

Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates

Von Prof. Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum

Die Sonderstrafkammer des Obersten Gerichtshofs in Peru beurteilt Verbrechen, insbesondere Tötungen, die Angehörige des geheimdienstlichen Sonderkommandos Colina begangen haben. Sie macht den Ex-Präsidenten für sämtliche Straftaten verantwortlich, weil die Täter – so die Beweiswürdigung – auf seinen Befehl und in dessen Rahmen gehandelt hätten. Er sei aber nicht etwa Anstifter, sondern – als Inhaber der Staatsmacht und oberster Befehlshaber – mittelbarer Täter. Dass auch die Ausführenden selbst verantwortliche Täter seien, schließe die mittelbare Täterschaft des Angeklagten nicht aus. Sie folge aus Tatherrschaft in der Form der „Organisationsherrschaft“, aus der Beherrschung der fremden Taten durch einen „organisatorischen Machtapparat“, der dem Befehlsgeber die Sicherheit des Erfolges verschafft habe.

Was die Frage der Beteiligungsform betrifft, gewinnt das 708 Seiten lange Urteil seinen erstaunlichen dogmatischen Tiefgang dadurch, dass es Roxins Lehre auf das Ausführlichste wiedergibt und sie sich vollständig zu Eigen macht. Dies freilich auch ohne Kritik und ohne neue Argumente. Was an ihr problematisch ist, wird darum nur insoweit sichtbar, wie Roxins Beiträge es sichtbar machen.

I. So zahlreich diese sind, enthalten sie doch keine einleuchtende Antwort auf die Frage, was es in den umstrittenen Fällen eigentlich mit der Anstiftung auf sich hat. Der neueste Aufsatz überschreibt die ihr gewidmete Betrachtung mit „Ablehnung der Anstiftung“ und befindet, dass „die Annahme einer Anstiftung [...] dem Gewicht von Anordnung und befehlsgemäßer Ausführung in rechtsgelöst arbeitenden Machtapparaten“ widerspreche.¹ Das Fujimori-Urteil erspart sich die Begründung und betrachtet es schlicht als Fehlgriff, als ein „Verwecheln“ (confunden), wenn einige Autoren den Befehlsgeber als Anstifter statt als mittelbaren Täter ansehen. Man muss aber nur den Blick auf das Gesetz und den konkreten Fall richten, um zu erkennen, dass die Ablehnung nicht haltbar ist.

Angenommen, Fujimori hat im Fall La Cantuta² sein Instrument zur Bekämpfung politischer Gegner, das Sonderkommando Colina, in der besonders intensiven Weise betätigt, dass er höchstpersönlich den ausgewählten Colina-Leuten die Opfer, es waren neun Studenten und ein Dozent, benannt und den Mordbefehl erteilt hat. In Artikel 24 des peruianischen Strafgesetzbuchs heißt es: „El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor“; zu Deutsch: „Wer vorsätzlich einen anderen dazu bestimmt, die strafbare Tat zu begehen, wird mit der Strafe belegt, die dem Täter gebührt.“³ Und

¹ Roxin, ZStrR 125 (2007), 1 (5); ders., in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387 (S. 391); vgl. auch Ambos, GA 1998, 226 (233): „Anstiftung ist [...] abzulehnen, weil sie den entscheidenden Gesichtspunkt der Tatbeherrschung durch den Hintermann vernachlässigt.“

² Vgl. Ambos, ZIS 2009, 552.

³ Text und Übersetzung verdanke ich Florian Huber, Universität Göttingen, der mir beides freundlichst vorgelegt hat.

unser § 26 StGB lautet: „Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.“ Es ist schlechterdings unbestreitbar, dass Fujimoris Befehl andere zur strafbaren bzw. vorsätzlich-rechtswidrigen Tat „bestimmt hat“, also ein Anstiften im Sinne dieser Vorschriften war. Aber dasselbe würde für eine abstrakter umrissene Anweisung oder auch nur tatauflösende Gestattung gelten, etwa des Inhaltes, in der Universität Exekutionen durchzuführen gemäß Montesinos' Festlegung, wer die Vollstrecker und wer die Opfer sein sollen. Es wäre dann nur für jeden Einzelfall zu prüfen, ob ein „Exzess“ vorliegt, d.h. ob die individuelle Tötung aus dem Rahmen fällt, den Fujimoris Anstiftervorsatz zieht.

Ambos sieht hier ein Argument, die Anstiftung „abzulehnen“, weil sie voraussetze, „daß unmittelbarer Täter und Tat aus Sicht des Anstifters bestimmbar sind“.⁴ Darum soll ein Mordbefehlsgeber, der gar nicht sagen kann, welche Taten, Täter und Opfer am Ende zu verzeichnen sein werden, für die einzelne Tötung zwar als mittelbarer Täter unter dem Aspekt der „Organisationsherrschaft“, nicht aber als Anstifter haften können. Das ist nicht richtig. Es verschiebt die Grenzen, die das Vorsatzerfordernis der Haftung zieht, nicht im Geringsten, dass man beim Veranlasser fremder Taten mittelbare Täterschaft statt Anstiftung annimmt. Morde, die außerhalb seines Vorstellungsrahmens liegen, kann der Verursacher sowenig vorsätzlich „durch einen anderen begehen“, wie er vorsätzlich einen anderen dazu bestimmt haben kann.

Ein historisches Beispiel: Hitler hat den Schlag gegen die innere Opposition am 30.6.1934 (durch Befehl oder Freigabe) ausgelöst und damit die Ermordung von gut 100 Menschen in Bad Wiessee und Berlin verursacht („Röhm-Putsch“). Sein eigener Todesverursachungsvorsatz hat gewiss die meisten Morde umfasst, denn er hatte seinen Schergen und Spießgesellen (Göring, Himmler, Heydrich) weitgehend freie Hand gegeben, führende SA-Leute und politische Gegner auszuschalten. Nicht gedeckt war aber die Ermordung des völlig unbeteiligten Musikkritikers Dr. Wilhelm Schmidt, den seine Mörder mit dem SA-Gruppenführer Ludwig Schmitt verwechselt hatten. Das gilt so oder so. Es spielt für die strafrechtliche Zurechenbarkeit und für die Notwendigkeit solcher Differenzierung keine Rolle, ob man Hitlers Beteiligung ausschließlich als Anstiftung oder auch als mittelbare Täterschaft bewertet. Man fühlt es nicht so deutlich wie bei der Anstiftung und wird vielleicht auch vom extensiven Fahrlässigkeitstäterbegriff verführt, aber die Vorsatztäterschaft ist nun einmal kein Sammelbecken für sämtliche Morde, die ein Befehl des Machthabers auslöst. Soweit wir ihm als Täter Vorsatzdelikte zuschreiben wollen, gelten für die Rahmenbestimmung dieselben Kriterien, wie wenn wir uns auf die Annahme von Anstiftung beschränken.

Auf einem anderen Blatt steht der Befund, dass Fälle des offenen Vorsatzes, der unbestimmt viele Opfer einkalkuliert, unserer Dogmatik kaum beachtete Schwierigkeiten machen. Zugeschnitten ist die Vorsatzlehre auf die Konstellation, dass

⁴ Ambos, GA 1998, 226 (232).

der Handelnde einigermaßen genau vor Augen hat, in welchen Grenzen er wahrscheinlich oder möglicherweise deliktische Erfolge herbeiführt. Aber nehmen wir den Terroristen, der mit seiner Zeitzunderbombe im geparkten Auto einfach möglichst viele Menschen zu Tode bringen will! Wenn nun dank glücklichem Zufall die Explosion nur Sachschaden anrichtet, wegen wievielfachen Mordversuchs soll dann der Staatsanwalt anklagen? Und soll er auch noch wegen Versuchs anklagen, wenn sich das Mordvorhaben fünffach vollendet hat, aber noch öfter hätte vollenden können? Mit Täterschaft und Teilnahme hat das nichts zu tun. Es handelt sich um ein Vorsatzproblem, das sich wie gezeigt auch in Fällen unmittelbarer Alleintäterschaft stellen kann.

Man kann also die mittelbare Täterschaft nicht gegen die Anstiftung ausspielen, indem man jene als sachgerecht lobt und dieser die „Ablehnung“ erklärt, weil sie nicht passe. Der Angeklagte *hat* andere angestiftet, Morde zu begehen, da gibt es nichts abzulehnen. Seine Anstiftung ist so unbestreitbar wie z.B. die eines Vaters, der seinem Zwölfjährigen mit Erfolg empfiehlt, sich den begehrten iPod bei Saturn kostenlos zu verschaffen. Hier wie dort geht es nicht um ein Entweder-oder, sondern um die Frage, ob zur Anstiftung eine mittelbare Täterschaft *hinzukommt*, die als Strafgrundlage dann Vorrang hätte. Aber sie kann eben auch zu verneinen sein, und zwar selbst dann, wenn ein Diktator Untergebenen einen Mord zu verüben befiehlt. In solchem Fall mag ein Verfechter der Organisationslehre finden, dass das personelle Instrument, welches dem Herrscher zur Verfügung steht, für einen „Machtapparat“ noch nicht ganz genüge. Selbstverständlich würde er dann die Strafbarkeit wegen *Anstiftung* zum Mord bejahen. Soll nun ihr Vorliegen davon abhängen, ob das Sonderkommando aus x oder $x+3$ Personen besteht? Das würde nicht einleuchten. Die Frage kann nur sein, ob ab einer bestimmten Größe die Nur-Anstiftung zur Auch-Anstiftung und von einer mittelbaren Täterschaft als Strafgrundlage verdrängt wird.

Evident macht das die In-dubio-Konstellation: A bewegt den betrunkenen T, den O brutal zu verprügeln. Es bleibt vor Gericht unklar, ob T zur Zeit der Tat schuldunfähig war oder trotz der Alkoholisierung noch schuldhaft gehandelt hat. Selbstverständlich muss der Richter in dieser Lage auf die Anstiftung zurückgreifen können. Darum darf sie nicht im Sinne eines Entweder-oder das Fehlen mittelbarer Täterschaft voraussetzen. Das tut sie auch nicht: A hat vorsätzlich den T zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt, mag T auch ohne Schuld gehandelt haben. Und selbst wenn es in § 26 StGB hieße „ohne Täter zu sein“, würden wir es nicht anders sehen. Die Dinge lägen dann genauso wie bei der Alternative „Mörder“ oder „Totschläger“. Steht fest, dass der Angeklagte einen Menschen vorsätzlich getötet hat, und ist möglich, aber nicht bewiesen, dass er es als Mörder getan hat, dann wird aus § 212 StGB bestraft, obwohl es dort sogar ausdrücklich heißt „ohne Mörder zu sein“. Im Gewande eines negativen Tatbestandsmerkmals stellen diese Worte lediglich den Vorrang der Bestrafung wegen Mordes klar.

II. Es gibt eine weitere Problematik, die ich in *Roxins* Beiträgen nicht herausgestellt und nicht bewältigt finde und über die denn auch das Urteil hinweggeht: Wann verschafft einem Vorgesetzten die Befehlsgewalt über andere Menschen schon das spezifische Potential eines „organisatorischen

Machtapparats“? Ich kenne *Roxins* Kommentar zum Urteil noch nicht und weiß nicht, ob er ihm zustimmt oder widerspricht, halte aber beides für gleichermaßen möglich. Verglichen mit Organisation und Ausmaß der Judenvernichtung im Zweiten Weltkrieg – *Roxins* hauptsächliches und idealtypisches Beispiel – waren die Einrichtung des Sonderkommandos Colina mit seinen gut 30 Mitgliedern und die 25 Morde, die Fujimori und unter ihm Montesinos durch zweimaligen Einsatz der Truppe verschuldet haben, dermaßen geringfügig, dass man ohne weiteres einen *qualitativen* Unterschied behaupten kann. Ich sehe auch nicht, dass hier Hilfsbegriffe und Metaphern wie „Fungibilität“, „auswechselbares Rädchen im Getriebe“, „Rechtsgelöstheit“ usw. das Urteil berechenbar machen könnten. Angesichts eines auf Befehl verübten Deliktes muss der Richter beurteilen, ob die Organisation, worin der Befehl erging, ein „Machtapparat“ war und ob dieser sich deliktsspezifisch „vom Recht gelöst“ hatte. Wo er hier nach Zahl, Zeit und Ausmaß die Grenze zieht zwischen „noch nicht“ und „aber jetzt“, ist in sein Belieben gestellt. Darum sind Zweifel erlaubt, ob die fragliche Theorie überhaupt wissenschaftlich verwertbar ist: Man kann die im Einzelfall abgeleitete Behauptung „mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft“ nicht überprüfen und ggf. entkräften, weil nicht zu erkennen ist, unter welchen Bedingungen die Behauptung als widerlegt anzusehen wäre. Noch einmal zum sog. Röhm-Putsch: Jemand beurteilt Hitler auch hinsichtlich der Ermordung Röhrs und anderer SA-Führer als mittelbaren Täter. Hat er Recht, weil die wenigen tötungsbereiten oder tötungsgeneigten SS-Männer schon als „austauschbare Rädchen im Getriebe eines Machtapparates“ zu betrachten waren und weil diese erste, gegen die SA-Spitze gerichtete Ignorierung des Tötungsverbotes schon hinreicht als deliktsspezifische „Loslösung vom Recht“? Oder war die Verschwörergruppe noch zu klein für den Machtapparat und war die Loslösung vom Recht noch nicht vollzogen, weil 1934, unter Hindenburg, der „Herr Reichskanzler“ sich in gewissem Sinn noch an die Rechtsordnung band und das ad hoc geschaffene Gesetz („als Staatsnotwehr Rechtens“) als deklaratorisch verstanden haben wollte?

Hier antizipiere ich *Roxins* Erwiderung, die deliktsspezifische Rechtsgelöstheit des Unternehmens folge schlicht daraus, dass die Tötungen Unrecht waren und die Beteiligten dies wussten.⁵ Aber bei diesem Verständnis wäre das Prädikat auch zu vergeben, wenn ein Machthaber seinem Stab zum ersten und einzigen Mal etwas Rechtswidriges auszuführen befiehlt, z.B. eine Urkundenvernichtung. Die Frage nach der Rechtsgelöstheit verlöre jeden Unterscheidungssinn; sie wäre *immer* zu bejahen, weil sie sich nur stellt, wenn jemand auf Befehl strafbares Unrecht verübt.⁶

⁵ Vgl. *Roxin*, Schroeder-FS (Fn. 1), S. 396: Es „muss natürlich der Machtapparat sich nicht in jeder Beziehung, sondern nur im Rahmen der von ihm verwirklichten Straftatbestände vom Recht gelöst haben“.

⁶ Das meint auch *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (534); er fragt, was man mit einer auf die konkrete Tat beschränkten „Rechtsgelöstheit“ denn noch anfangen solle, „wenn sie doch schon notwendige logische Voraussetzung dafür ist, daß überhaupt eine Strafbarkeit im Raume steht“.

III. Problematisch ist ferner, dass die Lehre von der Organisationsherrschaft die mittelbare Täterschaft mit der angeblichen „Erfolgssicherheit“ begründet, die der Machtapparat dem Machthaber gewährleiste. Dieses Kriterium taucht bei *Roxin* immer wieder auf. Verschieden formuliert findet es sich z.B. im jüngsten Aufsatz mehrmals auf engstem Raum.⁷ Der Apparat sei es, der „dem Hintermann die Herrschaft über den Erfolg sichert“; entscheidend sei „der Umstand, dass der Apparat mit der ihm eigenen Wirkweise den Erfolg garantiert“; „Organisationsherrschaft setzt [...] eine Beherrschung des tatbestandsmäßigen Erfolges voraus“⁸; „Tatherrschaft ist immer nur die Herrschaft über den tatbestandsmäßigen Erfolg“; „der Hintermann besitzt [...] eine Einflussmöglichkeit, die über den ihm zu Gebote stehenden Machtapparat die Erfolgsherbeiführung [...] sicherstellt“; „diese Erfolgssicherheit begründet die Tatherrschaft“.

Nun liegt auf der Hand, dass die Behauptung, der Apparat garantiere den Deliktserfolg und mache ihn „sicher“, anfechtbar, ja sagen wir gleich: *unhaltbar* ist. Wie autonom handelnde Menschen können auch Befehlsempfänger selbst den festesten Entschluss umstoßen, ihrem Gewissen folgen, das gesteckte Ziel aus Ungeschick verfehlen, aus Faulheit untätig bleiben oder sich bestechen lassen. Und es ist einfach nicht wahr, dass der Apparat im Ganzen dann regelmäßig, nach Auswechslung der ausgefallenen Person als eines defekten Rädchens im Getriebe, die vom Befehlsgeber eingeleitete Tat dennoch – mit unwesentlicher Abweichung im Kausalverlauf – zur Vollendung bringt.⁹ So sind Zigtausend Juden, auf die sich der Vernichtungsbefehl bezog, dem Zugriff des Apparates endgültig entkommen. Selbst von den polnischen Juden, die rücksichts- und ausnahmslos „auszurotten“ beschlossen war (drei Millionen Ermordete), hat gegen den Willen Hitlers und Himmlers jeder Zehnte überlebt. Aber ich stelle eine Frage, die bisher seltsamerweise ungestellt geblieben ist: Hat es die Lehre von der Organisationsherrschaft denn überhaupt nötig, die Annahme mittelbarer Täterschaft mit der „Erfolgssicherheit“ zu begründen? Das möchte man doch zunächst entschieden verneinen, denn wenn die Täterschaft beim vollendeten Vorsatzdelikt eines *nicht* voraussetzt, dann ist es die Sicherheit des Erfolgs. Der Terrorist, dessen Machtapparat die Zeitzünderbombe im Auto ist, der Vater, der seinen zwölfjährigen Sohn auffordert, der Oma im Altenheim heimlich 100 Euro zu entwenden – es ist für sie ganz unsicher, ja u.U. sogar unwahrscheinlich, dass es zum Tod bzw. zur Wegnahme kommt. Wenn aber doch, dann sind sie Täter, und wer die heilige Kuh der Täterschaftsvoraussetzung „Tatherrschaft“ unbedingt schonen will, muss den beiden wohl oder übel, obwohl sie fern vom Geschehen auf dessen erfolgreichen Ablauf nur hoffen konnten, „die wirkliche Herrschaft über den Geschehensablauf“ zuschreiben.¹⁰ Wa-

rum sollte ein Vertreter der Lehre von der Organisationsherrschaft nun in deren Fällen angewiesen sein auf den Nachweis der vom Machtapparat gewährleisteten Erfolgsgewissheit, wo es doch sonst auf solche Sicherheit offensichtlich nicht ankommt?

Die Antwort erschließt sich, wenn man die anerkannten normalen Fälle von Täterschaft genau betrachtet. Sie zeichnen sich aus durch ein ganz klares Kriterium: Wenn Terrorist und Vater den tatbestandsmäßigen Erfolg verursachen, dann tun sie es ohne Zwischenschaltung einer Person, die eigenverantwortlich den Tatbestand verwirklicht; an solcher Zwischenschaltung fehlt es nicht nur bei der Bombe, sondern auch beim Kind, das zwar eine Person ist, aber dem Vater als schuldlos handelndes Werkzeug dient. In einer Befehlshierarchie ist dieses Kriterium nicht erfüllt; die Untergebenen und die Vollstreckenden sind der Bombe und dem Kind nicht vergleichbar, sie handeln ihrerseits schuldhaft und strafbar. Es geht nun offenbar um *Kompensation*, um einen Ersatz für den Umstand, der anerkanntermaßen Täterschaft begründet, d.h. für die normative Nähe des Erfolges, resultierend daraus, dass sich keine Zwischenverantwortlichkeit eines anderen Menschen einschleibt. Weil es an dieser *normativen* Nähe fehlt, will man nun wahrhaben, es gebe zum Ausgleich eine *faktische* Nähe: die Sicherheit des Erfolges dank der Automatik des Machtapparates.

Hier möchte ich auch die Begründung der mittelbaren Täterschaft einordnen, die *F.-C. Schroeder* vorgelegt und der *Roxin*'schen entgegengesetzt hat. Eine Sicherheit (*Schroeder*: „Entfallen der Erfolgsunsicherheit“) ist wiederum der entscheidende Gesichtspunkt, doch bindet *Schroeder* die Annahme an ein anderes Kriterium, an die Ausnutzung des schon feststehenden Entschlusses eines anderen, dem Befehl, wie er auch laute, zu folgen.¹¹ Gelöst von der Beschränkung auf Befehlsfälle – *Schroeders* Ausgangspunkt war der berühmte Dohna-Fall – lautet der Kerngedanke: „Eine solche Ausnutzung liegt dann vor, wenn die Ausführung der Absicht nur noch von einer Bedingung abhängt, die der Hintermann herbeiführt [...]. Mit der Kenntnis von dem festen Tatentschluss des anderen entfällt für den Hintermann die für den Teilnehmer typische Erfolgsunsicherheit, die Unterordnung unter fremden Tatentschluss.“¹² Ich will die Tragfähig-

bestimmen, hält er entgegen: „Wenn man die reale Steuerungsmacht für irrelevant erklärt, gibt man zugleich das Kriterium der Tatherrschaft auf. Denn dieses Merkmal hat keinen Sinn mehr, wenn es auf die wirkliche Herrschaft über den Geschehensablauf gar nicht ankommt“. Ich bestreite nicht die Konsequenz meines kritischen Vorstoßes, wohl aber, dass man sie ihm als Argument entgegensetzen kann.

¹¹ Vgl. *Schroeder*, JR 1995, 177 f.: Es fehlten die „Hemmungskräfte beim Ausführenden“ (mit besonderem Bezug auf den Keßler-Streletz-Fall, BGHSt 40, 218).

¹² *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 150. Dem *Schroeder*'schen „Entfallen der Erfolgsunsicherheit“ muss man einen durchaus anderen Sinn geben als *Roxins* „Erfolgssicherheit“. *Roxin* beansprucht für den „organisatorischen Machtapparat“, dass dieser dem Mann am Schalthebel den erstrebten (Todes-)Erfolg gewährleiste. Demgegenüber kann *Schroeder* nur meinen, dass der Hintermann sich der Tataus-

⁷ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (10 f.).

⁸ *Roxin* zitiert damit *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (16), und merkt an: „So bringt *Rotsch* meine Konzeption auf eine Formel, die ich durchaus gelten lassen kann“.

⁹ Vgl. die eindringliche und überzeugende Argumentation, die *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526), gegen *Roxins* Funktionalitätsthese richtet.

¹⁰ Vgl. *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (6 f.); meiner Forderung, Täterschaft nicht länger über die „reale Steuerungsmacht“ zu

keit dieses Gedankens offenlassen und nur zu bedenken geben, welche Ausdehnung der mittelbaren Täterschaft *Schroeders* Kriterium zur Konsequenz hat. Fest und rücksichtslos entschlossen zur Ausführung von Befehlen können Menschen ja auch außerhalb von organisierten Machtapparaten sein. *Schroeder* stellt sozusagen der Organisations- eine Willfährigkeitsherrschaft an die Seite, die in allen möglichen Fällen die Beteiligung sowohl als Anstiftung (die natürlich auch vorliegt) wie zugleich als Täterschaft erscheinen lassen kann. Für jeden Angestifteten, der die Straftat schuldhaft begangen hat, wäre zu erforschen, ob der Hintermann in ihm jemanden hatte, dessen Bereitschaft zu unbedingtem Gehorsam er ausnutzen konnte. Der Betrug, den der Angestellte, der Ladendiebstahl, den die Ehefrau, der Mord, den der fundamentalistische Fanatiker verübt: Wenn eine Autoritätsperson, der Chef, der Ehemann, der charismatische Religionsführer, die Tat veranlasst hat, kommt in Frage, dass der Ausführende trotz voller Eigenverantwortlichkeit als Werkzeug i.S. mittelbarer Täterschaft zu betrachten ist.

Nun ist eines sicher richtig: Die Wendungen „por medio de otro“ in Artikel 23 des peruanischen und „durch einen anderen“ in § 25 des deutschen Strafgesetzbuches sind so vage, dass man ihnen außer den Fällen der normativen Nähe des Erfolgs (keine Zwischenverantwortlichkeit) auch die der faktischen Nähe subsumieren kann (Sicherheit des Erfolgs wegen der Automatik des Machtapparates bzw. Sicherheit der Tatusführung wegen der Vorabentschlossenheit des Vordermannes). Aber es drängen sich doch Einwände auf. Erstens ist nicht einzusehen, warum die mittelbare Täterschaft, die in der Eigenverantwortlichkeit des Befehlsempfängers ihre scharfe und herkömmliche Grenze behalten könnte, so verschwimmen soll in einer Erweiterung, die wir gar nicht nötig haben: Alle Fälle erfasst die (Ketten-)Anstiftung, die ohnehin und unbestreitbar vorliegt (s.o. unter I.) und für die das Gesetz das gleiche Strafmaß eröffnet, ohne eine Strafmilderung zu gestatten. Dem „Schreibtischtäter“-Argument, wonach nur die Annahme von Täterschaft das von Verbrechen wie Stalin, Hitler und Fujimori begangene Unrecht angemessen ausdrücke, kann ich kein Gewicht geben. Solche Angemessenheitswertungen sind beliebig. Mit ihnen kann man in allen möglichen Fällen mittelbare Täterschaft Menschen zuschreiben, die sich deliktsspezifisch vom Recht lösen und ihre Machtstellung über Untergebene nutzen, sie zu Straftaten zu veranlassen; dem muslimischen Vater mit seiner gewaltigen Autorität, der seinen Söhnen einen „Ehrenmord“ aufträgt; dem Kaffeehandels-Unternehmer, der seinen von Arbeitslosigkeit bedrohten Verkäufern die immer gleichen Betrügereien abverlangt. Verbindlich ist nur die Wertung, die wir im Gesetz vorfinden, und die lautet in Peru wie in Deutschland, dass es auch nicht im Geringsten eine Minderwertung des Unrechts und Abschwächung des Schuldvorwurfs bedeutet, wenn man die Veranlassung anderer zur Verbrechenbegehung als Anstiftung (was sie sowieso ist) und nicht auch noch als mittelbare Täterschaft einordnet.

führung durch den Tatmittler (annähernd) sicher sein könne; mehr gewährleistet die Tatentschlossenheit des Vordermannes nicht, der Erfolg kann genauso ausbleiben wie bei eigenhändigem Handeln.

Zweitens glaube ich feststellen zu müssen, dass hier wie so oft eine Absicht die Einsicht unterdrückt. Man *will* die mittelbare Täterschaft und versperrt sich dadurch die Erkenntnis, dass die zur Begründung behaupteten Tatsachen gar nicht vorliegen. Ich habe das schon dargelegt und will es noch einmal anschaulich zu machen versuchen. Als Rädchen im Getriebe des Machtapparats sollen wir natürlich auch den Funktionär ansehen, der im Kleinen oder Großen zuständig war, die Juden in ihren Heimorten zu erfassen und für den Abtransport zusammenzutreiben. Gar nicht selten haben aber die so Beauftragten die vollständige Befehlsausführung nur vorgetäuscht und einzelne Juden, aus welchen Motiven auch immer, gewarnt und entkommen lassen. Mit Blick auf solche Befehlsempfänger und auf die Opferpersonen ihrer Zuständigkeit kann man nun weder sagen, dass die feste Tatentschlossenheit bestand, befehlsgemäß alle dem Tod zuzuführen, noch lässt sich feststellen, dass der Apparat die gewollten Todeserfolge garantiert. Gleichwohl sollen wir hinsichtlich der vollzogenen Tötungen mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft annehmen.

Roxin hält dem entgegen, die Überlegung beweise doch nur, „dass auch mittelbare Täterschaft scheitern kann. Auch wer sich eines genötigten, eines geisteskranken oder vorsatzlosen Werkzeugs bedient, kann durch überraschende Handlungen der Tatmittler sein Ziel verfehlen, ohne daß jemand das Vorliegen einer mittelbaren Täterschaft im Versuchsstadium bezweifeln würde“.¹³ Dieser Einwand übersieht, dass in den Vergleichsfällen das Kriterium der mittelbaren Täterschaft, d.h. die Nichtverantwortlichkeit des Tatmittlers, objektiv und nach der Vorstellung des Hintermannes erfüllt ist, während es daran fehlt, wo bei einer Vernichtungsaktion der einzelne Befehlsempfänger die Macht über Leben und Tod hat. In diesem konkreten Fall, auf den es unter dem Aspekt der Tötung eines Menschen stets ankommt, funktioniert der Vernichtungsapparat ja eben *nicht* unabhängig vom Wollen und Nichtwollen des einzelnen Mitglieds.

Wissenschaftliche Lehren sind Hypothesen, die sich als falsch erweisen können. An ihnen auf Biegen und Brechen festzuhalten und Kritik um jeden Preis zurückzuweisen, ist keine gute Standhaftigkeit. Wenn der kritischen Überprüfung weder die eine noch die andere Begründung der mittelbaren Täterschaft standhält, dann sollte man von ihr wieder abzurücken sich überwinden, ungeachtet auch der Verblüffung und Enttäuschung vieler Proselyten. In einem Ermordungsapparat hitlerscher Prägung leistet mancher zur Tötung eines oder vieler Menschen seinen kausalen Beitrag, ohne schon vorher dazu „fest entschlossen“ zu sein, ja vielleicht sogar umgekehrt trotz des Entschlusses, sich diesmal zu verweigern. Ein bedingungsloses „Führer, befehl! Wir folgen dir!“ war der Refrain eines von Goebbels 1941 in Auftrag gegebenen Propagandaliedes („Von Finnland bis zum Schwarzen Meer“), aber ganz gewiss nicht die innere Einstellung aller Befehlsempfänger. Und auf allen Ebenen gab es Untergebene, die einzelne oder viele dem Machtapparat aufgebene Tötungen verhindert haben oder hätten verhindern können. Gewiss, der

¹³ So *Roxin*, in: Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, S. 55 (S. 56).

Apparat hat trotzdem in furchtbarer Weise funktioniert, indem er Millionen Morde hervorgebracht hat, und nicht einmal der Kommandant eines Vernichtungslagers hätte ihn lahmlegen können. Aber darauf kann es nicht ankommen, wenn wir nach der *Mordtäterschaft* des obersten Befehlshabers fragen und sie davon abhängig machen, ob er sich des von ihm gewollten *Morderfolges* sicher sein konnte. Denn dann geht es um den *Tod des einzelnen Menschen* und nicht um das Weiterarbeiten des Vernichtungsapparats. Zu Recht wendet *Rotsch* gegen die Täterschaftsbegründung der „Organisationsherrschaft“ ein: „Der grundsätzliche Mangel der Konstruktion liegt darin, dass *Roxin* die Tatherrschaft [...] losgelöst von der konkreten Tat bestimmt.“¹⁴ Hätte sich etwa Rudolf Höß, von 1940 bis 1943 Lagerkommandant in Auschwitz, bemüht, einige oder viele vor der Vergasung zu bewahren, dann wäre ihm das auch gelungen, und der Apparat hätte insoweit keinen Erfolg gehabt.

Hier kommt etwas in den Blick, was mir bislang gänzlich unbeachtet geblieben zu sein scheint. Wer in den Machtapparat-Fällen für mittelbare Täterschaft ist, stellt sich die Befehlsgebung immer so vor, als laufe von oben nach unten eine Anweisung durch, die klar definiere, welche Person oder welche Personen zu vernichten seien. Gerade bei der Planung von Massenmorden verhält es sich aber anders. Man denke nur an die Bahnrampe in Auschwitz-Birkenau, wo Mengele fast nach Belieben entschied, wer sogleich vergast wurde und wer als Arbeitssklave weiterleben durfte, mit einer kleinen Hoffnung auf spätere Befreiung. Die tausendfachen Morde und Freiheitsberaubungen im Zuge der großen Tschistka von 1935 bis 1939 lassen sich wohl so gut wie alle auf weit gefasste Befehle Stalins zurückführen. Aber im Einzelnen gab der Diktator dem NKWD und der Staatsanwaltschaft recht freie Hand zu entscheiden, wer durch Verhaftung von der „Säuberung“ erfasst und wer dann sogleich „liquidiert“ oder vor Gericht gestellt wurde, wo wiederum in Schau- und Geheimprozessen die Richter – in Grenzen – die Wahl hatten zwischen Todesurteil und Lagerverbannung. Und der einzige Vernichtungsbefehl, den Hitler jemals selbst unterschrieben hat, öffnete den Schlüsselbeteiligten sogar ausdrücklich einen Ermessensspielraum. Ich meine den auf einem privaten Briefbogen Hitlers geschriebenen und auf den „1. Sept. 1939“ rückdatierten „Euthanasiebefehl“: „Reichsleiter Bouhler und Dr. med. Brandt sind unter Verantwortung beauftragt, die Befugnisse namentlich zu bestimmender Ärzte so zu erweitern, dass nach menschlichem Ermessen unheilbar Kranken bei kritischster Beurteilung ihres Krankheitszustandes der Gnadentod gewährt werden kann.“ Die bestimmten Ärzte waren damit ermächtigt, durch Begutachtung oder Ausfüllung von Meldebogen Geistesranke dem Abtransport und der Tötung auszuliefern (man schätzt die Zahl der Opfer auf 80.000). Hier kann man offensichtlich keine individuellen Todeserfolge nennen, deren Eintritt mit dem Anlaufen des Vernichtungsapparates „sicher“, „garantiert“, „gewährleistet“ gewesen wäre. Jeder einzelne, der bedroht war, hatte eine Chance, verschont zu bleiben.

IV. „Dieser Ansicht ist jedoch nur zuzustimmen“, wenden *Jescheck* und *Weigend* gegen die Annahme mittelbarer Täterschaft der Befehlsgeber ein, „wenn die Ausführenden nicht

selbst als vollverantwortliche Täter betrachtet werden können [...]. Sind sie das aber, so ist der Mann in der Zentrale, gerade weil er die Organisation beherrscht, Mittäter. Die Gemeinsamkeit des Tatentschlusses wird durch das Bewusstsein der Leitenden und Ausführenden hergestellt, dass eine bestimmte Tat oder mehrere Taten gleicher Art entsprechend den Weisungen der Leitung vorgenommen werden sollen.“¹⁵ Und ebenso kritisch meint *Otto* zur Frage der Organisationsherrschaft, der eigenverantwortlich die Verbrechensbefehle Ausführende werde nicht beherrscht, er mache sich „mit seinem Verhalten [...] vielmehr den verbrecherischen Plan konkludent zu eigen. Unmittelbar Handelnde und Machthaber sind daher als Mittäter anzusehen“.¹⁶

Auch dieser Auffassung ist zuzugeben, dass man das Gesetz (§ 25 Abs. 2 StGB) in seiner Unbestimmtheit so verstehen kann. Aber wie die Verfechter der mittelbaren Täterschaft das Verantwortlichkeitskriterium, so setzen die zitierten Autoren das außer Kraft, was uns sonst überall dient, die Mittäterschaft einzugrenzen. Sie lassen für die Gemeinschaftlichkeit das „Bewusstsein“ aller Beteiligten genügen, dass bestimmte Taten weisungsgemäß vorgenommen werden sollen (*Jescheck/Weigend*) bzw. dass der Machthaber plant und der unmittelbar Handelnde sich „den verbrecherischen Plan konkludent zu eigen“ macht (*Otto*). Das kann man im Grunde von jeder erfolgreichen Anstiftung des Alltags sagen, z.B. wenn die Ehefrau im SB-Markt gehorsam stiehlt, was zu stehen ihr Mann sie angewiesen hat, oder jemand seine Frau umbringt, weil seine Geliebte es gefordert und ihm das Gift verschafft hat. Die jeweils Beteiligten sind sich einig, dass eine bestimmte Tat weisungsgemäß vorgenommen werden soll, und mit dieser Tat macht sich die ausführende Person den deliktischen Plan der auffordernden Person konkludent zu Eigen. Will man sich nicht in Widersprüche verstricken, dann darf man die dem Wortsinn nächstliegende und sonst immer praktizierte Deutung der Mittäterschaftsvorschrift nicht punktuell gegen eine extensive auswechseln, nur um bestimmte Anstifter als Täter bestrafen zu können.

V. Es läuft aufs Gleiche hinaus und hat keine praktische Bedeutung, aber *Fujimori* hätte richtigerweise wegen Anstiftung zu den Morden, die er veranlasst hat, verurteilt werden müssen.¹⁷ Als Täter hat er sie nicht begangen, sein Veranlassen erfüllt weder die Voraussetzungen der mittelbaren noch die der Mittäterschaft.

¹⁵ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 670 (§ 62 II. 8.).

¹⁶ *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 21 Rn. 92. Für Mittäterschaft in den fraglichen Fällen ferner *Jakobs*, NStZ 1995, 27; *Weber*, in: Baumann/ders./Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 29 Rn. 146 f.

¹⁷ Allgemein für die Befehlsgeber in Machtapparaten ebenso *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 510; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 319 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 87 ff.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 ff.; *ders.*, NStZ 2005, 13 ff.; *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 25 Rn. 59 f.; *Zaczyk*, GA 2006, 411 ff.

¹⁴ *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (561).