafbarkeit gelangen. Speziell im Kontext völkerrechtlicher Verbrechen enthält nun § 4 VStGB eine besondere Regelung für die vorsätzliche Nichtverhinderung durch den Vorgesetzten. Wie sieht die rechtliche Bewertung hingegen aus, wenn der Unterlassende (d.h. derjenige, der die Begehung völkerrechtlicher Verbrechen durch andere nicht verhindert) wie im obigen Beispiel den Status eines Vorgesetzten gerade nicht innehat? Kann in einem solchen Fall auf Zurechnungsnormen des StGB, konkret auf die §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB, zurückgegriffen werden?

II. Ratio des Völkerstrafgesetzbuches

Das Völkerstrafgesetzbuch verfolgt dabei vier Hauptziele. Zuvorderst soll das spezifische Unrecht der Verbrechen gegen das Völkerrecht besser erfasst werden, als dies nach den Normen und Regeln des allgemeinen Strafrechts möglich ist. Weiterhin soll ein einheitliches Regelwerk für Rechtsklarheit und eine erleichterte Umsetzbarkeit in der Praxis sorgen. Als drittes Hauptziel formuliert der Gesetzgeber im Hinblick auf die Komplementarität die Sicherstellung einer permanenten Verfolgungsbereitschaft von Völkerrechtsverbrechen durch deutsche Behörden. Und viertens soll das VStGB zur Verbreitung und Förderung des humanitären Völkerrechts beitragen.⁸ In dem Bewusstsein, dass zwar eine Vielzahl der

die faktische Durchsetzungsmacht als *kumulative*, und daher rechtlich gleichwertige, Voraussetzungen für die Stellung als Vorgesetzter nach § 4 Abs. 1 VStGB; anders hingegen *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (705).

⁶ Weigend, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2009, § 4 VStGB Rn. 12.

⁷ Hier ist insbesondere die 2. Politbüro-Entscheidung des BGH (Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01 = BGHSt 48, 77) gemeint, da dort die Konstellation der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen thematisiert wird.

⁸ BT-Drs. 14/8524, S. 12.

völkerrechtlich kriminalisierten Verhaltensweisen bereits nach den Regelungen des StGB strafbar und justiziabel war, jedoch diese häufig entweder dem *spezifischen* Unrechtsgehalt eines Völkerrechtsverbrechens nicht gerecht werden oder bestimmte Verhaltensweisen im deutschen Strafrecht schlichtweg nicht pönalisiert sind, werden die Regelungen des VStGB primär von dem Ziel der möglichst lückenlosen Übernahme des völkerrechtlichen Strafrechts und seiner Wertungen getragen.⁹

III. Zur Regelung von § 4 VStGB

§ 4 VStGB stellt die deutsche Regelung der (täterschaftlich ausgerichteten) Vorgesetztenverantwortlichkeit in Anlehnung an Art. 28 IStGH-Statut¹⁰ dar („superior responsibility“).¹¹ Bereits aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass das VStGB insgesamt darauf ausgerichtet ist, die völkerstrafrechtlichen Besonderheiten des Römischen Statuts in deutsches Recht zu transferieren.¹² Oftmals handelt es sich bei Völkerstraftaten (aus Sicht des „Vorgesetzten“) um Distanzdelikte, d.h. aufgrund des kollektiven Charakters der Verbrechen besteht eine gewisse Distanz zwischen dem Vorgesetzten und dem einzelnen Opfer.¹³ Durch die Normierung einer speziellen Zurechnungsnorm soll sichergestellt werden, dass die befehlsgebenden Verantwortlichen entsprechend ihrer Schuld bestraft werden. Damit trägt § 4 VStGB gerade dem besonderen Umstand Rechnung, dass an der Begehung völkerrechtlicher Makroverbrechen regelmäßig eine Vielzahl von Personen auf unterschiedlichen Machtebenen beteiligt ist.¹⁴ Das Modell der Vorgesetztenverantwortlichkeit, und im deut-

⁹ Vgl. Weigend (Fn. 6), Einl. VStGB Rn. 36.

¹⁰ Statut des Internationalen Strafgerichtshofs („Römisches Statut“) v. 17.7.1998, in: BGBl. II 2000, S. 1393.

¹¹ Streng genommen wurde mit Einführung der §§ 4, 13, 14 VStGB ein dreistufiges System geschaffen, um die Vorgesetztenverantwortlichkeit umzusetzen; dazu Safferling, JZ 2010, 965 (966). Im Gegensatz zum Regelungsgehalt von § 4 VStGB werden die Aspekte der §§ 13, 14 VStGB in Art. 28 IStGHSt. als Teilnehmehandlungen zugerechnet.

¹² BT-Drs. 14/8524, S. 12; vgl. auch Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 8 Rn. 17.

¹³ Dazu führte der BGH in seinem Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43, aus: „Dieses [das VStGB, Anm. d. Verf.] unterscheidet sich vom allgemeinen Strafgesetzbuch namentlich dadurch, dass es den regelmäßig kollektiven Charakter der von ihm erfassten Delikte in den Vordergrund stellt. Zentraler Aspekt seiner Strafkonzepktion ist gerade die Ahndung der Tatbeteiligung einer Vielzahl von Personen, die auf unterschiedlichen hierarchischen Ebenen an der Deliktsverwirklichung mitwirken.“

¹⁴ Ausführlich Safferling (Fn. 12), § 5 Rn. 67 ff. Zwar geht es hier um die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem Statut des IStGH; die dort angestellten Überlegungen können allerdings verallgemeinernd auf das Konzept einer Vorgesetztenverantwortlichkeit übertragen werden.

schen Recht § 4 VStGB, ermöglicht explizit die Zurechnung zur obersten Befehlsebene.¹⁵

Nach der Konzeption von § 4 VStGB ist die Stellung als Vorgesetzter konstituierend für die Feststellung individueller Verantwortlichkeit (qualifizierter Täterbegriff). § 4 VStGB hat damit Sonderdeliktscharakter¹⁶: Täter kann nur ein Vorgesetzter oder eine ihm gleichgestellte Person sein.

Strukturell normiert § 4 VStGB eine Unterlassungsstrafbarkeit.¹⁷ Dabei wird allein aus der besonderen Stellung als Vorgesetzter die Pflicht hergeleitet, Straftaten der Untergebenen zu verhindern. Von erheblicher Bedeutung für das Verständnis der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist in Anlehnung an *Ambos* festzustellen, dass „der Vorgesetzte primär für die mangelhafte Aufsicht und nur sekundär – gleichsam als Folge – für die Grundverbrechen selbst haftet“.¹⁸ Anders als bei sonstigen Konstellationen, aus denen sich häufig eine Unterlassungsstrafbarkeit ergibt, „begeht“ der Vorgesetzte die Straftaten nicht durch sein Unterlassen. Vielmehr bewirkt die Verletzung seiner Kontroll- und Schadensabwendungsspflicht, dass die Verbrechen nicht verhindert werden.¹⁹ Trotz dieses qualitativen Unterschieds zu anderen Unterlassungstätern ist der Vorgesetzte aufgrund seiner besonderen Verantwortlichkeit „wie ein Täter“ zu bestrafen. Diese Formulierung zielt auf die Festlegung des Strafrahmens ab, wie sie etwa auch in § 26 StGB oder § 357 StGB enthalten ist. Denn das durch ihn verwirklichte Unrecht ist erheblich: der Vorgesetzte hat innerhalb der hierarchischen Organisationsstruktur eine herausragende Stellung. Aufgrund der ihm zustehenden Kontrollmöglichkeiten unterliegt er hinsichtlich seiner Untergebenen der Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass diese keine Straftaten begehen. Insofern kann *Burghardt* nicht zugestimmt werden, wenn dieser den erhöhten Unrechtsgehalt aufgrund der Vorgesetztenstellung als „absurd“ ablehnt; ebenso wenig, wie die angedrohte Bestrafung „wie ein Täter“ „in bedenkliche Nähe zu einer Doppelverwertung i.S.d. § 46 Abs. 3 StGB“ gerät.²⁰ Dieses System der Normierung eines besonderen Täterkreises auf der Ebene der Tatbestandsmerkmale und der Androhung einer bestimmten, an einem erhöhten Unrechtsgehalt bemessenen Strafe auf Rechtsfolgenseite ist dem deutschen Strafrecht keineswegs fremd. So denke man beispielsweise an § 357

StGB²¹, der „Teilnahmehandlungen des Vorgesetzten“²², wie das bloße Geschehenlassen von Straftaten Untergebener, als eigene Tat des Vorgesetzten und diesen damit als Täter qualifiziert. Die Orientierung an der Strafe für die Tat des Untergebenen ist durch die besonderen Pflichten, die dem Vorgesetzten obliegen, und die weitreichenden Erfolgsabwendungsmöglichkeiten gerechtfertigt. Darüber hinaus gilt es, das hohe Gefahrenpotenzial für die Zivilbevölkerung und den Distanzdeliktscharakter von Völkerrechtverbrechen zu beachten, welche diesen Straftaten regelmäßig eine differenzierte Struktur verleihen, und das Bedürfnis entstehen lassen, auch dem kollektiven Charakter²³ der völkerrechtlichen Kernverbrechen bis in die „Spitze der Befehlskette“²⁴ durch entsprechende Sanktionierung Rechnung zu tragen.²⁵

Die Situation bei § 4 VStGB stellt sich nicht anders dar. Auch hier trägt der Vorgesetzte eine besondere Verantwortung, und dies bereits allein aufgrund seines Status. Als Vorgesetzter im Rahmen bestimmter Organisationsstrukturen bedarf es keiner gesonderten Begründung der gesteigerten Verantwortlichkeit mehr. Die Kontroll- und Abwendungsmöglichkeiten aufgrund der exponierten Stellung, sowie die besonderen Befugnisse, werden ohne weitere Prüfung in dem Moment angenommen, in dem die Stellung als Vorgesetzter feststeht.

Der besondere Regelungsgehalt von § 4 VStGB besteht in einer Strafschärfung gegenüber der Strafbarkeit nach dem StGB: Zum einen werden sämtliche Verhaltensweisen des Vorgesetzten als Täterschaft eingeordnet, und zum anderen entfällt die Milderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB.²⁶ Hingegen handelt es sich nicht um eine strafbarkeitsbegründende Norm, da eine Strafbarkeit auch nach den allgemeinen Regeln des StGB hergeleitet werden kann.²⁷ Insbesondere besteht Einigkeit dahingehend, dass ein Vorgesetzter eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten Untergebener

¹⁵ Zu den verschiedenen Ebenen vgl. *Safferling* (Fn. 12), § 5 Rn. 68. Zu den kriminologischen Erkenntnissen hinsichtlich der Funktionalität von Befehl als Legitimation des eigenen Verhaltens, vgl. *Neubacher*, Jura 2007, 848 (852 f.).

¹⁶ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 666 f.

¹⁷ *Safferling*, JZ 2010, 965 (966), und *Ambos* (Fn. 16), S. 670, ordnen § 4 VStGB bzw. die Vorgesetztenverantwortlichkeit als echtes Unterlassungsdelikt ein. *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 47, und *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (703 f.), hingegen sprechen von einem unechten Unterlassungsdelikt.

¹⁸ *Ambos* (Fn. 16), S. 669.

¹⁹ Ebd. Dahingehend auch *Weigend*, ZStW 116 (2004), 999 (1006), der im Unterlassen der gebotenen Aufsicht einen Grund für die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten sieht.

²⁰ So *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (703).

²¹ Und die Entsprechungen für militärische Vorgesetzte in §§ 30 Abs. 2, 31 Abs. 2, 33, 34, 41 WStG.

²² *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 357 Rn. 2; *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 357 Rn. 12; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 357 Rn. 1; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 357 Rn. 2.

²³ Vgl. *Safferling* (Fn. 12), § 5 Rn. 67 ff.

²⁴ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 45.

²⁵ An dieser Stelle können auch die Argumente eingebracht werden, die der BGH in seinem Beschluss v. 17.6.2010 im Hinblick auf die Ausgestaltung des subjektiven Tatbestandes erörtert hat (BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43 ff.), und die *Safferling* in JZ 2010, 965 (967 f.), zusammengefasst hat. Es handelt sich hierbei um Aspekte, die die Besonderheiten von Völkerrechtsverbrechen zum Ausdruck bringen und daher auch bei der Strafkonzepktion zugrunde zu legen sind.

²⁶ *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12.

²⁷ Je nach Fallkonstellation kommt eine Strafbarkeit als Täter oder Teilnehmer, insbesondere nach § 357 StGB, in Betracht.

hat.²⁸ § 4 VStGB stellt somit eine strafscharfende Norm mit einer gewissen Beweiserleichterung bezüglich der besonderen Pflichten des Vorgesetzten dar.

IV. Strafbarkeiten unterhalb der Schwelle von § 4 VStGB

Entfällt nun § 4 VStGB in einem völkerstrafrechtlichen Verbrechenskontext als Zurechnungsnorm, so dass eine Unterlassungstäterschaft nicht über diese Vorschrift zugeschrieben werden kann, stellt sich die Frage nach einer Herleitung der Strafbarkeit nach allgemeinen Regeln. In Anlehnung an das eingangs formulierte Beispiel gibt es Personen, denen in hierarchischen Strukturen ein erheblicher Einfluss zukommt, die aber nicht die Definitionsmerkmale eines „Vorgesetzten“ erfüllen. Fraglich ist nun, ob auch diese Personen als Täter strafrechtlich verantwortlich sind, oder ob ungeachtet ihres Einflusses lediglich eine Teilnehmerstrafbarkeit nach den allgemeinen Regeln des StGB verbleibt.

1. Beteiligungsformen

Sowohl die Annahme von Mittäterschaft als alternative Täterschaftsform als auch eine Teilnehmerstrafbarkeit sind in der Konstellation, um die es hier geht, ausgeschlossen.

Dies gilt zunächst für die Anstiftung, da eine solche nicht durch Unterlassen begangen werden kann.²⁹ Einzig eine Anstiftung zum Unterlassen wäre denkbar; in diesen Fällen wäre allerdings die Fallkonstellation (in Abweichung zum oben dargelegten Beispielfall) eine andere.³⁰ Losgelöst von Unterlassungskonstellationen wird die Annahme einer Anstiftung jedenfalls im Zusammenhang mit der Veranlassung von Tötungsdelikten diskutiert.³¹ Die Teilnehmerstrafbarkeit des Hin-

termannes über § 26 StGB würde jedoch in diesen Fällen dazu führen, dass dessen beherrschende Rolle keine entsprechende strafrechtliche Würdigung erfährt: tatsächlich ist es der Hintermann, der die Tatherrschaft innehat.³² Diese Tatherrschaft wird ihm vermittelt durch die hierarchische Organisationsstruktur, der sowohl der Hintermann als auch der Vordermann als unmittelbarer Täter angehören. Obwohl also der Vordermann vollverantwortlich im strafrechtlichen Sinne handelt, obliegt ihm die Entscheidung über die eigentliche Tatausführung nicht in vollem Umfang, da er an die Befehlskette gebunden ist. Bedingt durch die Einbettung in den organisatorischen Machtapparat sprechen noch zusätzliche Argumente gegen die Annahme einer Anstiftung: „Der Anstifter muss sich einen Täter erst suchen, der Schreibtischtäter braucht nur den Befehl zu geben; der Anstifter muss mit dem potenziellen Täter Kontakt aufnehmen, ihn für seinen Plan gewinnen und ggfs. seinen Widerstand überwinden; dem Befehlenden in der Hierarchie eines Machtapparates bleibt das erspart.“³³ Eben dieses Argument der Tatherrschaft des Hintermannes spricht auch gegen die Annahme einer Beihilfe nach § 27 StGB.

Täterschaftliches Pendant zur Beihilfe ist die Mittäterschaft, welche in den vorliegenden Konstellationen teilweise zugrunde gelegt wird.³⁴ Übereinstimmend erfolgt hier eine Ablehnung der mittelbaren Täterschaft für die Fälle, in denen der Vordermann selbst strafbar ist. Ungeachtet der dogmatischen Berechtigung der Figur des „Täters hinter dem Täter“ fehlt es aber an den für eine Mittäterschaft erforderlichen Voraussetzungen des gemeinsamen Tatentschlusses und der gemeinsamen Tatausführung. Aufgrund der typischen Befehlshierarchie ist der unmittelbar Handelnde bloßer Befehlsempfänger, ohne einen eigenen Beitrag zum Tatentschluss leisten zu können. Jedenfalls aber hat er diesen Tatentschluss nicht „gemeinsam“ mit dem Hintermann gefasst. Noch stärker fehlt das Merkmal der „Gemeinsamkeit“ bei der späteren Tatausführung. Es ist gerade ein Charakteristikum organisierter Machtapparate, dass von der Organisationsspitze ein Befehl gegeben wird, der auf unteren Hierarchieebenen ausgeführt wird. Eine Arbeitsteilung findet gerade nicht statt. Selbst unter Berücksichtigung der „Bandenchef“-Doktrin³⁵ kann hier keine gemeinsame Tatausführung konstruiert werden. Der Anordnende hat in der Regel keine Kenntnis von den Umständen der konkreten Tatausführung und dem Ausführenden, und

²⁸ Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12. Einzig die genaue Begründung der Garantstellung ist umstritten, vgl. Burghardt, ZIS 2010, 695 (708), und Weigend, ZStW 116 (2004), 999 (1002 ff.).

²⁹ Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 26 Rn. 5; Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 26 Rn. 7; Ingelfinger, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 26 Rn. 9; grds. auch Haas, in: Matt/Renzikowski (Fn. 22), § 26 Rn. 12, der aber den Fall des „beredten Schweigens“ als Unterlassung ansieht.

³⁰ Die Person, deren Strafbarkeit untersucht werden soll, würde in diesem Fall nicht eine gebotene Handlung unterlassen, sondern einen Dritten aktiv dahingehend beeinflussen („bestimmen“), eine diesem obliegende Garantspflicht zu verletzen.

³¹ So hätten nach Herzberg, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33 (S. 48), Hitler, Himmler und Honecker die Tötungsdelikte vielmehr als Anstifter veranlasst, denn als Täter begangen. Dahingehend auch Rotsch, ZStW 112 (2000), 518 (561 f.), und ders., NStZ 1998, 491 (492 f.), sowie Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 87 ff.

³² Ambos, GA 1998, 226 (233).

³³ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 127.

³⁴ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 8.; Jakobs, NStZ 1995, 26 f.; Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 68, 147.

³⁵ Der im Hintergrund Planende gleicht die mangelnde Beteiligung an der konkreten Tatausführung dadurch aus, dass er im Vorfeld der Tat durch die Planung und sonstige Vorbereitung seinen Beitrag leistet. Dazu BGHSt 33, 50 (53); 46, 120 (127 f.); Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 192 ff.

oftmals befindet er sich in erheblicher Entfernung zur Tat bzw. zum Tatgeschehen. Der einzige Beitrag des Hintermannes besteht in der Veranlassung der Tat. Hierin eine gemeinsame Tatausführung zu sehen, würde das Begriffsverständnis schlicht überspannen. Zuletzt spricht ein strukturelles Argument für die Ablehnung einer Mittäterschaft: Den Beispielfällen liegt nicht die horizontale, auf Gleichberechtigung abzielende Struktur der Mittäterschaft zugrunde, sondern vielmehr die vertikale Struktur der mittelbaren Täterschaft, welche sich auszeichnet durch einen im Hintergrund agierenden Täter und einen ausführenden Vordermann.³⁶ Diese Konstellation entspricht eher dem Wortlaut von § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und der Idee der Tatbegehung „durch einen anderen“. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden wird überwunden durch das Unterordnungsverhältnis innerhalb des Machtapparates, welches solche Fälle faktisch der mittelbaren Täterschaft (kraft Organisationsherrschaft) zuordnet. Hierzu führte der BGH aus:

„In diesen Fällen nutzt ein Hintermann staatliche, unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen aus, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Handelt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will er den Erfolg als Ergebnis seines Handelns, hat er die Tatherrschaft und ist mittelbarer Täter. Eine so verstandene mittelbare Täterschaft kommt in Fällen in Betracht, in denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht.“³⁷

Auf eine Unterlassensstrafbarkeit des Hintermannes bezogen müssen jedoch nicht nur die regelhaften Abläufe, welche er selbst in Gang setzt, in Betracht gezogen werden, sondern im Hinblick auf seine Verhinderungs- und Kontrollpflichten auch diejenigen Abläufe, welche einen automatischen und regelmäßigen Informationsfluss von den unteren auf die oberen Hierarchieebenen sicherstellen. Dieses in der Regel bestehende Berichtswesen innerhalb einer Organisation stellt an den Täter denkbar geringe Anforderungen, um auch von detaillierten Vorgängen innerhalb eines Organisationsapparates Kenntnis zu erlangen.

2. Mittelbare Täterschaft durch Unterlassen

Da es sich bei § 4 VStGB um die Normierung einer Unterlassungsstrafbarkeit handelt, kann auch die mittelbare Täterschaft subsidiär nur in Gestalt des Unterlassens in Betracht kommen. Zusätzlich zur Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft soll also § 13 StGB zur Anwendung gelangen. Dabei ist – in den Worten des BGH³⁸ – „Grundlage der Haftung des pflichtwidrig untätigen Hintermannes [...], daß das Handeln Dritter ihm [dem Täter, Anm. d. Verf.] wegen seiner Tatherrschaft zugerechnet wird. Diese Zurechnung

ersetzt – im Vergleich zur aktiven mittelbaren Täterschaft – sein Tun“. Ohne vertieft auf die vielfältigen Begründungsansätze zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft eingehen zu wollen,³⁹ wird hier von der grundsätzlichen Anerkennung dieser Rechtsfigur ausgegangen.⁴⁰ So liegt es in den vorliegenden Fällen staatlicher bzw. quasi-staatlicher Machtstrukturen nahe, von einer mittelbaren Täterschaft auszugehen, da der Hintermann hier durch Organisationsstrukturen gegebene Rahmenbedingungen ausnutzt und sich für die Tatbestandsverwirklichung auf regelhafte Abläufe zurückziehen kann – ohne dass es darauf ankommt, ob sein eigener Tatbeitrag in einem aktiven Tun oder schlicht in der Nichtverhinderung, d.h. in einem Unterlassen, besteht. Als Pendant zu § 4 VStGB ist die letzte Konstellation der mittelbaren Unterlassungstäterschaft von Bedeutung, die der BGH in seiner zweiten Entscheidung zum Politbüro begründet hat. Auch bei Völkerrechtsverbrechen kann sich der „Schreibtischtäter“ auf Befehlsebene sicher sein, dass die Tat auf unterster Ebene ausgeführt wird.⁴¹

Die nachrangige Anwendbarkeit von §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB auf Fälle, in denen eine Vorgesetztenstellung nach § 4 VStGB nicht gegeben ist, lässt sich unter Anwendung der gängigen Auslegungsmethoden herleiten.

a) Wortlaut

Für eine im Vergleich zu § 4 VStGB nachrangige mittelbare Unterlassungstäterschaft spricht zunächst der Wortlaut des VStGB.

So erklärt § 2 VStGB das allgemeine Strafrecht für anwendbar, soweit das VStGB „nicht in den §§ 1 und 3 bis 5 besondere Bestimmungen trifft“. Damit ist das allgemeine Strafrecht grundsätzlich anwendbar und nur in wenigen, speziellen Fällen aufgrund vorrangiger Regelung des VStGB ausgeschlossen. Dieser Grundsatz gilt auch für das Verhältnis von § 4 VStGB und §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB: Sofern die Vorgesetztenstellung nicht gegeben ist („soweit“), eine Verantwortlichkeit über § 4 VStGB also nicht begründet werden kann, kann auf Strafbarkeitsmodelle des allgemeinen Strafrechts und mithin auch auf §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB zurückgegriffen werden.

Darüber hinaus spricht insbesondere auch der Wortlaut von § 4 VStGB dafür, nach der Ablehnung von § 4 VStGB eine mittelbare Unterlassungstäterschaft annehmen zu können.

§ 4 Abs. 1 S. 2 VStGB schließt die Strafmilderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB „in diesem Fall“, d.h. im Fall der Anwendbarkeit von § 4 VStGB, aus. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in anderen Fällen die Strafmilderungs-

³⁶ Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 129.

³⁷ BGH, Beschl. v. 2.11.2007 – 2 StR 384/07 = NStZ 2008, 89.

³⁸ BGHSt 48, 77 (90).

³⁹ Für einen Überblick siehe Joecks (Fn. 35), § 25 Rn. 135 ff.; Schünemann (Fn. 36), § 25 Rn. 122 ff.; Schild (Fn. 29), § 25 Rn. 120 ff.; Haas (Fn. 29), § 25 Rn. 25 ff.

⁴⁰ Auch andere Begründungsmuster, die auf eine Organisationsstruktur verzichten und allein auf den Auftrag, die Weisung oder den Befehl als Begründung für die mittelbare Täterschaft abstellen, kommen in den hier relevanten Fällen zu einer mittelbaren Täterschaft, vgl. nur Haas (Fn. 29), § 25 Rn. 29 f. m.w.N.

⁴¹ Dazu Safferling (Fn. 12), § 5 Rn. 68.

möglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB nicht ausgeschlossen ist – dies impliziert zugleich, dass es subsidiär eine Unterlassungsstrafbarkeit nach § 13 StGB gibt. Dabei ist nicht etwa ausschließlich an eine Teilnehmerstrafbarkeit zu denken, sondern primär an die Figur der mittelbaren Täterschaft. Bereits § 4 Abs. 1 VStGB verdeutlicht, dass der unterlassende Vorgesetzte „wie ein Täter“ zu bestrafen ist. Begründet also § 4 VStGB eine Verantwortlichkeit als Täter⁴², so ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch eine Täterschaft in Betracht kommen sollte, wenn die jeweilige Person zwar kein Vorgesetzter im Sinne des Gesetzes ist, ihr aber gleichwohl ein erheblicher Einfluss innerhalb der Befehlshierarchie zukommt.

Im Fall von § 4 VStGB begründet die exponierte Stellung als Vorgesetzter die Tatherrschaft für die Straftaten Untergebener. Übertragen auf das StGB gibt es auch dort Konstellationen, in denen der Hintermann aufgrund seiner besonderen Stellung die Tatherrschaft hat und damit Täter ist. Von besonderer Bedeutung ist vorliegend die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, die strukturell der Konstellation der Vorgesetztenverantwortlichkeit ähnelt. Zwar kommt es bei der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf die Zugehörigkeit und das Wirken innerhalb eines Gremiums an; dieses Erfordernis der Entscheidung innerhalb eines Kollektivs überwindet § 4 VStGB durch die Normierung der besonderen Stellung und Verantwortlichkeit des Vorgesetzten. Obgleich also die Formulierung „wie ein Täter“ in § 4 VStGB eher offen gehalten ist⁴³, sprechen die besseren Argumente hier für die Annahme einer Täterschaft.⁴⁴ Damit ist § 4 VStGB nur bezüglich des Strafrahmens abhängig von der Tat des Vordermannes; im Übrigen ist das Unrecht des Vorgesetzten eigenständig und nicht mit der Tat des Untergebenen verbunden.⁴⁵

b) Systematik

Unter systematischen Gesichtspunkten hebt bereits der Wortlaut von § 2 VStGB die subsidiäre Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln hervor („soweit“). Damit wird deutlich, dass § 4 VStGB den Charakter einer *lex specialis* hat. Das Verhältnis der *lex specialis* zur *lex generalis* gilt allgemein zwischen VStGB und StGB, da das VStGB die völkerrechtlichen Besonderheiten kodifiziert, die Regeln des allgemeinen Strafrechts aber nicht ausschließen will.⁴⁶ So sind Parallelen zu

ziehen zwischen Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut und § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB einerseits, sowie zwischen Art. 28 IStGH-Statut und § 4 VStGB andererseits. Daneben sind sich die Figuren der mittelbaren Täterschaft und der Vorgesetztenverantwortlichkeit ohnehin sehr ähnlich.⁴⁷ Wie in den Fällen der Organisationsherrschaft, geht es auch bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit darum, die an der Spitze eines Machtapparates stehenden Befehlsgeber für die Verbrechen ihrer Untergebenen strafrechtlich verantwortlich zu machen – entweder, weil sie diese aktiv befohlen haben, oder weil sie deren Begehung nicht verhindert haben. Ist der besondere Fall des § 4 VStGB mangels Vorgesetzteneigenschaft nicht gegeben, kann ohne weiteres auf die allgemeinen Regeln, und damit insbesondere auch auf die Einordnung als mittelbare Täterschaft, zurückgegriffen werden. So kommt es auch zur Einordnung von § 4 VStGB als *strafscharfend*, und nicht etwa als *strafbarkeitsbegründend*.⁴⁸

Festzustellen bleibt, dass die „Grundform“ der Vorgesetztenverantwortlichkeit eine andere Form täterschaftlicher Verantwortlichkeit in Gestalt der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen ist, und dass § 4 VStGB diese Verantwortlichkeit für Vorgesetzte bloß in qualifizierter Form regelt.

c) Historische Auslegung

Obwohl das Konzept einer Vorgesetztenverantwortlichkeit bereits im 15. Jahrhundert bekannt war, kann jedoch erst in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg ein Konnex zwischen der Vorgesetztenposition und einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit festgestellt werden.⁴⁹

Das Römische Statut hat mit der Kodifizierung des Art. 28 IStGH-Statut die bis dato umfassendste Regelung zur Verantwortlichkeit von militärischen und zivilen Vorgesetzten getroffen. Dennoch begegnet die deutsche Wissenschaft dem Art. 28 IStGH-Statut gerade wegen seiner Unklarheit bezüglich eines Kausalitätserfordernisses und der Außerachtlassung des Schuldgrundsatzes mit deutlicher Kritik.⁵⁰ Bereits im Nachgang zu den Verhandlungen zum Römischen Statut erklärte sich (die Bundesrepublik) Deutschland 1998 bereit, baldmöglichst eine dem IStGH-Statut äquivalente Regelung im nationalen Recht zu schaffen.⁵¹ Das bereits erwähnte Primärziel einer möglichst lückenlosen Übernahme der Regelungsgehalte und Wertungen des völkerrechtlichen Strafrechts, welches die deutsche Delegation maßgeblich mitgeprägt hat, kollidierte jedoch mit den verfassungsrechtlichen Maßgaben und dem bereits bestehenden Regelungssystem des StGB. Der Gesetzgeber hat daher mit einigen Abstrichen⁵² mit der

⁴² Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12.

⁴³ Eine eindeutige Zuordnung zu Täterschaft oder Teilnahme ist auch im Vergleich zu anderen Formulierungen des StGB – etwa in § 26 StGB oder in § 357 StGB – nicht möglich.

⁴⁴ So geht auch Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 15, davon aus, dass § 4 VStGB ein eigenes Unterlassungsunrecht beinhaltet, so dass die für eine Teilnahme erforderliche Akzesessorität gerade nicht vorliegt.

⁴⁵ So verdeutlicht auch der BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 35, dass es ungeachtet der konkreten Verhaltensweise des Vorgesetzten nicht auf eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ankomme.

⁴⁶ Vgl. Safferling (Fn. 12), § 8 Rn. 16; a.A. soweit ersichtlich nur Hertel, HRRS 2010, 339; dagegen Basak, HRRS 2010, 513.

⁴⁷ Radtke, GA 2006, 350 (353).

⁴⁸ Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12, 14.

⁴⁹ Ambos, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Bd. 1, 3. Aufl. 2002, S. 823, 825.

⁵⁰ Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. 2011, § 7 Rn. 59; Werle, *Völkerstrafrecht*, 3. Aufl. 2012, Rn. 576; bzgl. Schuldprinzip a.A. Burghardt, ZIS 2010, 695 (700 f.).

⁵¹ Weigend (Fn. 6), Einl. VStGB Rn. 32.

⁵² Eine Strafbarkeit für die bloß fahrlässige Nichthinderung wurde nicht aus Art. 28 IStGH-Statut aufgegriffen.

Regelung der §§ 4 (täterschaftliches Unterlassen), 13 (Verletzung der Aufsichtspflicht) und 14 (Verletzung der Meldepflicht) VStGB ein dreigliedriges System geschaffen, welches der Maxime „respondeat superior“ und der damit verbundenen Ausweitung des Konzepts der Täterschaft Rechnung trägt.⁵³ Aufgrund dieser eindeutigen Zuschreibung einer täterschaftlichen Begehungsweise zu § 4 VStGB kann bei einem Nichtvorliegen der Vorgesetztenstellung im Sinne des § 4 VStGB eine Zurechnung dennoch nur auf der Ebene einer Täterschaft und nicht als bloßer Teilnehmer erfolgen. Anderenfalls würde nicht nur übersehen, dass die in Art. 28 IStGH-Statut geregelten Teilnahmestrafbarkeiten in die §§ 13, 14 VStGB aufgenommen wurden, sondern es würde ebenfalls dem frühzeitig formulierten Ziel des Regelungs- und Wertungstransfers in die deutsche Rechtsordnung nicht gerecht werden.

d) Sinn und Zweck

Auch unter teleologischen Gesichtspunkten ist der Ausschluss einer nachrangigen Strafbarkeit wegen mittelbarer Täterschaft nicht geboten. § 4 VStGB gilt für einen qualifizierten Täterkreis. Ist der Angeklagte kein Vorgesetzter im Sinne dieser Vorschrift und wäre eine Strafbarkeit als Unterlassungstäter nach §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB ausgeschlossen, bliebe nur eine Strafbarkeit als Teilnehmer an den Taten der unmittelbar Handelnden. Im Rahmen von § 27 StGB hätte dies zwingend eine Strafmilderung zur Folge. Es kann kaum das Ziel gewesen sein, eine mildere Bestrafung im Anwendungsbereich des VStGB vorzusehen als diejenige Strafe, die bei originärer Anwendung des StGB zu erwarten gewesen wäre, und folglich hinter dem „Bewertungsrahmen“ des StGB zurück zu bleiben. Bei Bewertung des Sachverhaltes auf Grundlage des StGB wäre eine Strafbarkeit als mittelbarer Unterlassungstäter zugrunde zu legen. Warum im Anwendungsbereich des VStGB in derselben Konstellation lediglich eine Beihilfe nach § 27 StGB vorliegen soll, bloß weil es sich nicht per definitionem um einen Vorgesetzten handelt, ist nicht ersichtlich. Auch aufgrund der Sonderstruktur von Völkerrechtsverbrechen muss neben § 4 VStGB noch eine weitere täterschaftliche Begehungsform möglich sein. Der Wille zur Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, den der Gesetzgeber mit der Schaffung des VStGB zum Ausdruck gebracht hat, ist schließlich nicht auf ein Spezialgesetz beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die allgemeinen Strafbarkeitsregeln. Ebendies gilt für eine mögliche Strafbarkeit nach § 26 StGB: Allein die Einordnung als „Teilnahme“ und nicht als „Täterschaft“ widerspricht dem typischen Gepräge und der hierarchischen Ausgestaltung bei der Begehung von Makroverbrechen. Diese Verbrechen zeichnen sich vertikal „durch ein gestuftes System unterschiedlicher Machtebenen und horizontal durch die Beteiligung vieler aus“.⁵⁴ Gerade diesem Umstand und der Schwere der Verbrechen will das VStGB

Rechnung tragen.⁵⁵ Ist das Spezialgesetz nicht anwendbar, prägt dieser Gedanke aber ebenso die Bewertung der Strafbarkeit nach allgemeinen Regeln.

Auch strukturell ist die Annahme bzw. die Erwägung einer mittelbaren Unterlassungstäterschaft zwingend, sofern die Vorgesetztenstellung nicht besteht. Funktionales Äquivalent zum qualifizierten Täterbegriff in § 4 VStGB ist der organisatorische Machtapparat über §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB. Nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis ist § 4 VStGB ein Spezialfall von §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB: Sobald eine Person den qualifizierten Täterbegriff erfüllt, kommt es nicht mehr auf den organisatorischen Machtapparat als eigenständige Prüfungsstation an. Bei § 4 VStGB ist die organisatorische Struktur und die sich hieraus ergebende Tatherrschaft irrelevant und nicht mehr darzulegen, da der Täter diese bereits kraft seines Status als Vorgesetzter innehat. Aufgrund der eben bereits erwähnten typischen hierarchischen Strukturen im Zusammenhang mit der Begehung von Völkerrechtsverbrechen lässt sich die Figur der mittelbaren (Unterlassungs-)Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates aber auf diejenigen Konstellationen übertragen, in denen der Hintermann im Rahmen der Hierarchiestrukturen gewisse Einflussmöglichkeiten hat, jedoch nicht als „Vorgesetzter“ nach § 4 VStGB zu erachten ist. Entfällt also die Vorgesetztenstellung, so ergibt sich regelmäßig aus den hierarchischen Strukturen der organisatorische Machtapparat und damit die Tatherrschaft, die zur Begründung der Täterschaft des Hintermannes führt.⁵⁶ Allein aufgrund seiner Eingliederung in den Machtapparat kommt dem Unterlassungstäter die erforderliche Tatherrschaft zu. Verallgemeinernd ist zu konstatieren, dass § 4 VStGB der Spezialfall von §§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB ist und damit jeder Fall von Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 4 VStGB zugleich eine mittelbare Unterlassungstäterschaft nach dem StGB darstellt.

Die für § 13 StGB erforderliche Garantenstellung ergibt sich aus der Stellung der Täters innerhalb der Hierarchie: ihm wird vorgeworfen, trotz seiner Einflussmöglichkeiten die Begehung von Verbrechen nicht verhindert zu haben. Der Täter hat damit eine Stellung als Überwachungsgarant inne. Bei einem Vorgesetzten im Sinne von § 4 VStGB ergibt sich diese besondere Pflicht allein schon aufgrund seiner Stellung, seiner Kontrollmöglichkeiten und seiner Befehlsbefugnis (d.h. allein aufgrund des qualifizierten Täterbegriffs⁵⁷), und muss nicht gesondert begründet werden. Für Personen, die innerhalb eines organisatorischen Machtapparates wirken, aber keine Vorgesetztenstellung nach § 4 VStGB haben, muss die

⁵³ BT-Drs. 14/8524, S. 19, zur Einordnung *Ambos* (Fn. 50), § 7 Rn. 61.

⁵⁴ So *Safferling* (Fn. 12), § 5 Rn. 68.

⁵⁵ Zum kollektiven Charakter und der Einordnung der Verbrechen als Distanzdelikte vgl. BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43, 45.

⁵⁶ An dieser Stelle sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass es gerade um die Fälle geht, in denen ein Hintermann aus einer gehobenen Stellung heraus operiert. Dieser Hintermann ist also dem Handelnden hierarchisch übergeordnet, so dass er ihn beeinflussen könnte. Eine Stellung als Vorgesetzter hat er jedoch nicht inne. Nur in diesen Konstellationen kommen die ausgeführten Erwägungen zum Tragen.

⁵⁷ Dazu *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (708).

Garantenstellung nach § 13 StGB als besondere Form der Zurechnung explizit geprüft und begründet werden. Im Grunde genommen besteht zwischen den beiden Konstellationen aber kein Unterschied in der Herleitung der Garantenstellung: diese folgt aus der Aufsichtspflicht, die dem Vorgesetzten und auch dem Angehörigen eines organisatorischen Machtapparates obliegt. In den Worten *Burghardts*: „Die Eigenart der hierarchischen Organisation bestimmt lediglich die Reichweite derselben“.⁵⁸

Die besondere Organisationsstruktur ermöglicht über §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB eine besonders weitgehende Zurechnung, sofern Einflussmöglichkeiten auf den unmittelbaren Täter bestanden haben. Der Hintermann ist infolgedessen als Unterlassungstäter für Straftaten verantwortlich, die am unteren Ende der Befehlshierarchie begangen werden, und die er nicht verhindert hat. Diese außergewöhnliche Form der Zurechnung ist aber für Fälle der vorliegenden Art nicht zu beanstanden, sondern vielmehr auf die Besonderheiten der Situation zugeschnitten. Eben diese Grundsätze der Politbüro-Rechtsprechung des BGH sind ohne weiteres übertragbar auf den Kontext völkerrechtlicher Verbrechen und den dort agierenden Machtstrukturen. Hierfür spricht zunächst die Vergleichbarkeit der zugrundeliegenden Fallkonstellationen. In den Situationen sind keine Unterschiede erkennbar, die hier eine Sonderbehandlung (d.h. die Nichtanwendung von §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB) rechtfertigen könnten. In beiden Fällen sind die durch den Machtapparat vorgegebenen Rahmenbedingungen vorhanden, die es ermöglichen, dass an der Spitze der Befehlskette ein Täter agiert (oder untätig bleibt) und dabei sicher davon ausgehen kann, dass aufgrund der Struktur der Organisation der Vollzug jeglicher Anordnungen sichergestellt ist, und zwar bis zu einer anderslautenden Anweisung.

V. Schlussfolgerung

Speziell für den Fall der unterlassenen Verbrechenverhinderung seitens übergeordneter Personen in einem hierarchisch gegliederten System gilt nach den vorstehenden Ausführungen folgendes: Im Anwendungsbereich des VStGB stellt § 4 VStGB eine spezielle Zurechnungsnorm für das Unterlassen des Vorgesetzten dar. Die Nichtverhinderung der Begehung von Verbrechen durch Untergebene wird durch diese Vorschrift als Täterschaft des Vorgesetzten eingestuft. Handelt es sich bei der unterlassenden Person aufgrund etwa nur indirekter Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten der Untergebenen gerade nicht um einen „Vorgesetzten“ im Sinne von § 4 VStGB, so erfolgt eine täterschaftliche Zurechnung subsidiär über die allgemeinen Regeln der §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB. Eine Teilnahmestrafbarkeit scheidet in den vorgenannten Konstellationen, in denen eine im Hintergrund agierende Person keine unmittelbare Befehls- oder Führungsgewalt ausübt, jedoch gleichwohl erheblichen Einfluss auf die nachfolgenden Hierarchieebenen hat, vorerst aus. In Anlehnung an die Politbüro-Rechtsprechung des BGH kommt in solchen Fällen zunächst eine mittelbare Unterlassungstäterschaft kraft organisatorischen Machtapparates in Betracht. Hierdurch wird

der besonderen Struktur völkerrechtlicher Makroverbrechen mit mehreren hierarchischen Verantwortungsebenen und jeweils einer Vielzahl von dazugehörigen Personen Rechnung getragen. Der bloße Rückzug auf eine Strafbarkeit als Teilnehmer würde diesen Besonderheiten nicht gerecht werden.

Im eingangs formulierten Beispielsfall ist A als Präsident der Organisation und Vorgesetzter nach § 4 VStGB für die begangenen Völkerrechtsverbrechen strafrechtlich verantwortlich. Im Hinblick auf M gilt, dass mangels Vorgesetztenstellung § 4 VStGB nicht zur Anwendung gelangt, sondern dass eine Zurechnung über die allgemeinen Vorschriften der §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB erfolgt.

⁵⁸ *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (708).