

ANMERKUNG ZU BGHST. 35, 347 („KATZENKÖNIG-FALL“)
ODER: VOM „KATZENKÖNIG“ ZUM DIKTATOR ZUM
FIRMENBOSS

BGHST. 35, 347 („KEDİ KRAL DAVASI“) ÜZERİNE BİR
İNCELEME: „KEDİ KRAL“DAN DIKTATOR VE ŞİRKET
YÖNETİCİSİNE

Doc. Privatdozent Dr. Joachim KRETSCHMER*

ÖZ

StGB madde 25/I uyarınca “Bir suççu bizzat işleyen veya başkasını araç olarak kullanan kişi fail olarak cezalandırılır .” Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü madde 25/3(a) uyarınca: “tek başına veya diğer şahsın cezai sorumluluğu olsun olmasın başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi halinde, cezalandırılabilir.”Uluslararası ve Alman ceza hukuku öğretisinde “Organisationsherrschaft” (örgüt organizasyonuna bağlı hakimiyet) kuramı bulunmaktadır: Arka planda bulunan kişi, hiyerarşik gücün organize unsurları vasıtasıyla, doğrudan failleri kontrol etmektedir. Doğrudan fail ceza hukuku bakımından kusur yeteneğine sahip olmakla birlikte, bu kontrol eksikliği arka planda bulunan kişinin- diktatör, Mafya lideri veya yönetim kurulunun - kontrolü vasıtasıyla giderilebilir. Nitekim, örgütün hakimiyeti, doğrudan failin hareket özgürlüğü ve cezai sorumluluğu ile çatışmaktadır. Bu tartışma „Organisationsherrschaft” öğretisinin uygulama alanına ilişkindir. BGH bu kuramı kamu görevlileri tarafından işlenen suçlar, örgütlü suçların yanı sıra beyaz-yaka suçlarına da uygulamaktadır. Bu farklılık, çoğunlukla ticari düşüncenin hukuki temellere sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel ceza sorumluluğu, organisationsherrschaft, örgüt organizasyonuna bağlı hakimiyet, doğrudan failin sorumluluğu.

* Dozentin an der Türkisch-Deutschen Universität in Istanbul im Bereich Straf- und Strafprozessrecht (kretschmer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7255-813X.

CASE NOTE TO BGHST. 35, 347 („KATZENKÖNIG“) –
„KATZENKÖNIG“ – DICTATOR – CEO

ABSTRACT

§ 25 I StGB: *„Whoever commits an offence themselves or through another incurs a penalty as an offender.“* Art. 25 III a) Rome Statute of the International Criminal Court: *„Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible.“* In the German and in the international doctrine in criminal law there is a theory called *„Organisationsherrschaft“*: The man in the background dominates the direct perpetrators by means of an organized apparatus of hierarchical power. While the direct perpetrators act with full criminal responsibility, this lack of control may be compensated by the control of the apparatus by the man in the background – the dictator, the Mafia boss or the board of directors. So, the domination of the organization fights with the freedom and responsibility of the direct perpetrator. The discussion is about the field of application of the doctrine called *„Organisationsherrschaft“*. The BGH applies the theory on government criminality and organized crime, but also on white-collar crime. The difference is mostly that commercial concerns act on legal ground.

Keywords: *Individual criminal responsibility, organisationsherrschaft, domination of the organization, responsibility of the direct perpetrator.*

I. Der Fall

Sachverhalt aus BGHSt. 35, 347: Die Angeklagten lebten in einem von "Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben" geprägten "neurotischen Beziehungsgeflecht" zusammen. Der Angeklagten H gelang es im bewussten Zusammenwirken mit P, dem leicht beeinflussbaren Angeklagten R zunächst die Bedrohung ihrer Person durch Zuhälter und Gangster mit Erfolg vorzugaukeln und ihn in eine Beschützerrolle zu drängen. Später brachten beide ihn durch schauspielerische Tricks, Vorspiegeln hypnotischer und hellseherischer Fähigkeiten und die Vornahme mystischer Kulthandlungen dazu, an die Existenz des "Katzenkönigs", der seit Jahrtausenden das Böse verkörpere und die Welt bedrohe, zu glauben. R - in seiner Kritikfähigkeit eingeschränkt, aber auch aus Liebe zu H darum bemüht, ihr zu glauben - wählte sich schließlich auserkoren, gemeinsam mit den beiden anderen den Kampf gegen den "Katzenkönig" aufzunehmen. Auf Geheiß musste er Mutproben bestehen, sich katholisch taufen lassen, H ewige Treue schwören. So wurde er von ihr und P zunächst als Werkzeug für den eigenen Spaß benutzt. Als die Angeklagte H Mitte des Jahres 1986 von der Heirat ihres früheren Freundes N erfuhr, entschloss sie sich aus Hass und Eifersucht, dessen Frau (A) von R - unter Ausnutzung seines Aberglaubens - töten zu lassen. In stillschweigendem Einverständnis mit P, der - wie sie wusste - seinen Nebenbuhler loswerden wollte, spiegelte die Angekl. H dem R vor, wegen der vielen von ihm begangenen Fehler verlange der "Katzenkönig" ein Menschenopfer in der Gestalt der Frau A; falls er die Tat nicht binnen einer kurzen Frist vollende, müsse er sie verlassen und die Menschheit oder Millionen von Menschen würden vom "Katzenkönig" vernichtet. R, der erkannte, dass das Mord sei, suchte auch unter Berufung auf das fünfte Gebot vergeblich nach einem Ausweg. H und P wiesen stets darauf hin, dass das Tötungsverbot für sie nicht gelte, "da es ein göttlicher Auftrag sei und sie die Menschheit zu retten hätten". Nachdem er H "unter Berufung auf Jesus" hatte schwören müssen, einen Menschen zu töten, und sie ihn darauf hingewiesen hatte, dass bei Bruch des Schwurs seine "unsterbliche Seele auf Ewigkeit verflucht" sei, war er schließlich zur Tat entschlossen. Ihn plagten Gewissensbisse, er wog jedoch die "Gefahr für Millionen Menschen ab", die er "durch das Opfern von Frau A" retten könne. Am späten Abend des 30. 7. 1986 suchte R Frau A in ihrem Blumenladen

unter dem Vorwand auf, Rosen kaufen zu wollen. Entsprechend dem ihm von P - im Einverständnis mit H - gegebenen Rat stach R mit einem ihm zu diesem Zweck von P überlassenen Fahrtenmesser hinterrücks der ahnungs- und wehrlosen Frau A in den Hals, das Gesicht und den Körper, um sie zu töten. Als dritte Personen der sich nun verzweifelt wehrenden Frau zu Hilfe eilten, ließ R von weiterer Tatausführung ab, um entsprechend seinem "Auftrag" unerkannt fliehen zu können; dabei rechnete er mit dem Tod seines Opfers, der jedoch ausblieb. Das Landgericht hat die Angekl. H und P wegen versuchten Mordes zu lebenslanger, den Angekl. R zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet.

Das Urteil des BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88¹ oder eben der „Katzenkönig-Fall“ ist mein Lieblingsfall im Strafrecht. Einen solchen Fall kann man sich nicht ausdenken. Daher wird hier der Originalsachverhalt aus dem BGH-Urteil wieder gegeben. Die Studierenden würden den Kopf schütteln, wenn ein Dozent solch einen Fall als Klausur stellen würde. Das Leben übersteigt die Phantasie, wie dieser Sachverhalt zeigt. Aber trotz seiner Absurdität enthält der „Katzenkönig-Fall“ zwei bedeutende Rechtsfragen. Die eine Rechtsfrage wird vom BGH und auch in vielen Stellungnahmen gar nicht exakt erkannt. Die andere Rechtsfrage dagegen ist in ihrer Weiterentwicklung auch heute noch von großer praktischer und theoretischer Bedeutung. Bei der ersten strafrechtlichen Rechtsfrage handelt es sich um das Irrtumsproblem des Haupttäters. Bei der anderen strafrechtlichen Rechtsfrage geht es um Voraussetzung und Weite der mittelbaren Täterschaft, wenn der Haupttäter seinerseits strafrechtlich verantwortlich handelt – „Täter hinter dem Täter“. Insoweit hat der „Katzenkönig-Fall“ Bedeutung für die strafrechtliche Verantwortung von Diktatoren, Mafiabossen und Wirtschaftskriminellen.

II. Der abergläubische Irrtum

Beginnen wir mit einer Frage: Wie wäre der Haupttäter strafrechtlich zu bewerten, wenn der „Katzenkönig“ nicht die Tötung eines Menschen

¹ BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt. 35, 347.

gefordert hätte, sondern die Zerstörung eines Bildes oder eine andere Sachbeschädigung?

„Gar nicht“ müsste die konsequente Antwort des BGH lauten. Warum? Und warum ist das falsch?

Der BGH: „Der Angeklagte R kann sich nicht auf Notwehr oder Nothilfe (§ 32 StGB) berufen, da weder er noch andere, wie er wusste, einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff durch das Opfer ausgesetzt waren. Rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB liegt schon deshalb nicht vor, weil es an einer tatsächlichen gegenwärtigen Gefahr fehlte. Allerdings glaubte der Angeklagte an eine solche Gefahr. Dieser Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 34 StGB kommt dem Angeklagten allerdings nicht als Tatbestandsirrtum zugute, weil das in § 34 StGB außerdem vorausgesetzte Überwiegen der Gewichtigkeit des zu schützenden Interesses vor dem zu opfernden eine Abwägung „Leben gegen Leben“ nicht gestattet (...). Dass der Angeklagte diesen Interessenkonflikt fehlerhaft abgewogen hat, führt als Bewertungsirrtum auch nicht zum Vorsatzausschluss, sondern zu einem – nach den Feststellungen vermeidbaren – Verbotsirrtum nach § 17 StGB (...).“

Der BGH ordnet den Irrtum des Haupttäters im „Katzenkönig-Fall“ in die Kategorien eines Irrtums über Rechtfertigungsgründe ein und fragt nach einem sog. Erlaubnistatbestandsirrtum bzw. nach einem Doppelirrtum über Voraussetzung und Weite der Rechtfertigungsgründe. Viele Lösungsansätze und Theorien gibt es zu diesem Irrtumsbereich. Das wird in der türkischen Strafrechtswissenschaft wohl auch so sein, oder? Letztendlich geht es allein um die dogmatische Antwort, ob ein Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach § 16 direkt oder analog oder nach § 17 StGB zu bewerten ist. Oder anders formuliert: Ob der sich irrende Täter auf der Ebene des Vorsatzes oder der Schuld privilegiert wird?

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter bei voller Tatbestandskenntnis an das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes geglaubt hat und diese Annahme auf einer Fehlvorstellung über die sachli-

chen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes basiert.² Grundvoraussetzung ist, dass der Täter irrig Umstände für gegeben hält, die im Fall ihres wirklichen Vorliegens die Tat rechtfertigen würden. Der Erlaubnistatbestandsirrtum hat zwei (!) Voraussetzungen: Erstens irrt sich der Täter über die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Zweitens bedarf es der hypothetischen Prüfung,³ ob auf der Grundlage der sich fehlerhaft vorgestellten Situation die Tat gerechtfertigt wäre. Diese zweite Prüfung ist richtig und wichtig. Auch auf der subjektiven Grundlage eines Irrtums muss der Täter in normativer Übereinstimmung mit dem Recht und den anerkannten Rechtfertigungsgründen handeln. Nur ein Verhalten, das objektiv gerechtfertigt wäre, kann als Erlaubnistatbestandsirrtum subjektiv zu einer privilegierenden Irrtumsfolge nach § 16 oder § 17 StGB führen.

Auf dieser Grundlage ist die Entscheidung des BGH konsequent. Objektiv besteht keine Gefahr im Sinne des § 34 StGB durch den „Katzenkönig“. Der Haupttäter glaubt jedoch an eine solche Gefahr. Da aber im Rahmen von § 34 StGB das Rechtsgut Leben nicht gegen das Rechtsgut Leben abwägbar und die Tötung durch aktives Tun in Notstandslagen niemals gerechtfertigt ist,⁴ überschreitet der Haupttäter die rechtlichen Grenzen des rechtfertigenden Notstandes. Das Recht erlaubt es nicht, einen unschuldigen Menschen zu töten, um andere Menschen vor dem Tod zu retten. Es gilt der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes. Die Menschenwürde – Art. 1 GG – bewirkt den Grundsatz der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens. Jedes Menschenleben ist allein auf Grund seiner Existenz gleichwertig und Menschenleben sind unabhängig von Anzahl, Lebensdauer, Alter, Krankheit oder sonstigen Umständen gleichwertig. Und so erliegt der Haupttäter im „Katzenkönig-Fall“ einem sog. Doppelirrtum.⁵ Er geht nach dem BGH irrtümlich von den tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes aus - § 34 StGB. Auf der Grundlage dieser subjektiven Annahme überschreitet er die rechtlichen

² Siehe Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, Rn. 437 f; Radde JA 2016, 818, 820; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl., 2017, Rn. 693.

³ Siehe Wessels/Beulke/Satzger Rn. 693.

⁴ Siehe Redde JA 2016, 818, 821; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 464 ff.

⁵ So Redde JA 2016, 818, 821; zur Bezeichnung Wessels/Beulke/Satzger Rn. 715.

Grenzen des § 34 StGB. Weder in der Realität noch in der Phantasiewelt rechtfertigt § 34 StGB die Tötung eines Unschuldigen zugunsten der Rettung anderer Menschen. Es gelten die Regeln des Erlaubnisirrtums als Verbotsirrtums nach § 17 StGB.⁶ Der Täter stellt sich gleichsam einen nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund vor, da § 34 StGB die Abwägung von Leben gegen Leben nicht erlaubt. Und auf diesem dogmatischen Weg gelang der BGH zu einem vermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB.

Und nun zu der obigen Frage: Wie wäre die dogmatische Lösung, wenn der „Katzenkönig“ statt der Tötung eines Menschen eine Sachbeschädigung (§ 303 StGB) gefordert hätte. Der Täter würde sich subjektiv eine Gefahr vorstellen. Und bei der erforderlichen Rechtsgüter- und Interessenabwägung nach § 34 StGB erlaubt das Recht ohne weiteres eine Sachbeschädigung, um das Leben eines oder vieler Menschen zu retten. Jetzt würde ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegen. Und jetzt, aber eben auch erst jetzt, ist die dogmatische Behandlung eines solchen Irrtums einschlägig: Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale, strenge Schuldtheorie, eingeschränkte Schuldtheorie, rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie, Vorsatztheorie. Das Alles und vieles mehr findet sich als dogmatische Lösung in den juristischen Kommentaren und Büchern. Seit Generationen lernen Juristen und Juristinnen diesen Rechtsstreit auswendig und langweilen sich. Das will ich hier nicht alles wiederholen. Zuletzt hat der BGH⁷ sich zu der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum – dessen Vorliegen aber exakt nachzuweisen ist – bekannt: „Dieser Irrtum führt zum Wegfall der Vorsatzschuld“.

Der BGH ist jedoch mit seiner Einordnung im „Katzenkönig-Fall“ auf einem dogmatischen Irrweg. Irrt der Täter wirklich über die sachlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes? Lässt sich die Frage, ob die Tat im Fall des wirklichen Gegebenseins der irrig angenommenen Umstände gerechtfertigt wäre, im „Katzenkönig-Fall“ überhaupt ernsthaft hypothetisch beantworten? Dazu müsste man bereit sein, die Existenz und die Drohung des „Katzenkönigs“ als realisierbar und als

⁶ So Wessels/Beulke/Satzger Rn. 714 f.

⁷ BGH v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, NStZ 2012, 272.

Teil der Realität anzusehen. Aber woran glaubt der Haupttäter im „Katzenkönig-Fall“? Er glaubt an eine Phantasiegestalt. Er erliegt dem Irr- und Aberglauben an den „Katzenkönig“. Oder wie es beim BGH heißt: „Die Angeklagten lebten in einem von „Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben“ geprägten „neurotischen Beziehungsgeflecht“ zusammen.“ Und so ist zu fragen, ob ein abergläubischer Irrtum überhaupt rechtliche Relevanz haben kann. Vorliegend hat der „Katzenkönig“ zu viel verlangt – ein Menschenopfer. Aber die dogmatischen Konsequenzen wurden hier aufgezeigt, sollte der „Katzenkönig“ sich mit einem Sachopfer begnügen. Das kann nicht richtig sein. Der Täter stellt sich mit seiner Vorstellung und seinem Irrglauben an den „Katzenkönig“ außerhalb der Rechtsordnung. Eine säkulare Rechtsordnung kann und darf einen solchen abergläubischen Irrglauben nicht berücksichtigen. Aberglaube steht außerhalb des Rechts. Aberglaube kann weder bestrafend wirken noch kann er privilegierend wirken. Insoweit ist der abergläubische Irrtum der dogmatische Zwilling zum abergläubischen Versuch.⁸ Wir denken an Voodoozauber und schwarze Magie und Verhexen. Die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs ist anerkannt.⁹ Die dogmatische Begründung ist wie sooft umstritten. Letztendlich basiert die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs darauf, dass sich der Irrende mit seiner Vorstellung nach § 22 StGB außerhalb der Rechtsordnung stellt. Der Täter stellt sich keinen zurechenbaren Kausalverlauf vor, der als Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung angesehen werden kann. Durch Aberglaube und Magie kann man keinen Straftatbestand verwirklichen. Phantasie oder Magie oder Wunderglaube unterliegen keiner strafrechtlichen Bewertung. Und das gilt dann umgekehrt auch für den abergläubischen Irrtum.¹⁰ Solche Täter stellen sich in ihrer Phantasie außerhalb des weltlichen Rechts. Im Erlaubnistatbestandsirrtum muss sich der Täter einen rechtlichen relevanten Angriff oder eben eine Gefahr vorstellen. Angriff und Gefahr bilden sich nach naturgesetzlichen und rationalen Kategorien. Abergläubische Vorstellungen stehen diesen nicht gleich. Die magische

⁸ Siehe J. Kretschmer JR 2004, 444; Schumann NStZ 1990, 32.

⁹ Putzke JuS 2009, 894, 898; Satzger JURA 2013, 1017; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 860 ff.

¹⁰ Siehe J. Kretschmer JR 2004, 444; Schumann NStZ 1990, 32.

Phantasiewelt in der Vorstellung der Täter steht außerhalb der Realität und ist keiner rechtlichen Wertung zugänglich. Und das weder strafend als abergläubischer Versuch noch strafprivilegierend als abergläubischer Irrtum.

III. Mittelbare Täterschaft als Problem

Nach Lösung des BGH stellt sich für die Hinterleute im „Katzenkönig-Fall“ die Frage, ob man mittelbarer Täter sein kann, wenn der Haupttäter in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelt. Wer – wie ich¹¹ – einen strafrechtlich relevanten Irrtum ablehnt, dem stellt sich dieselbe Rechtsfrage unter dem Aspekt, ob man mittelbarer Täter sein kann, wenn der Haupttäter wie im „Katzenkönig-Fall“ vermindert schuldfähig gemäß § 21 StGB ist. Und letztendlich stellt sich die Rechtsfrage, ob es die mittelbare Täterschaft gibt, wenn der „andere“ wegen der Tat als verantwortlicher Täter volldeliktisch handelt und bestraft wird – „Täter hinter dem Täter“.

„Mittelbarer Täter ist der, der die Tat durch einen anderen begeht“ – so § 25 I 2. Alt. StGB. Im Grundsatz liegt mittelbare Täterschaft vor, wenn der „andere“, das sog. menschliche Werkzeug, seinerseits straflos bleibt, weil er objektiv oder subjektiv tatbestandslos, rechtmäßig oder schuldlos handelt.¹² Man spricht von einem „deliktischen Defizit“. Und dieses Strafbarkeitsdefizit ist regelmäßig auf die Irrtums- oder Nötigungsherrschaft des Hintermanns als mittelbarer Täter zurückzuführen.¹³ Darin liegt dessen Tatherrschaft. Daher liegt bei Herbeiführung oder Ausnutzung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums die mittelbare Täterschaft vor.¹⁴ Das Strafbarkeitsdefizit ist § 17 Satz 1 StGB. Umstritten sind jedoch die Fallkonstellationen, in denen der „andere“ ein solches Strafbarkeitsdefizit eben nicht aufweist, er also volldeliktisch handelt. Das ist unser Fall!

¹¹ Auch Schumann NStZ 1990, 32.

¹² Siehe Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 2; Koch JuS 2008, 399, 400; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 773 ff..

¹³ Dazu AnwK-StGB/Waßmer, 2. Aufl. 2015, § 25 Rn. 10; Koch JuS 2008, 399 ff.; MüKoStGB/Joecks (StGB 3. Aufl. 2017) § 25 Rn. 54 ff.

¹⁴ So Koch JuS 2008, 399, 401; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 5.; MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 91.

1. „Täter hinter dem Täter“

Der BGH spricht in der Entscheidung von einem „offenen Wertungsproblem“. In den Fällen des vermeidbaren Verbotsirrtums des Vordermanns als dem unmittelbaren Handelnden sei deshalb bei der Prüfung, ob der Hintermann mittelbarer Täter sei, auf das Kriterium der vom Täterwillen getragenen Tatherrschaft abzustellen. Ob sie vorliege, richte sich nicht nach starren Regeln, sondern könne nur je nach der konkreten Fallgestaltung im Einzelfall wertend ermittelt werden. Die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung in einem Fall, in dem der Haupttäter in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelt, hänge im Einzelfall von Art und Tragweite des Irrtums und der Intensität der Einwirkung des Hintermanns ab. Die Vermeidbarkeit oder die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums allein soll nach dem BGH nicht entscheidend sein. In beiden Fällen fehle die Unrechtseinsicht beim Vordermann. Mittelbarer Täter eines Tötungs- oder versuchten Tötungsdelikts sei jedenfalls derjenige, der mit Hilfe des von ihm bewusst hervorgerufenen Irrtums das Geschehen gewollt auslöse und steuere, so dass der Irrende bei wertender Betrachtung als ein – wenn auch noch schuldhaft – handelndes Werkzeug anzusehen sei.

Offenes Wertungsproblem und Einzelfall und wertende Betrachtung – diese Kriterien erlauben der Rechtspraxis kriminalpolitisch eine von Fall zu Fall abhängige Lösung und Entscheidung im konkreten Fall. Und so gelangt der BGH im „Katzenkönig-Fall“ zur Bejahung der mittelbaren Täterschaft. Das findet vielfache Zustimmung.¹⁵ Die angeklagten Hinterleute hätten die Wahnideen beim Haupttäter hervorgerufen und bewusst ausgenutzt. Sie steuerten psychologisch die Tatplanung. Der BGH betont auch das enge Beziehungs- und Einwirkungsgeflecht zwischen den Beteiligten, das die Hinterleute ausgenutzt und so eingesetzt hätten, dass er

¹⁵ Zustimmend: B. Heinrich, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2010, Rn. 1260; Hoffmann-Holland Rn. 501; Koch JuS 2008, 399, 402; MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 99; Radde JA 2016, 818, 825; Rengier § 43 Rn. 42; Schaffstein NStZ 1989, 155, 156; Sch./Sch./Heine/Weißer (StGB, 30. Aufl., 2019) § 25 Rn. 43; Wesfels/Beulke/Satzger Rn. 784; für Teilnahme Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 5.

sich ihrem bestimmenden Einfluss nur schwer entziehen könnte. Im Vordergrund der Wertung stehen die faktische Einflussnahme und die faktische Tatherrschaft.¹⁶

Was aber sind die starren Regeln, die der BGB ablehnt?

2. Verantwortungsprinzip

Mittelbarer Täter ist der, der die Tat durch einen anderen begeht – so § 25 I Alt. 2 StGB. Und dieser andere ist selbst nicht vollverantwortlicher Täter. So die Regel. Die starre Regel ist das Verantwortungsprinzip. Wer selbst eigenverantwortlicher Täter ist, kann nicht der „andere“ aus § 25 I Alt. 2 StGB sein. Wer wegen der Tat als tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft volldeliktisch handelnder Täter bestraft wird, ist nicht Werkzeug eines anderen in Form der mittelbaren Täterschaft.¹⁷ Er hat kein Autonomiedefizit. Und das gilt dann auch im Fall des vermeidbaren Verbotssirrtums - § 17 Satz 2 StGB. Der Hintermann ist dann Anstifter oder Gehilfe. Diese normative Anknüpfung an § 17 oder § 21 StGB schafft im Gegensatz zu der vom BGH verfolgten wertenden faktischen¹⁸ Betrachtung normative Rechtssicherheit. Das Verantwortungsprinzip wird als einengend angesehen.¹⁹ Das Verantwortungsprinzip beruht auf dem Konzept, dass im Verhältnis Hintermann und Vordermann oder auch Vorderfrau nur einer der Beteiligten die Tatherrschaft haben kann. Die Verantwortlichkeit des Vordermanns oder eben der Vorderfrau schließt täterschaftliche Verantwortlichkeit des Hintermanns aus. Aber wie bei Mittäterschaft und Nebentäterschaft soll auch bei der mittelbaren Täterschaft Tatherrschaft und Verantwortung täterschaftlich unter mehreren Beteiligten teilbar sein.²⁰

3. Normative oder faktische Tatherrschaft

Die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung im Fall des in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Haupttäters

¹⁶ Siehe Koch JuS 2008, 399, 402.

¹⁷ J. Kretschmer StraFo 2012, 258.

¹⁸ Dazu Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 81.

¹⁹ So Schaffstein NStZ 1989, 153, 155 ff..

²⁰ So B. Heinrich Rn. 1259; Schaffstein NStZ 1989, 153, 155 ff.

ist ein Sonderproblem im großen Rechtskomplex der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht. Aber an diesem Sonderproblem zeigt sich deutlich der Gegensatz zwischen einer faktischen oder einer normativen Betrachtungsweise. Die mittelbare Täterschaft ist von einem Über- und Unterordnungsverhältnis geprägt. Im Gegensatz beruht die Mittäterschaft auf Gleichberechtigung. Und da liegt der Grund, dass die Tatherrschaft bei der Mittäterschaft auf mehrere Mittäter aufteilbar ist. Dagegen verlagert sich die Tatherrschaft bei der mittelbaren Täterschaft strukturell auf den mittelbaren Täter, der Tatherrschaft über den „anderen“ hat. Auf Grund der Regelung des § 26 StGB müssen sich auch Konstruktionen finden, die für den Anstifter tätergleiches Unrecht ergeben. Das spricht gerade für ein enges Verständnis der mittelbaren Täterschaft anhand des Verantwortungsprinzips.²¹ Die unterlegene Stellung des Handelnden gegenüber dem mittelbaren Täter kann auf rechtlichen oder eben auf tatsächlichen Gründen beruhen. Eine normative Betrachtung steht für Rechtssicherheit. Wenn der Haupttäter - wenn auch vermindert - schuldhaft oder eben in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelt, wird er als verantwortlicher Täter abgeurteilt. Er ist dann kein „unfreies“ Werkzeug der mittelbaren Täter. Normativ handelt er freiverantwortlich. Nach diesem Verständnis gibt es in der mittelbaren Täterschaft den sog. „Täter hinter dem Täter“ nicht. Wer volldeliktisch und freiverantwortlich und autonom handelt, kann kein normatives Werkzeug sein. Eine faktische Betrachtung stellt auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ab. Tragweite und Intensität der Einflussnahme, psychologische Steuerung entscheiden als faktische Faktoren. Unbestimmtheit ist die Folge. Und wenn man die mittelbare Täterschaft über die Figur des „Täters hinter dem Täter“ ausdehnt, was bleibt dann noch für tätergleiches Unrecht nach § 26 StGB? Normative oder faktische Tatherrschaft - Rechtssicherheit oder Einfallentscheidung? Was halten Sie für richtig? Und ist das alles wichtig?

Wichtig ist das zum einen im „Katzenkönig-Fall“ selbst.²² Der BGH erwähnt, dass den Hinterleuten bezüglich der heimtückischen Vorgehensweise kein Vorsatz nachzuweisen ist. Wer sich wie der BGH für die

²¹ Siehe Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 5. 8.

²² Das zeigt Schaffstein NStZ 1989, 153, 155.

mittelbare Täterschaft entscheidet, hat kein Problem. Der BGH verurteilt die Hinterleute wegen versuchten Mordes – niedrige Beweggründe. Wer sich für Anstiftung entscheidet, muss entscheiden, ob § 28 I oder II StGB im Verhältnis von Mord und Totschlag gilt. Der BGH geht bekanntlich im Verhältnis von Mord und Totschlag von eigenständigen Tatbeständen aus und wendet § 28 I StGB. Da das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke des Haupttäters nicht unter § 28 StGB fällt, würden sich die Hinterleute allein wegen Anstiftung zum Totschlag strafbar machen. Das eigene Mordmerkmal käme nicht zur Anwendung, da die Rechtsprechung gerade § 28 II StGB nicht anwendet.

IV. Organisationsherrschaft

Wenn der BGH im „Katzenkönig-Fall“ die Rechtsfigur „Täter hinter dem Täter“ als mittelbare Täterschaft anerkennt, scheint das von geringer Bedeutung für die Rechtspraxis. Fallkonstellationen wie in BGHSt. 35, 347 sind eher selten. Aber das erweiterte Verständnis der mittelbaren Täterschaft wirkt sich in der Rechtsprechung des BGH bereits wenige Jahre später und bis heute in der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats aus.

1. BGHSt. 40, 218

Im Grundsatz liegt keine mittelbare Täterschaft vor, wenn der unmittelbar handelnde Täter sowohl rechtlich als auch tatsächlich als uneingeschränkt verantwortlicher Täter handelt. Das sieht der BGH²³ auch so. Dieses Urteil aus dem Jahr 1994 ist wohl historisch eines der wichtigsten Urteile in der deutschen Rechtsgeschichte. Es geht um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Regierungsapparates der DDR für vorsätzliche Tötungen von Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR. Der BGH aber dann: „Es gibt Fallgruppen, in denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlichen handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermanns nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte

²³ BGH v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt. 40, 218.

Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Handelt in seinem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis eigenen Handelns, ist er Täter in Form mittelbarer Täterschaft.“ Weiter führt der BGH²⁴ an, dass der Hintermann in Fällen der zu entscheidenden Art auch den umfassenden Willen zur Tatherrschaft habe, wenn er wisse, dass die vom Tatmittler noch zu treffende, aber durch die Rahmenbedingungen vorgegebene Entscheidung gegen das Recht kein Hindernis bei der Verwirklichung des von ihm gewollten Erfolges darstelle. Den Hintermann in solchen Fällen nicht als Täter zu behandeln, würde dem objektiven Gewicht seines Tatbeitrags nicht gerecht, zumal häufig die Verantwortlichkeit mit größerem Abstand zum Tatort nicht ab-, sondern zunehme.

Im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum²⁵ werden folgende Elemente für die Organisationsherrschaft genannt: (1) Anordnungsgewalt innerhalb eines hierarchisch organisierten Machtapparates, (2) Austauschbarkeit der unmittelbar Handelnden („Fungibilität“), (3) Handeln des Machtapparates außerhalb des Rechts. Teilweise²⁶ wird als (4) gefordert eine wesentlich erhöhte, organisationspezifische Tatgeneigtheit des Ausführenden²⁷.

Ob sich die Lösungsansätze – außer in Element 3 - zwischen dem BGH und dem Schrifttum wesentlich²⁸ unterscheiden, bezweifle ich. Der BGH

²⁴ BGH v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt. 40, 218.

²⁵ Siehe mwN: AnwK-StGB/Waßmer, § 25 Rn. 36; Roxin ZIS 2009, 565; ders., ZIS 2006, 293; Rengier § 43 Rn. 62; Koch JuS 2008, 496, 497; Wessels/Beulke/Satzger Rn 783.

²⁶ Siehe Wessels/Beulke/Satzger Rn. 783; dazu Radde JURA 2018, 1210.

²⁷ Dazu Schroeder ZIS 2009, 569; contra Roxin ZIS 2009, 565.

²⁸ So Koch JuS 2008, 496, 497: eigener Weg des BGH; auch Radde JURA 2018, 1210, 1216.

weist in seinem Urteil umfangreich auf Roxin²⁹ und andere Vertreter hin und bezeichnet deren Gedanken als die zutreffenden Abgrenzungskriterien. Vor allem die Austauschbarkeit des Ausführenden lässt sich unter die vom BGH geforderten Organisationsstrukturen einordnen. Das ermöglicht der Rechtspraxis eine kriminalpolitisch geprägte Entscheidung im Rahmen der sehr beliebten Gesamtwertung im Einzelfall. Die Organisationsherrschaft als Gesamtkonzept.³⁰ Wer den Machtapparat beherrscht, beherrscht den unmittelbar handelnden Täter. Das ist das Grundprinzip der Organisationsherrschaft als mittelbare Täterschaft. Wenn der Diktator oder der Mafiaboss wissen, dass ihre verbrecherische Politik und ihre Gesetze und Anordnungen und Befehle automatisch die hierarchische Befehlskette durchlaufen und am Ende zur Ausführung kommen, selbst wenn ein einzelnes Mitglied sich verweigert, haben sie tatsächlich und normativ die Tatherrschaft und strafrechtliche Verantwortung über die konkrete Tat.

2. Exkurs: „Fujimori“

Die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als Form der mittelbaren Täterschaft findet sich auch im internationalen Recht. In einem in Politik und im Recht Aufsehen erregenden Urteil, das als historisch³¹ bezeichnet wird, wurde 2009 der ehemalige Präsident von Peru Fujimori vom obersten Strafgerichtshof Peru verurteilt.³² Als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in einem organisatorischen Machtapparat. Grundvoraussetzung ist das Bestehen einer strukturierten hierarchischen Organisation. Das Gericht³³ nennt als funktionale Voraussetzungen und Anforderungen der Organisationsherrschaft: (1) die Befehlsgewalt, (2) die Loslösung der Organisation von der Rechtsordnung, (3) die Austauschbarkeit des unmittelbaren Täters, (4) die erhöhte Tatgeneigtheit des Vollstreckers. Das

²⁹ Siehe auch Roxin ZIS 2009, 565; ders. ZIS 2006, 293; dazu MüKoStGB/Joecks (StGB, 3. Aufl., 2017) § 25 Rn. 138 ff.

³⁰ So Roxin ZIS 2006, 293, 299.

³¹ Bei Ambos ZIS 2009, 552, 564; Roxin ZIS 2009, 565.

³² Dazu das Sonderheft ZIS 2009, Heft 11.

³³ Urteil in Teilen abgedruckt in ZIS 2019, 622 (Rn. 727).

Gericht nimmt einen starken Bezug auf Roxin und erörtert die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft in nationaler und internationaler Rechtsprechung und ebensolcher Literatur. Die Loslösung von der Rechtsordnung könne bei staatlicher Kriminalität in zwei Formen erfolgen: „Erstens, wenn die oberste strategische Ebene des Staates beschließt, sich vollständig vom Recht abzuwenden und ein völlig anders normatives System zu schaffen, das vom internationalen Recht weder anerkannt noch akzeptiert wird, weil es die Begehung von schweren Verbrechen beinhaltet oder verheimlicht. Zweites, wenn sich die oberste strategische Ebene des Staates allmählich von der Rechtsordnung entfernt. D.h. anfänglich nur, um bestimmte Straftaten zu begehen, aber später auf immer häufigere Weise mittels systematischer Handlungen, sowie mittels Aktionen zur Annullierung, Entartung und Ersetzung der verschiedenen Bereiche und Zuständigkeiten der amtlichen und gesetzlichen Kontrollinstanzen des Staates. Diese Modalität erweist sich als die schwerwiegendste, weil sie unter dem Schleier scheinbarer Legitimität erfolgt. Allerdings versucht sie auf heimliche Weise, ein anderes Normensystem als das gesetzlich bestehende zu schaffen, indem sie gerade seine Formen und Strukturen zur Begehung schwerer Straftaten ausnutzt.“ Der Staat als Ganzes muss sich daher nicht vom Recht abgewendet haben – der NS-Staat als Unrechtsstaat. Es genügt nach dieser Ansicht, dass es sich bei dem jenseits der Rechtsordnung handelnden organisatorischen Machtapparat auch um Teilorganisationen handeln kann – Armee, Geheimdienst. Das sagt auch Roxin.³⁴ Der Machtapparat müsse sich nicht in jeder Beziehung vom Recht gelöst haben, sondern als Teilsystem eben nur im Rahmen der von ihm verwirklichten Straftatbestände.

Auch im Völkerstrafrecht ist das Prinzip der Organisationsherrschaft anerkannt. Nach Art. 25 III a) Rom-Statut zum IStGH ist auch derjenige strafrechtlich verantwortlich, wer ein Verbrechen durch einen anderen begeht, gleichviel ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist.

3. Organisationsherrschaft in Wirtschaftsunternehmen?

Im Grundsatz findet die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als

³⁴ ZIS 2006, 293, 298.

Spielart der mittelbaren Täterschaft Anerkennung. Umstritten ist dagegen der Anwendungsbereich. Und das liegt daran, dass der BGH diesen weit zieht: „Eine so verstandene mittelbare Täterschaft wird nicht nur bei Missbrauch staatlicher Machtbefugnisse, sondern auch in Fällen mafia-ähnlich organisierten Verbrechen in Betracht kommen, bei denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht. Auch das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen lässt sich so lösen.“ Sie erkennen die doppelte Erweiterung in der Auslegung der mittelbaren Täterschaft durch den BGH. Zum einen nimmt der BGH eine mittelbare Täterschaft auch an, wenn der „andere“ als menschliches Werkzeug vollverantwortlich handelt – „Täter hinter dem Täter“ in Form der Organisationsherrschaft. Zum anderen wendet der BGH diese Rechtskonstruktion auch an, um in legalen Wirtschaftsunternehmen die strafrechtliche Verantwortung auf die Leitungsebene eines Unternehmens auf eine höhere Hierarchieebene zu verlagern.

Und das ist derzeit ständige Rechtsprechung und prägt die jetzige Rechtspraxis. Beispielhaft noch einmal der BGH:³⁵ „Die Rechtsprechung hat bestimmte Formen der mittelbaren Täterschaft unter den Begriff des Organisationsdelikts erfasst (...). In diesen Fällen nutzt ein Hintermann staatliche, unternehmerische und geschäftsähnliche Organisationsstrukturen aus, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Tatabläufe 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.“

Ob sich das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaft-

³⁵ BGH v. 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NStZ 2008, 89.

licher Unternehmen wirklich „so“ lösen lässt, ist mehr als fraglich. Im Unterschied zu Unrechtsregimen und Diktaturen und zur Mafia und anderen Gruppierungen der Organisierten Kriminalität oder in Terrororganisationen stehen und wirken Wirtschaftsunternehmen und ihre Mitarbeiter im Rahmen der Rechtsordnung. Das Element (3): Handeln des Machtapparats außerhalb des Rechts wird überwiegend³⁶ als zwingend notwendig für die Organisationsherrschaft angesehen. Nur innerhalb einer rechtsgelösten Organisation kann von einem Automatismus der Tatbegehung ausgegangen werden. Basis der Organisationsherrschaft sind die Organisationsstrukturen in einem staatlichen Machtapparat oder der Mafia, die bei Austauschbarkeit der Einzelnen automatische Geschehensabläufe garantieren. Der tragende Gedanke der Organisationsherrschaft ist, wer die Organisation beherrscht, beherrscht auch das Mitglied der Organisation. Wer den organisatorischen Apparat beherrscht, beherrscht als Teil des Apparates auch den konkret handelnden Tatmittler. Der mittelbare Täter übt Herrschaft über den Apparat und seine Struktur aus. In diese Organisation und Struktur ist der unmittelbare Täter als Werkzeug zwangsweise eingegliedert. Es sind typischerweise Anpassung und Angst, ohne das Maß der Nötigungsherrschaft zu erreichen, die innerhalb solcher staatlichen oder kriminellen Unrechtsregime zur Ausführung der verbrecherischen Politik führen – Tatherrschaft durch Angst und Willkür und Anpassung. Der Einzelne ordnet sich unter und gehorcht aus Angst vor der Sanktion. Und diese Sanktionen in unrechts-staatlichen oder kriminellen Unrechtsregimen stehen ihrerseits außerhalb des Rechts – es herrscht Rechtsunsicherheit und Willkür. Die Rechtsgelöstheit zeigt sich auch darin, dass der Ausführende darauf vertraut, dass er für sein kriminelles Handeln nicht bestraft wird. Diese Straflosigkeit ist Element der Rechtsgelöstheit der Organisation. Rechtsunsicherheit und Willkür sind

³⁶ AnwK-StGB/Waßmer § 25 Rn. 39; Koch JuS 2008, 496, 498; Kudlich/Oglakcioglu, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 110; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 73c; Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl. 2017/J. Kaspar, § 25 Rn. 39 ff.; MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 153 ff.; Radde JURA 2018, 1210, 1223; Rengier § 43 Rn. 69; Roxin ZIS 2006, 293, 298; Sch./Sch./Heine/Weißer (StGB 30. Aufl., 2019) § 25 Rn. 30; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 783.

die Bedingungen der Organisationsherrschaft. Die inhaltlichen Anforderungen an die Organisationsstruktur erscheinen in Gesamtheit unbestimmt.³⁷ Das erlaubt eine weite Gesamtbetrachtung anhand des konkreten Einzelfalls. So formuliert der BGH:³⁸ „ ... ist deshalb bei der Prüfung, ob der Hintermann mittelbarer Täter ist, auf das Kriterium der vom Täterwillen getragenen Tatherrschaft abzustellen. Ob sie vorliegt, richtet sich nicht nach starren Regeln, sondern kann nur je nach der konkreten Fallgestaltung im Einzelfall wertend ermittelt werden.“ Dieses Kriterium in der Rechtsprechung ist stets ein Moment der Unbestimmtheit, da es kriminalpolitische Erwägungen in die Auslegung einfließen lässt.

Aber was erwarten wir von einem Mitarbeiter eines Wirtschaftsunternehmens wie Siemens oder VW oder Koc, wenn die Unternehmenspolitik von oben auf wirtschaftskriminellem Handeln beruht? Wenn der Vorstand eines Wirtschaftsunternehmens die Geschäftspolitik der Korruption oder der Verletzung von Umweltvorschriften – Diesellaufäre bei VW - initiiert und fördert und duldet und belohnt, erwarten wir in einem liberalen Rechtsstaat von einer Mitarbeiterin und einem Mitarbeiter, dass er die Mitwirkung an wirtschaftskriminellen Handeln verweigert und intern oder extern anzeigt. Und das Recht, der Rechtsstaat, die Rechtsordnung – das Gegenteil von Rechtsunsicherheit und Willkür - , vor allem das Arbeitsrecht schützen die Mitarbeiter gegenüber ungerechtfertigten Kündigungen oder sonstigen arbeitsrechtlichen Sanktionen. Ein funktionierendes und vorgelebtes Compliance-Management beugt dem Begehen wirtschaftskrimineller Handlungen vor. Ein solches Compliance-Management³⁹ ist das Argument gegen die Organisationsstrukturen der Organisationsherrschaft. Diese normative Wertung findet sich vergleichbar auch in § 11 des deutschen SoldatenG. In der Bundeswehr ist nicht „blinder“ Gehorsam das Prinzip. Der Soldat ist Bürger in Uniform. Ungehorsam liegt nach § 11 nicht vor, wenn ein Befehl nicht befolgt wird, der die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist. Und ein Befehl darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. Das zeigt, dass in Institutionen, die sich vom

³⁷ Siehe Herzberg ZIS 2009, 576, 577.

³⁸ BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 353/88, BGHSt. 35, 347.

³⁹ Dazu Karen Klein ZtdR 2019, 159.

Recht leiten lassen und eben nicht außerhalb der Rechtsordnung agieren, die für die Organisationsherrschaft geforderten Organisationsstrukturen nicht vorherrschen. Dem einzelnen Soldaten in der – deutschen - Armee und dem einzelnen Mitarbeiter in einem Wirtschaftsunternehmen wird in einem funktionierenden demokratischen Rechtsstaat Eigenverantwortung und kritisches Mitbewusstsein abverlangt. Nicht Anpassung und Angst.

4. Alternativlösungen

Wer die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als mittelbare Täterschaft gänzlich ablehnt bzw. ihre Anwendung auf legale Wirtschaftsunternehmen verneint, sucht nach strafrechtlichen Alternativen. Und findet diese. In BGHSt. 40, 218 – Tötung an der DDR-Grenze in mittelbarer Täterschaft – hatte das Landgericht als Vorinstanz noch Anstiftung nach § 26 StGB angenommen und die Staatsanwaltschaft sprach sich für Mittäterschaft aus. Das zeigt: Alles ist rechtlich vertretbar und möglich.

In Betracht kommt ein mittäterschaftliches Zusammenwirken (§ 25 II StGB) zwischen der Leitung und den Untergebenen in einem hierarchisch organisierten Machtapparat.⁴⁰ Der gemeinsame Tatentschluss liegt in der gemeinsamen Zugehörigkeit zu der Organisation. Neben einer horizontalen Mittäterschaft ist in diesem Zusammenhang die Rede von einer vertikalen Mittäterschaft.⁴¹ Die koordinierte Zusammenarbeit zur Erreichung eines deliktischen Ziels steht im Vordergrund. Das Bewusstsein der Leitenden und Ausführenden, dass eine bestimmte Tat entsprechend den Weisungen der Leitung vorgenommen werden soll, begründe die Gemeinsamkeit des Tatentschlusses.⁴² Jedoch ist die wechselseitige Zurechnung nach § 25 II StGB Ausdruck einer gleichrangigen Tatverantwortlichkeit.⁴³ Das stete Argument⁴⁴ gegen die Mittäterschaft ist das Fehlen der

⁴⁰ So Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 8.

⁴¹ So MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 232.

⁴² So Jescheck/Weigend § 62 II. 8.

⁴³ Siehe Radde JURA 2018, 1210, 1219.

⁴⁴ So schon immer Roxin ZIS 2009, 565, 566.

gleichrangigen Qualität arbeitsteiliger Tatbeiträge. Ein gemeinsamer Tattentschluss liege nicht vor.⁴⁵ Diktator oder Mafiaboss und der ausführende Befehlsempfänger sind keine gleichrangigen Beteiligten. Weitere Alternative: Der anweisende Haupttäter wird als Anstifter gemäß § 26 StGB angesehen.⁴⁶ Die Anstiftung als Hervorrufen eines konkreten Tattentschlusses beim Haupttäter ist im „Katzenkönig-Fall“ kein Problem. Innerhalb zentral und vertikal organisierter Organisationen und Machtapparaten lässt sich eine konkrete Anstiftungshandlung tatsächlich oftmals nur schwer konkret nachweisen. Und so löst die Lösung des BGH – Organisationsherrschaft – kriminalpolitisch auch ein Beweisproblem in der Strafrechtspraxis. Aber ein rechtspraktisches Beweisproblem darf die dogmatische Auslegung nicht steuern. Der stete Einwand gegen die Anstiftungslösung ist, dass es nicht überzeugend sei, dem Hintermann in den Fällen der Organisationsherrschaft eine Nebenrolle als bloße Randfigur zuzuweisen.⁴⁷ Der Organisationslenker sei die Zentralfigur des Geschehens – „Schreibtischtäter“.⁴⁸ Es wird als ungerecht angesehen, den Hintermann „nur“ als Anstifter zu bestrafen. Aber: Der Anstifter wird nach § 26 StGB „gleich“ einem Täter bestraft. Was heißt das? Das bedeutet, dass für den Anstifter der tätergleiche Strafrahmen gilt. Dem Anstifter wird tätergleiches Unrecht vorgeworfen. Die höhere tatsächliche und rechtliche Verantwortung des die Organisation beherrschenden Hintermanns – Diktator, Mafiaboss, Vorstandschef - kann so in der Strafzumessung berücksichtigt werden. Ohne den Anstifter hätte es die Haupttat nicht gegeben. Und das entspricht den Gedanken Roxins:⁴⁹ „Ohne die Leute an der Spitze des Apparates wären die Verbrechen nicht möglich. Sie wären aber auch nicht möglich, wenn nicht die Staatsspitzen willige Exekutoren fänden, die sich als Schergen zur Verfügung stellen. Die Anordnenden und die Ausführenden sind gleichermaßen zentrale Faktoren bei der erfolgreichen Durchführung von Systemverbrechen.“ Die zentrale

⁴⁵ So Roxin ZIS 2006, 293, 294.

⁴⁶ So Herzberg ZIS 2009, 576.

⁴⁷ Siehe B. Heinrich Rn. 1257; Radde JURA 2018, 1210, 1219.

⁴⁸ So Roxin ZIS 2009, 565, 566.

⁴⁹ Roxin ZIS 2009, 565, 566.

Rolle des Anstifters wird normativ aber gerade in § 26 StGB und dem tätergleichen Strafraumen deutlich.

Das alles klingt rechtswissenschaftlich abstrakt und theoretisch: Organisationsherrschaft, „Täter hinter dem Täter“, Verantwortungsprinzip. Der nationale und internationale strafrechtliche Praxisbezug ist mit den Rechtsfragen aufgezeigt, wie die Rechtsfigur bei Staatsverbrechen angewendet wird und wie wirtschaftskriminelles Verhalten von Mitarbeitern in einem Unternehmen nach oben der Ebene der Unternehmensleitung zugerechnet werden kann. Nach welcher Regel der Täterschaft und Teilnahme muss sich der Vorstand oder ein Geschäftsführer das wirtschaftskriminelle Handeln seiner Mitarbeiter zurechnen lassen?

V. Letzte Worte

Alleintäter, mittelbarer Täter, Mittäter, Anstifter, Beihilfe: Diese Rechtsfiguren der Täterschaft und Teilnahme dienen der strafrechtlichen Bewältigung von „normaler“ Alltagskriminalität individueller Täter. Zurechnungsprobleme ergeben sich in der sog. Makrokriminalität. Bei Staatsverbrechen, Mafiaorganisationen, Terrorgruppen oder eben auch in Wirtschaftsunternehmen. In den letzten Jahrzehnten haben sich der Blick der Strafrechtswissenschaft und auch der Blick der deutschen und der internationalen Strafrechtspraxis auf die strafrechtliche Verantwortung des unternehmerischen Leitungspersonals und der staatlichen oder verbrecherischen Führungsebene gerichtet. Es gilt die Frage zu beantworten, wie einem Diktator, dem Mafiaboss, dem Anführer einer Terrororganisation oder eben dem Vorstand einer Aktiengesellschaft das kriminelle Handeln der untergebenen Ausführenden nach den Regeln der Täterschaft und Teilnahme zugerechnet werden kann. Meine Antwort lautet: Nach den Regeln der Anstiftung - § 26 StGB. Und wo diese nicht vorliegen, bleibt nur die Beihilfe. Das mag rechts- und kriminalpolitisch nicht gefallen. Das mag dann in der Strafrechtspraxis und in der Strafrechtswissenschaft – bei Rechtsgelöstheit des Systems - zu einer Ausweitung der mittelbaren Täterschaft durch Organisationsherrschaft führen. Im normativen System der Täterschaft und Teilnahme führt meine Lösung zu einer bestimmten Abgrenzung der einzelnen Formen der Beteiligung.

Und Bestimmtheit und Rechtssicherheit sind Werte an sich in einem Rechtsstaat.

Dem hier besprochenen Thema wird gewiss auch in Zukunft auf deutscher, türkischer und internationaler Ebene in der Strafrechtspraxis und in der Strafrechtswissenschaft große Bedeutung zukommen. Das Thema war und bleibt und wird spannend.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Urteil des BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88 oder eben der „Katzenkönig-Fall“ ist mein Lieblingsfall im Strafrecht. Die Täter überzeugen eine andere Person davon, dass der „Katzenkönig“ existiert und ein Menschenopfer fordert. Ansonsten würde der „Katzenkönig“ viele Menschen töten. Im Glauben an den „Katzenkönig“ versucht die andere Person, einen anderen Menschen zu töten.

BGHSt. 35, 347 beschäftigt sich mit zwei strafrechtlichen Rechtsfragen.

Erstens geht es darum, ob der die Tat ausführende Täter auf Grund seines Irrtums privilegiert werden kann: Er versucht einen Menschen zu töten, um viele Menschen vor dem „Katzenkönig“ zu retten. Der BGH behandelt dieses Irrtum als einen vermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB. Es liegt aber ein abergläubischer Irrtum vor. Dieser steht außerhalb der Rechtsordnung. Der Glaube an den „Katzenkönig“ ist Aberglaube und Mystik. Er kann und darf nicht als strafrechtlich relevanter Irrtum behandelt werden.

Die zweite große Rechtsfrage ist, wie sich die Personen strafbar machen, die den Ausführenden beeinflusst haben. „Mittelbarer Täter ist der, der die Tat durch einen anderen begeht“ – so § 25 I 2. Alt. StGB. Im Grundsatz liegt mittelbare Täterschaft vor, wenn der „andere“, das sog. menschliche Werkzeug, seinerseits straflos bleibt, weil er objektiv oder subjektiv tatbestandslos, rechtmäßig oder schuldlos handelt. Umstritten sind jedoch die Fallkonstellationen, in denen der „andere“ ein solches Strafbarkeitsdefizit nicht aufweist, er also volldeliktisch handelt. Diese Rechtsfigur ist eng mit Roxin verbunden. Er spricht von einem „Täter hinter dem Täter“. Es geht um die Organisationsherrschaft als Form der mittelbaren Täterschaft. Wer die Struktur und die Abläufe der Organisation beherrscht, beherrscht auch den Handelnden. Der Einzelne ist in einem Unrechtsregime oder in der Mafia austauschbar. Diese Rechtsfigur wendet der BGH in ständiger Rechtsprechung auf die strafrechtliche Behandlung von Regierungskriminalität und krimineller Organisationen an. Aber der BGH macht das auch für die strafrechtliche Verantwortung von führenden Personen wie den Vorstand oder einen Geschäftsführer in einem Wirtschaftsunternehmen. Aber im Unterschied zu einem Unrechtsregime oder einer Mafia-Organisation handeln Wirtschaftsunternehmen im Rahmen des Rechts. Der Mitarbeiter eines Unternehmens kann und muss sich weigern, eine wirtschaftskriminelle Anweisung des Vorstandes zu erfüllen. Die Rechtsordnung schützt ihn. Alternativ kommen die

Mittäterschaft oder die Anstiftung oder die Beihilfe in Betracht. Bei diesem Rechtsproblem der mittelbaren Täterschaft und der Organisationsherrschaft zeigt sich sehr schön, wie theoretische Rechtsfragen die Rechtspraxis beeinflussen.

Die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft hat auch international Anerkennung erfahren. So findet sie sich im Völkerstrafrecht.

Der BGH bejaht im „Katzenkönig-Fall“ die mittelbare Täterschaft der Hinterleute, weil sie faktisch den Irrtum beim Handelnden bewirkt haben. Dieser andere handelt aber trotz seines Irrtums frei verantwortlich. Er kann normativ kein menschliches Werkzeug im Sinn der mittelbaren Täterschaft sein. Meine Lösung ist im „Katzenkönig-Fall“ die Anstiftung nach § 26 StGB.

ÖZET

BGH'nın 15.9.1988 – 4 StR 352/88 kararı veya kısaca „Kedi Kral Davası“ ceza hukukunda en sevdiğim karardır. Failler, üçüncü bir kişiyi „Kedi kral“ın var olduğuna ve bir insanın kurban edilmesini istediğine ikna etmektedir. Aksi takdirde, bu „kedi kral“ birçok insanı öldürecektir. Üçüncü kişi „kedi kral“a inanarak, bir başka kişiyi öldürmeye teşebbüs etmektedir.

BGHSt. 35, 347 kararı iki ceza hukuku sorusu ile ilgilenmektedir.

İlk soru, birçok kişiyi “kedi kral”dan kurtarmak için bir başkasını öldürmeye teşebbüs ederek suç hareketini gerçekleştiren failin düştüğü bu hatadan yararlanıp yararlanamayacağıdır. BGH bu hatayı, StGB m. 17 uyarınca kaçınılabilir yasak hatası olarak ele almıştır. Ancak burada batıl inanca dayalı bir hata söz konusudur. Bu ise hukuk düzeni dışında yer almaktadır. “Kedi Kral”a yönelik bu inanç, batıl ve mistiktir. Bu inanç, ceza hukuku bakımından önem verilen bir hata olarak değerlendirilemez ve değerlendirilmemelidir.

İkinci önemli hukuk sorusu, hareketi gerçekleştireni etkilemiş olan kişilerin nasıl cezalandırılacağıdır. StGB m. 25/1 uyarınca, “Dolaylı Fail, bir suçu başka biri vasıtasıyla gerçekleştiren kişidir.” Kural olarak araç olarak kullanılan “diğer kişinin”, suçun maddi veya manevi unsurlarının bulunmaması, hukuka uygun veya kusursuz hareket etmesi nedenleriyle ceza almadığında dolaylı faillik söz konusudur. Ancak kararda „diğer kişinin” cezai sorumluluğunu kaldıran belirtilen unsurlar bulunmadığı ve kişi tam cezai sorumluluğu ile değerlendirildiği için, kararın gerekçesi tartışmalıdır. Bu hukuki kavram, “Failin arkasındaki fail”den bahseden Roxin ile sıkı sıkıya bağlıdır. Dolaylı failliğin bir türü olarak „Organisationsherrschaft“ örgüt organizasyonuna bağlı hakimiyet ile ilgilidir. Organizasyonun yapısı ve işleyişini yöneten, organizasyondakileri de yönetir. Hareketi gerçekleştiren kişi, hukuka aykırı bir örgüt veya mafya organizasyonunda ikame edilebilir. BGH bu hukuki kavramı, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen suçlar ve örgütlü suçluluğa ilişkin kararlarında istikrarlı olarak uygulamaktadır. Ancak BGH, arka plandaki kişiyi de tıpkı ticari işletmedeki yönetim kurulu yahut yönetici gibi sorumlu tutmaktadır. Fakat hukuka aykırı bir örgütten veya mafya yapılanmasından farklı olarak ticari işletmeler hukuk sistemi içinde faaliyet göstermektedir. Bir işletmenin çalışanı, yönetim kurulunun ekonomik suç teşkil eden talimatlarını yerine getirmekten kaçınılabilir ve kaçınmak zorundadır. Bu takdirde hukuk düzeni bu kaçınan kişiyi korumaktadır. Dolaylı

failliğe ek olarak müşterek faillik, azmettirme veya yardım etme de gündeme gelmektedir. Dolaylı faillik ve örgüt organizasyonuna bağlı hâkimiyet ile ilgili hukuki sorun, kuramsal hukuki sorunların uygulamayı nasıl etkilediğini çok güzel göstermektedir.

Örgüt organizasyonuna bağlı hâkimiyet kavramı uluslararası bir tanınırlık kazanmıştır. Bu şekilde uluslararası ceza hukukunda yer bulmuştur.

BGH, “Kedi Kralı Davası”nda hareketi gerçekleştiren kişinin hataya düşmesine neden oldukları için arka plandakilerin dolaylı failliğini kabul etmiştir. Hareketi gerçekleştiren kişi hatasına rağmen münhasıran sorumludur. Bu kişi normatif anlamda dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişi olamaz. Kanaatimce “Kedi Kral Davası”nda StGB m.26 uyarınca azmettirme söz konusudur.

