

Anstiftung oder Täterschaft? „Organisationsherrschaft“ in Wirtschaftsunternehmen

Von Privatdozent Dr. Joerg Brammsen, cand. iur. Simon Apel, Bayreuth

I. Einleitung und Überblick

Als der BGH 1962 erstmals einen vollverantwortlich-eigenhändig handelnden Täter zum bloßen Gehilfen und seine Hintermänner im „Machtapparat“ (des KGB) zu eigentlichen Haupttätern der vom Vordermann ausgeführten Tötungsdelikte erklärte, ahnte wohl niemand, welche Bedeutung die damit konstruierte mittelbare Täterschaft Jahrzehnte später bekommen sollte: Das „*Staschynski-Urteil*“¹ wurde zum Vorbild einer Entwicklung, die sich schrittweise von der staatlichen Provenienz ihrer Ausgangssituation entfernte und sich zunehmend einem Transfer auch auf das Wirtschaftsleben zuwandte. Ihre maßgeblichen Impulse erhielt sie von den „Mauerschützen-Fällen“², in denen gleich mehrfach neben den – unmittelbar verantwortlichen – Grenzsoldaten die Mitglieder des nationalen Verteidigungsrates als (organisationssteuernde Hintermänner und mittelbare) Täter erachtet wurden. Hauptsächlich identifizierte der BGH zwar die Ratsmitglieder als Teil des für Sicherheitsmaßnahmen in der DDR zuständigen Zentralorgans,³ die sich der Verwirklichung ihrer rechtswidrigen Befehle durch den von ihnen beherrschten Apparat der Grenztruppen sicher sein konnten,⁴ bemerkte in einem nicht näher begründeten Nebensatz aber auch, dass die Konstruktion einer solchen „Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats“ möglicherweise ebenso auf wirtschaftliche Unternehmen anzuwenden sei.⁵ 1997 beließ das Gericht in einem Betrugsverfahren gegen zwei faktische Geschäftsführer einer Holzverarbeitungsfirma deren Einstufung als unmittelbare Täter unbeanstandet, da beide Angeklagten jedenfalls mittelbare Organisationstäter sein könnten.⁶ Eine ausdrückliche Bezeichnung des Hintermannes in einem wirtschaftlichen Unternehmen als Täter kraft Organisationsherrschaft ist lange nur umschrieben worden,⁷ liegt nunmehr aber vor.⁸

¹ BGHSt 18, 87 ff. Der KGB-Agent *Bogdan Staschynski* hatte, genau instruiert, ausgerüstet und ausgebildet von seinen Führungsoffizieren, zwei in der BRD lebende Sowjetbürger umgebracht.

² BGHSt 40, 218 ff. Gründe für die Einbeziehung der Wirtschaftsunternehmen in das Urteil benennt *Nack*, GA 2006, 342 (343 f.).

³ BGHSt 40, 218 (237 f.).

⁴ So formuliert nur in BGH JZ 1995, 45 (48).

⁵ BGHSt 40, 218 (236) und BGH NStZ 2008, 89 (90); Ebenso BGH NJW 2000, 448; NJW 2003, 522 (525) spricht nur noch von „Befehlshierarchien verschiedenster Art“; BGH JR 2006, 245 (246), davon, dass der Täter „bestimmte Rahmenbedingungen durch Organisationsstrukturen“ schaffe, um diese zur Verwirklichung der Tat auszunutzen; kritisch *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 13 (16 ff.); *ders.*, JR 2006, 248 ff.

⁶ BGH NJW 1999, 769.

⁷ Im sog. „Lederspray-Fall“ (BGHSt 37, 106 ff.) und dem „Abfallbeseitigungs-Fall“ (BGHSt 43, 219 ff.) sowie bei der „Weinverschnitt-Entscheidung“ (BGH NJW 1995, 293 ff.)

Nachhaltig gefördert wurde die Verbreitung der neuen Rechtsfigur durch *Claus Roxin*, dessen Erklärungsansatz nachfolgend kurz dargestellt wird (II.).⁹ Im Anschluss daran werden Lösungen aufgezeigt, die auf die Annahme eines „Täters hinter dem Täter“ (III.) zurückgreifen oder eine Zuordnung zur Mittäterschaft (IV.) oder zur Anstiftung (V.) präferieren. Ihnen folgt nach Auseinandersetzung mit allen Ansichten und unter Zentrierung der besonderen Strukturen in Wirtschaftsunternehmen der eigene Ansatz (VI.). Eine Zusammenfassung und ergänzende Schlussbemerkungen beschließen die Ausführungen (VII.).

II. Die Hauptfigur der Organisationstäterschaft: Die mittelbare Täterschaft qua organisatorischer Macht

I. Vorbemerkungen zum Ausgangspunkt

Nach § 25 Abs. 1 StGB wird als Täter bestraft, wer „die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht“. Dabei beschreibt die zweite Alternative mit dem Begehen der Tat „durch jemand anderen“ die sog. mittelbare Täterschaft.¹⁰ Gemeinhin werden der „durch“ den anderen Handelnde als Hintermann und der „andere“ als Werkzeug oder Tatmittler bezeichnet. Der Hintermann kontrolliert gewissermaßen den Tatmittler durch einen bei diesem vorliegenden Defekt,¹¹ der nunmehr ihm die Täterschaft zuweist: Kraft Nötigungsherrschaft bei Drohung oder Gewalt, kraft Ausnutzung eines nicht schuldfähigen Menschen (durch dessen fehlende Einsichtsfähigkeit) und kraft überlegenen Wissens bei fehlerhaften Vorstellungen über die Wirklichkeit.¹² Alle drei Varianten fundieren eine der Handlungsherrschaft des Ausführenden übergeordnete Willensherrschaft des Hintermannes.

Fraglich ist, ob es daneben eine Konstellation gibt, in der ein rechtswidrig und schuldhaft handelnder unmittelbarer

verurteilt der BGH zwar Geschäftsführer bzw. leitende Angestellte als Täter, allerdings ohne sich ausdrücklich auf das Kriterium der Tatherrschaft kraft organisatorischen Machtapparates zu berufen. Er folgt vielmehr einer „normativ-sozialen Betrachtungsweise“, vgl. *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft – ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004, S. 49 ff.

⁸ Vgl. BGH JR 2004, 245 (246) mit krit. Anm. *Rotsch* im Bezug auf Vorgänge in einer „streng hierarchische[n] Organisation“ in einer Tierarztpraxis, welche wohl als wirtschaftliches Unternehmen einzustufen ist. Nach *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (262 f.) hat der BGH im Laufe der Jahre eine eigene, neue Form strafrechtlicher Beteiligung entwickelt.

⁹ *Roxin*, GA 1963, 193 ff.

¹⁰ *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 25 Rn. 6; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 25 Rn. 4.

¹¹ *Bloy*, GA 1996, 424 (437).

¹² Vgl. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 21 Rn. 69 f.

Täter einen strafgesetzlichen Tatbestand verwirklicht und gleichwohl als Tatmittler für einen die Tat lenkenden Hintermann eingestuft werden muss, so dass nunmehr letzterer als mittelbarer Täter anzusehen ist.¹³

2. Das Grundmodell der mittelbarer Organisationstäterschaft

Roxin als spiritus rector dieser Täterfigur war aufgrund seiner Konzeption der Mittäterschaft zu einer solchen Annahme gezwungen: Seiner Vorstellung nach bedarf es zwingend eines Mitwirkens aller Beteiligten bei Ausführung der Haupttat – von Versuchsbeginn bis zur Vollendung¹⁴ –, um eine Mittäterschaft begründen zu können. Eine bloße Beteiligung im Vorbereitungsstadium genügt hingegen nicht,¹⁵ so dass ihm für die Täterstrafe der Hintermänner nur ein Rekurs auf eine mittelbare Täterschaft verbleibt. Einen solchen rechtfertigt er mit der Zugehörigkeit der Protagonisten zu einem staatlich organisierten Apparat,¹⁶ da dort die jeweiligen Vorgesetzten sich auf Grund ihrer Organisation sicher sein könnten, dass die von ihnen befohlenen Verbrechen mit Gewissheit ausgeführt werden.¹⁷ Bei dieser Konstellation einer „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ handele es sich auch um eine eigene Kategorie der mittelbaren Täterschaft, weil weder Nötigungs- noch Irrtumsherrschaft vorliege.¹⁸

Anders als bei der Anstiftung sind für *Roxin* die Hintermänner als Täter einzustufen, da NS-Schreibtischtäter oder Geheimdienstleiter einen anderen Einfluss auf den Taterfolg haben.¹⁹ Grundsätzlich verbleibt nämlich die Entscheidung über den Tatentschluss bei der Anstiftung allein beim ausführenden Täter, der die Tat damit im Sinne der Tatherrschaftslehre in Händen hält, wobei der Anstifter die Tat gerade als Tat eines anderen will, dem er auch die Tatherrschaft überlässt. In „Machtapparaten“ trifft hingegen der die Anweisung zur Deliktsbegehung gebende Vorgesetzte eine endgültige Entscheidung über das „Ob“ der Tat. Außerdem kann er sich darauf verlassen, dass, wenn eines der ihm untergeordneten Organe der Organisation die Tat verweigert, sogleich ein anderes an dessen Stelle treten wird.²⁰ Die Organisation ist

demnach vom einzelnen Mitglied unabhängig und der Anweisende der eigentliche Inhaber der Tatherrschaft.²¹ Eine die Tatherrschaft des Anweisenden begründende Organisation bedarf jedoch eines festen Gefüges und nicht nur persönlicher Beziehungen der Mitglieder untereinander: Nur dann liegt eine als „Fungibilität“ zu bezeichnende, typische organisationsbedingte Austauschbarkeit des unmittelbaren Täters vor.²²

Um von Fungibilität reden zu können, muss die betreffende Organisation außerhalb der Rechtsordnung „rechtsgelöst“ wirken – zumindest was den konkret zu verwirklichenden Straftatbestand betrifft.²³ Sie darf sich also in Bezug auf zumindest ein Ziel nicht mehr an das geltende Recht gebunden fühlen, da innerhalb grundsätzlich im Einklang mit dem geltenden Recht stehender Organisationen die Anordnung einer rechtswidrigen Tat nicht mit Sicherheit zur Verwirklichung führt.²⁴ Vielmehr muss das ausführende Organ erst für den Tatplan gewonnen werden, so dass von einem Handeln nur durch Bewegung des Apparates nicht die Rede sein kann. Als rechtsgelöste und hinsichtlich der Fungibilität der Mitglieder ausreichend straff gegliederte Organisationen kommen gesamtstaatliches Unrecht oder Organisierte Kriminalität in Betracht.²⁵

3. Organisationstäterschaft in Wirtschaftsbetrieben

Die Literatur befürwortet nur teilweise, dass auch Wirtschaftsunternehmen der *Roxin*schen Definition genügen.²⁶ Danach ergeben sich Fungibilität und Rechtsgelöstheit der Organisationsmitglieder von Wirtschaftsunternehmen aus ihrer Zugehörigkeit zu einem hierarchisch organisierten Sys-

¹³ *Roxin*, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 549 (550).

¹⁴ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198 f.

¹⁵ *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 198; anders in soweit etwa *Joecks*, in: ders./Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 25 Rn. 169 ff. mwN.

¹⁶ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 242 f.; *ders.*, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (550).

¹⁷ *Roxin*, GA 1963, 193 (200); *ders.*, Täterschaft (Fn. 16), S. 245 f.

¹⁸ *Roxin*, Täterschaft (Fn. 16), S. 243 mit dem Hinweis, dass Nötigungs- und Irrtumsherrschaft „auch sonst bei typischen Konstellationen solcher Art“ nicht vorliegen werden.

¹⁹ *Roxin*, GA 1963, 193 (200); ähnlich jüngst *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (5 f.).

²⁰ *Roxin*, in: Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 173 (192 ff.); *ders.*, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (550).

²¹ In concreto für NS-Verbrecher *Roxin*, GA 1963, 193 (200).

²² *Roxin*, GA 1963, S. 200; zust. *Ambos*, GA 1998, 226 (245).

²³ Der Begriff der Rechtsordnung meint inner- und überstaatliche Rechtsordnung (z.B. Völkerrecht, naturrechtliche Grundsätze); vgl. *Roxin*, Täterschaft (Fn. 16), S. 250. Für Rechtsgelöstheit als notwendiges Kriterium auch *Rudolphi*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 863 (871); zum Kriterium kritisch *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 606 ff.

²⁴ *Roxin*, GA 1963, 193 (204); konkretisierend *ders.*, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (556); zust. *Maier*, ZStW 107 (1995), 41 (149).

²⁵ *Roxin*, Täterschaft (Fn. 16), S. 250; *ders.*, GA 1963, 193 (205) nennt beispielhaft Mafia und Ku-Klux-Klan; zust. für „organisiertes Verbrechen“: *Joecks*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 132; *Muñoz-Conde*, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 608 (618).

²⁶ Etwa von *Jung*, JuS 1995, 173 (174); *Kuhlen*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Teilnahmeverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 71 (82 f.); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 25 Rn. 2; *Rogall*, ZStW 98 (1986), 573 (617 f.); im Grundsatz auch *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004, S. 216; einschränkend *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 73b f.

tem weisungsbefugter Vorgesetzter und befolgungspflichtiger Mitarbeiter/Untergebener.²⁷ Deren Weisungen würden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit befolgt, da der Arbeitsmarkt aktuell extrem gespannt sei und selbst für spezialisierte Arbeitskräfte zeitnah Ersatz gefunden werden könne.²⁸ „De facto und de iure“ sei deshalb eine Befehls- und Organisationsherrschaft des Vorgesetzten gegeben, soweit im Innenverhältnis eine Weisungsbefugnis und eigene Verantwortung für den betroffenen Bereich gewährt werden.²⁹ Ebenso könnten Unternehmen außerhalb der Rechtsordnung stehen und damit das Kriterium der Rechtsgelöstheit erfüllen. Dazu genüge bereits ein teilweise rechtsgelöstes Agieren, da sich Subsystem und Gesamtsystem zueinander verhielten wie System und Außenwelt.³⁰ Einen den konkreten Tatmittler in seiner Freiheit beeinträchtigten und daher steuernden Druck bewirkten Unternehmen durch Mobbing oder Kündigungsdrohung,³¹ was eine Erstreckung der mittelbaren Organisationstäterschaft und damit eine doppelte Verantwortungszuweisung auch bei Wirtschaftsunternehmen rechtfertige.³²

III. Das vorsatzzentrierte Alternativmodell: Der Täter hinter dem tatbereiten Täter

Ebenfalls (mittelbare) Einzeltäterschaft erkennt dem Hintermann innerhalb einer Organisation die Lehre vom sog. „Täter hinter dem Täter“³³ zu. Dieses Alternativmodell knüpft die Täterschaft des Hintermannes an das Erfordernis einer bereits vor seiner Aufforderung beziehungsweise Einwirkung prinzipiell vorliegenden Tatentschlossenheit des Vordermannes, so dass die späteren Anweisungen nur noch auslösende Bedingung für das Tätigwerden des Vordermannes sind.³⁴ Außerdem muss der Hintermann um diese prinzipiell ungehemmte Tatbereitschaft des Vordermannes wissen und diese bewusst in sein Handeln mit einbeziehen.³⁵ Damit ergibt sich eine Täterschaft des im Apparat übergeordneten Hintermannes letztlich daraus, dass in einer Organisation stets tatbereite Personen zur Verfügung stehen, deren Existenz dem in der Hierarchie weiter oben stehenden Hintermann bekannt ist.³⁶ Täterschaftsbegründend ist also im Unterschied zum Anstifter, dass diesem das Risiko des Nichteintritts des Erfolgs verbleibt, während hier der Hintermann durch Benutzung eines vollkommen Tatentschlossenen sich in höherem Maße

des Erfolgintritts sicher sein kann.³⁷ Die strikte Anbindung an die stets vorliegende Tatbereitschaft des Vordermannes begrenzt die Anwendbarkeit dieser Konzeption zwingend auf verbrecherische Organisationen: An der Rechtsordnung orientierte Organisationen werden nämlich eine schon vor Einwirkung bestehende Tatbereitschaft ihrer Mitglieder regelmäßig nicht herausbilden können.³⁸

IV. Der Kooperationsansatz: Die Mittäterschaft

Im Gegensatz zu den mittelbar-täterschaftlichen Haftungsmodellen vertreten einige Literaturstimmen, dass der Hintermann und der konkret handelnde Ausführungstäter wegen der Eigentümlichkeit ihres Zusammenwirkens als Mittäter zu qualifizieren sind.³⁹ Die Begehung der Straftat weise mit dem gemeinsamen Tatplan zwischen „Hintermann“ und Täter und einem jeweils haupttatförderlichem Verhalten der Beteiligten nämlich alle Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB auf.

4. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft

a) Der gemeinsame Tatplan

Die hierarchisch innerhalb eines organisierten Machtapparates über dem unmittelbar ausführenden Täter stehende Person, die eine rechtswidrige Tat anordnet und hierfür den Apparat in Richtung des unmittelbaren Täters in Bewegung setzt, gibt mit dem konkreten Tatplan das „Ob“ und „Wie“ der Tat zumindest anteilig fest vor.⁴⁰

Faktisch kann die gemeinsame Tatplanung in zwei Weisen erfolgen. Im ersten Fall wird der Tatplan vom anweisenden Hintermann unvollständig dem Ausführenden kundgegeben, so dass dieser ihn ergänzen muss. Seine Ergänzung ist dann der Tatplanbeitrag des Handelnden, der sich mit der Ausrichtung seiner eigenen Planungen an den Vorgaben des Anweisenden dessen Tatplan zu Eigen macht. Der Anweisende ist Mitplaner, da er dem Ausführenden einzelne Teile

³⁷ Schroeder, JR 1995, 177 (178).

³⁸ Schroeder bezieht sich daher nur auf „verbrecherische Organisationen“, (Fn. 33), S. 168.

³⁹ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 147; Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, 27. Kap. Rn. 40; Haas, ZStW 119 (2007), 534 ff. (542 f.); Jakobs, NStZ 1995, 26 (27); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II 8; Lampe, ZStW 119 (2007), 492 ff. (508 ff.); Otto, Jura 2001, 753 (759); für Wirtschaftsunternehmen Schönemann, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 401 (412); ders., in: Jähnke u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Bd. 1, § 25 Rn. 132.; ähnlich auch Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 241; siehe auch BGH NStZ 2008, 89 (90).

⁴⁰ Im Staschynski-Fall wurden diese Fragen allein von den KGB-Oberern entschieden, s. Fn. 1. Ohne derartige Vorgaben bleibt von vornherein nur der Rekurs auf eine Anstiftung, da der Ausführende in einem solchen Fall alleine das „Wie“ der Tat festlegt.

²⁷ Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (616).

²⁸ Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (616); Urban (Fn. 26), S. 228 f.

²⁹ Urban (Fn. 26), S. 233 f. nennt als Beispiele die Firmen Flowtex und Comroad.

³⁰ Schlösser (Fn. 7), S. 153.

³¹ Schlösser (Fn. 7), S. 155; Urban (Fn. 26), S. 239 ff.

³² Im Ergebnis auch BGHSt 40, S. 218 (236), freilich ohne sich mit Roxins Kriterien auseinanderzusetzen; hierauf verweist Rotsch, NStZ 2005, 13 (17).

³³ Grundlegend Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 107 ff.; in der Rechtsprechung etwa BGHSt 40, 218 (237); BGH JR 1999, 205 (208).

³⁴ Schroeder, JR 1995, 177 (178).

³⁵ Schroeder, JR 1995, 177 (178).

³⁶ Schroeder (Fn. 33), S. 168.

zur Ausarbeitung überlässt. Mittäter müssen nämlich die Handlungen des jeweils anderen nicht bis in jede Einzelheit kennen.⁴¹

Im zweiten Fall wird der Tatplan vollständig an den Ausführenden übermittelt. Hier scheint der vorgegebene Tatplan nicht gemeinsam gefunden, was jedoch für unschädlich gehalten wird, da nicht der Gehorsam des Ausführenden, sondern die „Vermittlerfunktion“ des funktionierenden Apparates das die Tat manifestierende Element darstelle.⁴² Die Eingliederung des Ausführenden in den Apparat macht ihn zu dessen Bestandteil und dessen Ziele abstrakt zu den eigenen.⁴³ Die Anweisung zum kriminellen Handeln transformiert dann gewissermaßen die abstrakte Bereitschaft der Zielförderung in einen konkreten Tatentschluss, der identisch mit dem des Anordnenden ist.⁴⁴ Ein unmittelbarer oder persönlicher Kontakt zwischen den Mittätern ist hierbei entbehrlich.⁴⁵ Allerdings muss der Apparat nach dieser Auffassung zumindest hinsichtlich der konkreten Handlung rechtsgelöst agieren;⁴⁶ andernfalls erscheint das Mitglied des Apparates hinsichtlich des rechtswidrigen Handelns nicht hinreichend organisationskonform überzeugt.

b) Die gemeinsame Tatförderung

Der Ausführungsbeitrag des unmittelbaren Täters besteht in der faktisch-tatbestandlichen Vollziehung der geplanten Straftat. Hinsichtlich des Anordnenden wird von den Vertretern der subjektiv akzentuierten Täterlehre jeder auch im Vorfeld getätigte Tatbeitrag als ausreichend angesehen, solange er von Täterwillen getragen ist.⁴⁷ Eine solche Handlung kann etwa wie in den Mauerschützen-Fällen im Bereitstellen der deliktseröffnenden Infrastruktur bestehen. Nach der mehr objektiv akzentuierten Tatherrschaftslehre reichen bloße Vorbereitungshandlungen nicht, es bedarf vielmehr der Setzung eines wesentlichen Tatbeitrages im Ausführungsstadium.⁴⁸ Im Rahmen der organisierten Machtapparate wird der Tatbeitrag des Hintermannes gerade darin gesehen, dass dieser den Apparat benutzt.⁴⁹ Aber dieser Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium ist ein wesentlicher, wenn sein Gewicht für die Tatverwirklichung derart groß ist, dass der unmittelbare Täter mit seinem Handeln nur als Teilleistender der Gesamttat erscheint.⁵⁰

⁴¹ Statt vieler *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 196; *Otto* (Fn. 12), § 21 Rn. 60.

⁴² *Otto*, Jura 2001, 753 (758).

⁴³ *Otto* (Fn. 12), § 21 Rn. 92.

⁴⁴ *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 21/103; *Otto*, Jura 2001, 753 (759).

⁴⁵ *Bottke*, JuS 2002, 320 (323); *Jakobs*, NStZ 1995, 26 (27).

⁴⁶ *Otto*, Jura 2001, 753 (759).

⁴⁷ *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 39), § 29 Rn. 147; *Jescheck/Weigend* (Fn. 39), § 63 III 1.

⁴⁸ *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 198 f.

⁴⁹ So *Otto*, Jura 2002, 753 (759); ähnlich *Jescheck/Weigend* (Fn. 39), § 62 II 8.

⁵⁰ *Otto*, Jura 2002, 753 (759).

V. Das Motivurhebermodell: Die Anstiftung

1. Die Anweisung: Teilnehmerschaftlicher Bestimmungsakt?

Das Gesetz qualifiziert die Beeinflussung eines vollverantwortlich handelnden Haupttäters als Anstiftung, § 26 StGB.⁵¹ Anweisungen innerhalb von Organisationen, die den Tatentschluss beim Haupttäter auslösen, genügen diesen Anforderungen problemlos. Generell wird es als ausreichend angesehen, dass der Ausführende den Anweisenden kennt und letzterer weiß, aus welchem Personenkreis der Täter stammt.⁵² Das Gesetz macht das Vorliegen eines Bestimmungsakts weder von einer lückenlosen Kenntnis des internen Organigramms noch von einer solchen der gesamten beteiligten Personenkette abhängig.⁵³

Für die Anstiftung wird darüber hinaus angeführt, dass sich die Anweisenden in den Mauerschützen- oder den NS-Fällen der Verwirklichung der von ihnen gewollten Taten durch die Handelnden gerade nicht sicher sein konnten.⁵⁴ Vielmehr hätten sowohl die Grenzposten als auch die Lagerkommandanten die Möglichkeit gehabt, die Flüchtenden nicht zu erschießen bzw. die zur Vernichtung vorgesehenen Menschen nach eigenem Gutdünken zu retten.⁵⁵ In dieser frei verantworteten Entscheidung des Täters über das „Ob“ der Tat realisiert sich damit genau dasjenige typische Mehr an „Risiko“, das der Anstifter im Gegensatz zum mittelbaren Täter trägt und das ihn als Teilnehmer kennzeichnet.

2. Anweisungen in und außerhalb von Machtapparaten

Für die bisherigen Vertreter des „Anstiftungsmodells“⁵⁶ ist maßgeblich, dass nach ihrer Auffassung Anstifter wie Anweisende die Tat im Sinne der Tatherrschaftslehre „aus der Hand“ geben. Der Apparat der Organisation und ihrer Hierarchie sind deshalb für den Anordnenden das, was die zum Delikt aufgeforderte Einzelperson für den Anstifter ist – ein Medium zur Tatbegehung, das ein Stück weit unberechenbar ist.⁵⁷ Eine solche identische Sachlage muss aber einheitlich behandelt werden. Dazu bieten sich als Möglichkeiten an:

⁵¹ Zur Auslegung des „Bestimmens“ in § 26 StGB eingehend *Amelung*, *Schroeder-FS* (Fn. 39), S. 147 ff.

⁵² BGHSt 6, 359; *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 26 Rn. 3a; *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 26 Rn. 5.

⁵³ Vgl. BGHSt 6, 359 (361 f.); *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 26 Rn. 8 mwN; a.A. (wohl enger) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969, S. 117 oder (weiter) *Dreher*, in: *Lackner u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 307 (321 f.).

⁵⁴ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (39); *Rotsch*, NStZ 117 (2005), 13 (14 f.); *ders.*, NStZ 1998, 491 (493).

⁵⁵ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (39 f.).

⁵⁶ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (39 f.); *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 510 f.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 89 ff.; *Rotsch*, NStZ 1998, 491 (492 f.); *ders.*, ZStW 112 (2000), 518 ff.; *ders.*, NStZ 2005, 13 ff.; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414).

⁵⁷ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (47 f.).

Einerseits kann der Hintermann bei einem verantwortlich handelnden unmittelbaren Täter in beiden Fällen (mittelbarer) Täter sein. Dadurch wird die Organisationsherrschaft aber zu einem inhaltsleeren Differenzierungskriterium, weil sie in Fällen „organisationsfreier“, d.h. klassisch-einpersonaler Tatveranlassung, gar nicht vorliegen kann. Außerdem wird das Institut der Anstiftung ausgehöhlt, wenn der Anstifter bei einem Einwirken auf einen hochverlässlichen Täter zum mittelbaren Täter werden muss.⁵⁸

Andererseits kann in beiden Konstellationen organisatiionsfreier und organisationszentrierter Einwirkung nur Anstiftung angenommen werden, da jeweils immer vorsätzlich und eigenverantwortlich handelnde Personen den strafbaren Erfolg bewirken.⁵⁹ Anders als der (mittelbare) Täter hat der Anstifter aber weder Tatherrschaft⁶⁰ noch einen Täterwillen (im Sinne der subjektiven Lehren). Die Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden beseitigt folglich die Tatherrschaft des Hintermannes⁶¹ und deshalb ist von einer Anstiftung sowohl im Falle des „Hintermannes im Organisationsapparat“⁶² als auch in der klassischen Anstiftersituation auszugehen.

VI. Kritik und eigener Ansatz

1. Der Ausschluss der Beihilfe

Prinzipiell auszuschneiden aus dem Kreis der möglichen Einordnungsansätze hat die Beihilfe i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB. Dies ergibt sich aus der Eigenart dieser gesetzlich nachgeordneten Zurechnungsfigur: Der Gehilfe leistet dem Haupttäter Hilfe durch Rat, Tat oder „psychischen Beistand“.⁶³ Zwar weist er durchaus eine Nähe zum Mittäter des § 25 Abs. 2 StGB auf, doch fehlt ihm aus Sicht der Tatherrschaftslehre die Tatherrschaft und aus Sicht der subjektiven Lehren der Täterwille.⁶⁴ Anders als die Täter i.S.d. § 25 StGB vollzieht der Gehilfe die Tat weder selbst noch durch einen anderen, noch will er sie als eigene.⁶⁵ Da er auch nicht zur Tat veran-

lasst wie der Anstifter, bleibt ihm immer nur eine „Nebenrolle“⁶⁶ in einem fremdgesteuerten Geschehen. Zur Lösung der Organisationsherrschaftsfrage ist er damit nicht qualifiziert.

2. Die Unstimmigkeiten mittelbar-täterschaftlicher Organisationsherrschaft

a) Generelle Schwächen

aa) Die Fungibilität

Obwohl die „mittelbare Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats“ in der Sache national⁶⁷ wie international⁶⁸ breite und teils uneingeschränkte Befürwortung gefunden hat, stehen ihr gleich mehrere grundlegende Bedenken entgegen. Diese setzen bereits bei dem maßstabsetzenden Kriterium der Fungibilität,⁶⁹ d.h. der beliebigen Austauschbarkeit des Tatmittlers an. Dieser Fungibilität ist vorzuwerfen, dass sie beim voll verantwortlichen Tatmittler praktisch versagt, da die Entscheidung über die Tat immer beim in concreto unersetzbaren Ausführenden verbleibt.⁷⁰ Das Kriterium wird denn auch von verschiedenen Stimmen im Kern zutreffend als „vordergründig“, „schlicht“ oder „schwammig“ bezeichnet.⁷¹

Es verwundert daher nicht, wenn von dritter Seite wiederholt Verbesserungsvorschläge gemacht wurden, die allerdings keine nennenswert gesteigerte Prägnanz und Praktikabilität gewähren.⁷² Dies gilt etwa für den Rekurs auf tatherr-

lediglich Hilfe zu leisten; vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 27 Rn. 20 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 27 Rn. 7.

⁶⁶ In dieser sieht den Gehilfen *Otto* (Fn. 12), § 21 Rn. 7.

⁶⁷ Exemplarisch *Cramer/Heine*, in: Sch/Sch (Fn. 10), § 25 Rn. 25a; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (244); *Küpper*, GA 1998, 519 (524); *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 25 Rn. 2; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (743); *Muñoz-Conde*, Roxin-FS (Fn. 25), S. 608 (618); *Nack*, GA 2006, 342 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, § 13 Rn. 541.

⁶⁸ Nachweise bei *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 7 Rn. 29 ff.; *ders.*, Völkerstrafrecht (Fn. 23), S. 590 ff.; *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 109; *Schünemann*, in: LK-StGB (Fn. 39), § 25 Rn. 126 mit Fn. 280; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 432 f.; kritisch zur völkerstrafrechtlichen Bedeutung und Perspektive *Kreß*, GA 2006, 304 (305 ff.).

⁶⁹ In seiner ursprünglichen Form befürwortet es *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (555); wohl auch *Hefendehl*, GA 2004, 575 (578).

⁷⁰ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 236; *Schlösser* (Fn. 7), S. 150; ähnlich *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 90.

⁷¹ Vgl. nur *Schroeder* (Fn. 33), S. 168 und *Urban* (Fn. 26), S. 214; gegen das Kriterium auch *Ambos*, Völkerstrafrecht (Fn. 23), S. 598; für „untauglich“ hält es *Radtke*, GA 2006, 350 (355 f.).

⁷² *Roxin* selbst hält nunmehr die „wesentlich erhöhte Tatbereitschaft des Ausführenden“ im Apparat für den die Täterschaft des Hintermannes ausmachenden Umstand, vgl. *Roxin*, ZIS 2006, 293 (298); *ders.*, Schroeder-FS (Fn. 39), S. 387 (397); *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (15 ff.); Diese Kategorie

⁵⁸ *Herzberg*, in: Amelung (Fn. 26), S. 33 (48 f.).

⁵⁹ *Herzberg*, in: Amelung (Fn. 26), S. 33 (48): „Hitler, Himmler und Honecker haben die Tötungsdelikte, die sie befahlen, nicht als Täter begangen, sondern als Anstifter veranlasst. Denn zwischen Befehl und Erfolg eingeschoben war die vorsätzliche und eigenverantwortliche Begehung durch andere“; ähnlich *Schlösser* (Fn. 7), S. 359; zust. zur das Anstifterverhältnis begründenden Vollverantwortlichkeit des Ausführenden *Köhler* (Fn. 56), S. 519 f.

⁶⁰ *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 7. Aufl. 2007, § 26 Rn. 2.

⁶¹ *Herzberg*, in: Amelung (Fn. 26), S. 33 (51); diametral noch *ders.*, Jura 1990, 16 (23).

⁶² Für Anstiftung als Vorinstanz zu BGHSt 40, 218 ff. das LG Berlin JR 1994, 205 (208) - die Gründe hierfür gehen aus der Fundstelle aber nur unzureichend hervor.

⁶³ Im Einzelnen umstritten, vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 27 Rn. 11 f. mwN; *Geppert*, Jura 1999, 266 ff.

⁶⁴ *Joecks*, StGB (Fn. 60), § 27 Rn. 1

⁶⁵ Sein Vorsatz beläuft sich zwar auf den objektiven Tatbestand der Haupttat, aber auch auf die eigene Rolle, zu dieser

schaftsfundierende vertikal-hierarchische Organisationsstrukturen, die dem Handelnden neben eigener Handlungsverantwortung nun gleich auch noch die Verantwortung für das Wirken des Apparates zuweisen sollen.⁷³ Unwesentlich konturenreicher sind Hinweise auf „motivierende Kräfte“, die in einem Machtapparat durch Integration auf den unmittelbaren Täter wirken und deren Ausnutzung den Hintermann verantwortlich machen⁷⁴ oder Präzisierungen wie eine „Willensherrschaft des Hintermannes durch das Bereithalten von Ersatzursachen für den herbeizuführenden Erfolg“.⁷⁵ Die offensichtliche Fragwürdigkeit der apostrophierten faktischen Austauschbarkeit des Handelnden bleibt damit grundsätzlich erhalten.⁷⁶ Hat der unmittelbar Handelnde zudem ein eigenes Interesse an einem alternativen Geschehensverlauf, wie etwa ein flüchtendes Familienmitglied bei dessen Grenzübertritt nicht zu verletzen, ist seine Verlässlichkeit mehr als zweifelhaft und kaum zu prognostizieren. Berechenbarkeit, „Motivationskraft“ und dergleichen sind ob ihrer subjektiven Natur kaum jemals problemlos beweisbar und deshalb kein geeignetes Konstituens für eine mittelbare Täterschaft der involvierten Organisationsmitglieder. Die Gefahr einer Ausdehnung der ohnehin keineswegs scharf konturierten mittelbaren Täterschaft ist unverkennbar und nur durch strikte inhaltliche Begrenzung zu vermeiden.

bb) Die Rechtsgelöstheit

Wenig Zustimmung hat auch das Kriterium der Rechtsgelöstheit erfahren. Einerseits generell für untauglich und deshalb gänzlich irrelevant erklärt,⁷⁷ wird es andererseits zwar beibehalten, jedoch in den Anforderungen seiner konkreten Ausformung arg uneinheitlich gehandhabt. Als Leitbild dient dabei seit jeher der empirisch glücklicherweise recht seltene Idealfall einer ebenso großen wie verbrecherischen Organisation, die sich selbst als „Staat im Staate“⁷⁸ oder, anders gewendet, als Unrechtsstaat implementiert und dabei mehr als nur punktuell vom Recht gelöst hat. Eine solche – in ihrer Sinnhaftig- wie Tragfähigkeit hier erneut ausdrücklich offen gelassene – „Rechtsgelöstheit“ lässt sich nur für einen Staats- und Gesellschaftsapparat konstatieren, der das Recht gleichsam in genere pervertiert hat. Ist das Unrecht aber erst einmal vielgestaltig an Stelle des Rechts gesetzt, etwa durch Befehl oder formale Legislativ- oder Administrativakte, wird äußerst

ähnelt der von *Schroeder* (o. III.) und überzeugt in dieser Pauschalität nicht; kritisch zu ihr *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (261).

⁷³ *Bloy*, GA 1996, 424 (440 f.).

⁷⁴ *Korn*, NJW 1965, 1206 (1208 f.).

⁷⁵ *Joecks*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 130; diesem scheint dieser Schritt selbst zu weit zu gehen, da er die Durchbrechung des Verantwortungsprinzips scheut: Letztlich möchte er die Figur nur auf Fälle anwenden, in denen dem Ausführenden „empfindliche Sanktionen“ drohen.

⁷⁶ Ähnlich auch *Radtke*, GA 2006, 350 (355).

⁷⁷ *Gropp*, JuS 1996, 13 (16); *Urban* (Fn. 26), S. 229.

⁷⁸ *Joecks*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 132; *Roxin*, in: Jähnke u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, Bd. 1, § 25 Rn. 129.

fragwürdig, ob sich die machtunterworfenen Ausführungskräfte eines solchen (möglicherweise seit Jahrzehnten existenten) Unrechtssystems noch der materiellen Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens bewusst sind bzw. überhaupt werden können. Diese allenfalls in casu zu klärende Frage nimmt dem Kriterium der Rechtsgelöstheit letztendlich seine Tauglichkeit als auch nur bereichsspezifisch (mittelbar-täterschaftliches) allgemeingültiges Täterschaftskonstituens.

cc) Die unaufgedeckte Wertung

Bedenken begegnet die Konstruktion einer mittelbartäterschaftlichen Verantwortungsposition schließlich auch von einer häufig apodiktisch ausgesprochenen Notwendigkeit einer ansonsten nur verbleibenden, im Ergebnis aber völlig unangemessenen Einordnung des Hintermannes als bloßer „Teilnehmer“.⁷⁹ Damit wird implizite der Eindruck erweckt, dass der Hintermann bzw. der „Schreibtischtäter“ andernfalls „ungeschoren“ oder „viel zu billig“ davonkäme.⁸⁰ Er ist jedoch immer noch zumindest als Anstifter – nach demselben Strafrahmen! – zu bestrafen.⁸¹ Da zudem die Bewertung der Anweisung etc. als mittelbare Täterschaft bei voll verantwortlichen Tatmittlern als eindeutige Durchbrechung des Verantwortungsprinzips zu identifizieren und folglich alles andere als zweifelfrei ist,⁸² bedarf eine solche Festsetzung einer die maßgeblichen Gesichtspunkte und ihre Gewichtigkeit aufdeckenden Begründung. Das gänzliche Fehlen benannter Wertungsfaktoren und maßstabsetzender Leitprinzipien erweckt den Eindruck einer allein rechtspolitisch motivierten Ergebnisorientierung, die das ausgewogene Beteiligungssystem des StGB mit dem kategorienweiternden Ausbau der mittelbaren Täterschaft der Gefahr beliebiger Interpretierbarkeit aussetzt.⁸³

b) Besondere Schwächen (bei der Integration von Wirtschaftsunternehmen)

aa) Keine Begründung für die Einbeziehung

Offenbart die mittelbare Organisationstäterschaft mithin schon in ihrer Grundkonstruktion gleich mehrere gravierende

⁷⁹ *Ebert*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 501 (534); *Gropp*, JuS 1996, 13 (17); *Joecks*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 129; *Roxin*, GA 1963, 193 (200).

⁸⁰ So erneut unter der ausdrücklichen Bezugnahme auf den umgangssprachlichen Begriff des „Schreibtischtäters“ *Roxin*, ZStR 125 (2007), 1 (8). Dass der Begriff des „Schreibtisch-anstifters“ von den Vertretern der Anstiftungslösung nicht verwendet wird, wie *Roxin* dort hintergründig anmerkt, wird freilich eher daran liegen, dass der umgangssprachliche Begriff gerade nicht auf eine strafrechtliche Beteiligungsform als vielmehr auf eine nicht näher bestimmte aktive Beteiligung aus dem Hintergrund verweist.

⁸¹ *Bloy*, GA 1996, 424 (439).

⁸² Vgl. nur *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 39), § 29 Rn. 147; *Köhler* (Fn. 56), S. 510; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414).

⁸³ Ebenso *Schulz*, JuS 1997, 109 (111); ähnlich auch *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414 f.).

Schwächen, treten nun bei ihrer Erstreckung auf private Wirtschaftsunternehmen weitere Unstimmigkeiten hinzu. So ist auffällig, dass der BGH die von ihm angenommene Täterstellung weder rechtsmethodisch korrekt im Wege der klassischen Subsumtion einzelner Entstehungsmerkmale ermittelt noch sachlich konkrete Argumente oder zumindest Hinweise auf weitergehende Begründungszusammenhänge anführt.⁸⁴ Er apostrophiert einfach ein Vorliegen dieser Täterform⁸⁵ – und hat damit gleich in der Literatur Nachfolge gefunden.⁸⁶ Angesichts der eigentlich kaum bestreitbaren Konkretisierungsbedürftigkeit so konturenarmer Kriterien wie „Fungibilität“ oder „Rechtsgelöstheit“ ist ein derartig selbstverständlich gehandhabtes Festsetzen zentraler Verantwortungspositionen extrem ungewöhnlich und arg bedenklich – immerhin wird eine gemeinhin dem Erfolgseintritt räumlich wie zeitlich eher fern stehende Person allein qua status strafrechtlicher Täterhaftung unterworfen.

bb) Keine Fungibilität im privaten Recht- und Wirtschaftsleben

Vergegenwärtigt man sich, dass eine eigentlich dem „Staatsunrecht“ zugeordnete Besonderheit mit ihrer Umformung in eine allgemeine Haftungsposition sachlich umgewandelt wird, verschärfen sich die vorgebrachten Bedenken. Anders als in einer Verbrecherorganisation oder einem Unrechtsstaat kann bei Privatunternehmen nämlich nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Einzelne einem ihm übermächtigen Apparat gegenübersteht, der jeden Widerstand durch anderweitig gewährleisteten Ersatz von vornherein immer zu einem sinnlosen Unterfangen werden lässt. Vielmehr erwartet die Rechtsordnung gerade umgekehrt eine Widerstandsleistung betriebsangehöriger Mitarbeiter gegen angesonnene deliktische Vorhaben,⁸⁷ eröffnet sie doch gegen rechtswidrige Anweisungen oder damit verbundene Drohungen den jederzeitigen Zugriff auf das vielgestaltige Instrumentarium eingriffskompetenter Strafverfolgungsbehörden. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass eine Strafanzeige gegen den eigenen Arbeitgeber ein wichtiger Kündigungsgrund i.S.v. § 626 BGB⁸⁸ und damit ein zweischneidiges Schwert sein kann: Zum einen mutet die Rechtsordnung dem Einzelnen gelegentlich sogar deutlich schärfere Eingriffe zu – etwa die Hinnahme von körperlichen Eingriffen bei gem.

⁸⁴ Dies überrascht nicht, da das Gericht „vom Ergebnis her“ gedacht hat, vgl. *Nack*, GA 2006, 342 (343 f.); ausdrücklich hiergegen *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (17 ff.).

⁸⁵ Vgl. beispielhaft BGH NJW 1998, 767 (769) oder NSStZ 2008, 89 (90).

⁸⁶ Z.B. *Kuhlen*, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 647 (671); *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 25 Rn. 2.

⁸⁷ *Roxin*, JZ 1995, 45 (51).

⁸⁸ Ausgangspunkt ist, dass eine Strafanzeige des Mitarbeiters gegen den Arbeitgeber das Vertrauen zwischen den Parteien zerstört. Sie kann daher ein wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sein, vgl. *Fuchs*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2008, Bd. 2, § 626 Rn. 18; BAG NZA 2007, 502.

§ 34 Abs. 1 StGB hinzunehmendem Interessenvorrang Dritter.⁸⁹ Eine Drohung mit dem Verlust des Arbeitsplatzes ist deshalb auch nicht schon „per se“ „empfindliches Übel“ i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB, wenn man einmal von einer denkbaren Ausnahme für anerkannt schlechte Vermittlungschancen in vergleichbare Anstellungen und gleichzeitig sehr hohe Verschuldung absieht.⁹⁰ Zum anderen ist das Nichtausführen rechtswidriger Anweisungen bzw. dahingehender Widerstand selbst unter den heute angespannten Arbeitsmarktverhältnissen kein fragloser Kündigungsgrund, weshalb der Ausführungsadressat normalerweise nicht zu einer rechtswidrigen Tat bereit sein wird. Gelingt allerdings seine „Überredung“, liegt eine klassische Anstiftung vor, da der Tatentschluss erst in ihm hervorgerufen werden musste. Aus Sicht des Anordnenden kann er dann aber eigentlich kein „sicherer Faktor im Tatplan“ gewesen sein. Der Rekurs auf eine (angeblich täterschaftsvermittelnde) Fungibilität ist im heutigen modernen Wirtschaftsleben eher fiktiv.

Handelt der Ausführende, ohne sich der Strafbarkeit seines Verhaltens bewusst zu sein – sein Tatbeitrag ist gering oder der Tatablauf im Unternehmen extrem komplex –, ist der vorsätzlich Anweisende mittelbarer Täter kraft überlegenen Wissens. Die apostrophierte Tatherrschaft kraft organisatorischen Machtapparates ist dann aber nur ein Unterfall des anerkannten Defekts und deshalb letztlich überflüssig.⁹¹ Eine Übertragung der Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen ist prinzipiell abzulehnen.

c) Anhang: Der Täter hinter dem Täter

Für die Konstruktion des „Täters hinter dem Täter“ im Sinne *Schroeders* gelten aufgrund ihrer Ähnlichkeit keine Besonderheiten: Den prinzipiell schon vor Aufforderung zur Tat entschlossenen Vordermann und den diese Bereitschaft bewusst in sein Handeln einbeziehenden Hintermann als Täter hinter dem Täter *in diesem Sinne* zu bezeichnen, scheidet gleichfalls an den gegen eine „Organisationstäterschaft“ im Wirtschaftsleben sprechenden Bedenken.

2. Die Unstimmigkeiten der Mittäterschaft

a) Allgemeine Schwächen

Dem Rechtsleben seit langem bekannt und in ihren Grundvoraussetzungen unbestritten, ist die Annahme der Mittäterschaft von irgendeiner Fungibilität des Ausführenden prinzipiell unabhängig: Als unmittelbar handelnder Delinquent ist der Mittäter ein vollverantwortlicher Täter. Wie die mittelbare Täterschaft kennzeichnen aber auch die Mittäter-Lösung Unstimmigkeiten. Diese betreffen mit der „gemeinsamen Tatplanung“ und der „gemeinsamen Tatausführung“ gleich beide Erfordernisse dieser Täterschaftsform.

⁸⁹ Zur schweren Körperverletzung im Zusammenhang mit § 34 StGB nur *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 226 Rn. 16.

⁹⁰ Näher dazu *Urban* (Fn. 26), S. 248.

⁹¹ Wie hier auch *Urban* (Fn. 26), S. 225.

aa) Beim Tatentschluss

Gegen den gemeinsamen Tatentschluss ist wiederholt eingewandt worden, dass dem bereits eine durchgängig vorzufindende räumliche und persönliche Entfernung zwischen Hintermann und weisungsbefolgendem Ausführenden unüberwindbar entgegenstehe: „Eine Weisung ist geradezu das Gegenteil eines gemeinsamen Tatentschlusses“.⁹² Dem ist von Seiten der Mittäter-Lösung entgegen worden, dass die Mitgliedschaft des Tatmittlers in der rechtsgelösten Organisation quasi die antizipierte Annahme des Tatplans voraussetze⁹³ – er sich also das Vorhaben des Hintermannes bereits zuvor zu Eigen gemacht habe.

Eine solche Kenntnis fingierende Ausdeutung eines „Systembeitritts“ vermag nicht zu überzeugen, da sie das allenfalls bestehende abstrakte Wissen um eine mögliche eigene zukünftige „Mitwirkungschance“ in einer Unrechtsorganisation dem für einen mittäterschaftlichen Tatentschluss notwendigen konkreten Wissen ohne Not gleichsetzt. Zu einer derart weitreichenden Nivellierung wissensmäßiger Unterschiede besteht aber kein sachlicher Anlass, wie bereits ein einfacher Vergleich mit der gleichgelagerten Problematik beim *dolus eventualis* zeigt: Auch dort bedarf es zur Begründung der haftungseröffnenden Täterstellung keineswegs nur eines bloß auf abstrakte Gefahrenlagen beschränkten Täterwissens. Den fiktiven Gehalt der „beitrittsgestützten“ Tatplan- und Tatentschlussannahme (korrekter: Vorwegnahme) verdeutlicht folgendes Beispiel: Ein Buchhalter verwaltet in einer Verwaltungseinheit eines Unrechtsregimes die Materialkasse und den Bestand an Schreibmaterial der Abteilung. Sein vorgesetzter Offizier weist ihn eines Tages an, für einen erkrankten Kollegen aus der „Sonderabteilung“ einen Telefonanruf zu erledigen, in dessen Verlauf er die Anweisung übermitteln soll, mit den Gefangenen V und Z sei „wie üblich“ zu verfahren. Für diese Aufgabe sei er wegen seiner besonderen Zuverlässigkeit in seinem angestammten Arbeitsbereich ausgewählt worden. Dem Buchhalter sei ferner bewusst, dass das „übliche Verfahren“ die Exekution der betreffenden Personen bedeutet. Bislang hat der Buchhalter innerhalb der Organisation einen rechtlich korrekten bzw. neutralen Bereich betreut. Die Abteilung ist identisch und auch der Anweisende ist jene Person, die ihm immer den Bürobedarf meldet. Unter diesen Umständen ist eine allein bereits mit seinem Eintritt in die „neutrale“ Aufgabenposition des Buchhalters faktisch erfolgte Antizipation des Tatplanes des Unrechtsapparates sachlich nicht begründbar.

bb) Bei der Tatausführung

Die Existenz einer gemeinsamen Ausführungshandlung von anweisendem und ausführendem „Systemmitglied“ wird damit bestritten, dass Handlungen wie beispielsweise Anweisungen gemeinhin allein im Vorbereitungsstadium stattfinden und deshalb keinen wirksamen Tatbeitrag im Sinne der mittä-

terschaftlichen Begehung bewirken.⁹⁴ Tatsächlich ist es mehr als zweifelhaft, ob bereits das schlichte „In-Gang-Setzen“ des Apparates in genere immer schon als haftungsbegründender Tatbeitrag einzustufen ist.⁹⁵ Genügt es als Tatbeitrag, wenn ein Offizier eines Abends Grenzposten per Telefon oder per schriftlichen Befehl ermutigt, gegebenenfalls auf Flüchtlinge zu schießen? Eine bejahende Antwort ist letztendlich nur normativ begründbar und damit gegenüber unaufgedeckten Wertungen ebenso offen wie etwa die „Fungibilität“. Nach seiner Ausgestaltung deutet ein solches Vorgehen eher auf eine klassische Anstiftung hin – was leichter erkennbar wird, wenn man beachtet, dass Anraten oder Befehlen rein intellektuelle Kontaktaufnahmen zwischen zwei Individuen darstellen; Kommunikationsform wie Kommunikationshandlung, ja selbst die Art der Verkörperung der Anweisung sind also identisch angelegt, lediglich ihr geistiger Gehalt ist unterschiedlich. Der intellektuelle Kontakt durch kommunikative Beeinflussung ist nun aber gerade dasjenige Element, das die Anstiftung kennzeichnet.⁹⁶ Das bloße „Bewegen“ des Machtapparates durch eine Anweisung ist für sich genommen kein Handeln im Sinne der Mittäterschaft.

b) Wirtschaftsspezifische Schwächen

Für Anweisungen in privaten Wirtschaftsunternehmen gelten keine Besonderheiten. Die vorgetragenen Mängel sowohl hinsichtlich des gemeinsamen Tatplanes als auch hinsichtlich der gemeinsamen Ausführungshandlung betreffen auch Mitarbeiter, die in einem aus ihrer Sicht legal operierenden Unternehmen ihre Arbeit aufnehmen und dort rechtskonforme Tätigkeiten verrichten. Sollte ihnen dann einmal ein rechtswidriges Agieren angesonnen werden, werden sie, wie bereits erläutert, regelmäßig die Ausführung verweigern. Andernfalls ist der Hintermann entweder Anstifter oder im Falle seines entsprechenden Mitwirkens an den Tathandlungen der Haupttat als Mittäter zu qualifizieren.⁹⁷ Zwar würde dann der Vordermann durch sein an die Anweisung des Hintermannes anknüpfendes Verhalten dessen Tatplan übernehmen, von einer „automatischen“ Antizipation kann dabei allerdings nicht ausgegangen werden. Zur Haftungsbegründung in legalen Wirtschaftsunternehmen ist die Mittäterschaft weder eine zweckmäßig-praktikable noch eine dogmatisch tragfähige Lösung.

3. Das probate Instrument: Die Anstiftung

Wer einen vollverantwortlich handelnden Täter zur Deliktsbegehung anweist, ist zumeist problemlos als Anstifter i.S.d.

⁹² Roxin, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (553); s. auch Küpper, GA 1996, 519 (524).

⁹³ Otto (Fn. 12), § 21 Rn. 92.

⁹⁴ Vgl. etwa Bloy, GA 1996, 424 (434, 443).

⁹⁵ Erwägend für ein „In-Bewegung-Setzen“ als ausreichend komplexe Handlung auch Schroeder (Fn. 33), S. 169.

⁹⁶ Statt vieler Cramer/Heine, in: Sch/Sch (Fn. 10), § 26 Rn. 4; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 26), § 26 Rn. 2; Wessels/Beulke (Fn. 67), § 13 Rn. 568.

⁹⁷ So in concreto zutreffend in BGH NStZ 2008, 89 (90).

§ 26 StGB zu identifizieren.⁹⁸ Anweisungen sind nämlich eine äußerlich eindeutige Form manipulativer Einwirkung, die im Erfolgsfall beim Ausführenden jenen angesonnenen Tatentschluss hervorrufen (kann), um dessen rechtswidrig-vorsätzliche Verwirklichung es dem Ansinnenden geht.

Diese Einordnung hat aber vor allem zwei offenkundige Nachteile, die denn auch nach hiesigem Dafürhalten der eigentliche Grund für alle weitergehenden Täterkonstruktionen sind: Zum einen die gemeinhin hinzunehmende Straflosigkeit einer missglückten Begehung der Haupttat, sofern diese Vergehen zum Gegenstand hat. Erfolgreiche Verleitungen zu einer Straftat sind regelmäßig nur bei Verbrechen strafbar, §§ 30, 12 Abs. 1 StGB.⁹⁹ Zum anderen die Behandlung der Beteiligten bei den Sonderdelikten gem. § 28 StGB, da deren drittseitige Verwirklichung nach dem Gesetz ausgeschlossen ist.¹⁰⁰ Beide Konsequenzen lassen sich jedoch verkraften. Die Anwendungsfälle der „Organisationstäterschaft“ betreffen durchweg projektierte Verbrechen und auf solche sollten sie auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität beschränkt werden. Zumindest sollte die Haupttat in das Versuchsstadium gelangt sein, so dass auch Delikte erfasst wären, deren Versuch strafbar ist. Aktuell sind nämlich keine nennenswert gewichtigen Gründe ersichtlich, warum misslungene Anstiftungen zu Vergehen in „organisatorischen Machtapparaten“ oder anderen (privatwirtschaftlichen) Organisationen nun unbedingt strafbedürftiger sein sollten als außerhalb derartiger Vereinigungen. Seltene Ausnahmefälle sind hinzunehmen. Außerdem ermöglicht die Anstiftung dadurch, dass sie ebenso wie die Haupttat gemeinschaftlich begangen werden kann,¹⁰¹ auch die Erfassung von Anweisungen zu rechtswidrigen Taten, die mehrere Angehörige privatwirtschaftlicher Entscheidungsgremien (z.B. Vorstand, Geschäftsführung, Aufsichtsrat) getroffen haben. Die Haftung des Hintermannes als Anstifter ist systematisch wie inhaltlich überzeugend zu begründen. Auf komplizierte Konstruktionen zweifelhafter Täterstellungen kann verzichtet werden.

VII. Zusammenfassung und Schlusswort

Die Figur der „mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates“ verdient in der Wirtschaft wie auch

sonst Anerkennung nur, wenn die Organisationstäterschaft als Nötigungsherrschaft über einen eingeschränkt verantwortlichen Ausführenden zu qualifizieren ist. Dann aber stellt sie lediglich einen Unterfall der allgemein anerkannten Nötigungsherrschaft dar, hat mithin keinerlei eigenständige Bedeutung. Der Rückgriff auf die Mittäterschaft scheidet am fehlenden gemeinsamen Tatentschluss von Hintermann und Ausführungstäter sowie der gleichfalls mangelnden gemeinsamen Tatausführung: Das „In-Bewegung-Setzen“ des Apparates genügt keiner gesetzlichen Tathandlung. Anweisungen sind vielmehr intellektuelle Beeinflussungen eines Haupttäters, die auch innerhalb von Wirtschaftsunternehmen problemlos und sachgerecht der Anstiftung unterfallen.

Der BGH hat sich bei seiner Behandlung der Hintermänner organisatorischer Machtapparate von jedwedem festen Schema gelöst.¹⁰² Dies nährt den Verdacht, dass es um die rechtspolitische Befriedung eines Risikobereiches geht, der als bedrohliche Gefahrenquelle angesehen wird.¹⁰³ Dass Menschen oder Kollektive mit Organisationen eine Möglichkeit haben, deren integrative Wirkung und relative Anonymität vermeintlich sicher zu Straftaten zu nutzen. Die Organisation dient als Werkzeug zur Verwirklichung krimineller Zwecke.¹⁰⁴ Diese Furcht war hinsichtlich der Verbrechen des NS-Staates und des SED-Regimes ob wiederholt langer Ermittlungs- und Verfahrensdauer vielleicht nicht ganz unbegründet, inzwischen jedoch sind diese Fälle weitgehend abgearbeitet und sanktioniert. Es steht daher zu vermuten, dass künftige Fälle voraussichtlich eher den Bereich der Unternehmenskriminalität betreffen werden. Der BGH sollte dann seine Vorstellung konkretisieren, warum und in welchem Rahmen genau Anweisende in Wirtschaftsunternehmen als mittelbare Täter haften (sollen).

⁹⁸ Ebenso *Schlösser* (Fn. 7), S. 359; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414). Bereits zuvor in diesem Sinne *Herzberg* (Fn. 54), S. 48; *Rotsch*, NStZ 1998, 491; *ders.*, ZStW 112 (2000), 562.

⁹⁹ Freilich zeigen Ausnahmen wie § 159 StGB (Versuch der Anstiftung zur Falschaussage), dass die Rechtsordnung durchaus die erfolglose strafbare Anstiftung zu einem Vergehen kennt und § 30 StGB daher kein undurchbrechbares Prinzip des Systems der Beteiligtenstrafbarkeit definiert, vgl. *Lenckner*, in: *Sch/Sch* (Fn. 10), § 159 Rn. 1/2. Auch die Geheimnisschutzdelikte des UWG verdeutlichen dies: § 19 Abs. 1 UWG unterwirft das erfolglose Bestimmen eines anderen zum Verrat von Geschäftsgeheimnissen (§ 17 UWG) oder einer „Vorlagenfreibeuterei“ (§ 18 UWG) als eigener Deliktstatbestand gesonderter Vergehensstrafe.

¹⁰⁰ Vgl. das Beispiel von *Joecks*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 15), § 29 Rn. 51.

¹⁰¹ Vgl. *Kühl* (Fn. 26), § 20 Rn. 194.

¹⁰² Ähnlich *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (561); *ders.*, JR 2004, 248.

¹⁰³ Für eine Reform des Täterschaftssystems als Lösung der Kontroverse um die „richtige“ Behandlung der organisatorischer Machtapparate *Botke*, JuS 2002, 320 (323 f.); eine Abkehr von den bisher herrschenden Mustern regt an *Wolf*, *Schroeder-FS* (Fn. 39), S. 415 (418 ff., 429 f.).

¹⁰⁴ Diesen Vergleich zieht auch *Bosch* (Fn. 70), S. 235, der den Apparat bildlich mit einer Pistole vergleicht.