

# Claus Roxins Aufsatz „Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate“ aus dem Jahr 1963 als Beitrag zur juristischen Aufarbeitung der NS-Gewaltverbrechen

Von Dr. Marianne Czisnik, M.Sc. (Edinburgh), Berlin

*Dieser Artikel vermittelt ein historisches Verständnis von Claus Roxins Theorie zur mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate. In Ergänzung des Aufsatzes in der ZIS aus dem Jahr 2006 von Roxin selbst zur Wirkungsgeschichte seiner Theorie, wird hier vor dem Hintergrund der strafrechtlichen Aufarbeitung der NS-Gewaltverbrechen verdeutlicht, was an der Theorie so neu war. Vor ihrer Veröffentlichung im Jahr 1963 waren zur strafrechtlichen Aufarbeitung der NS-Verbrechen verschiedene dogmatische Ansätze der mittelbaren Täterschaft, Mittäterschaft und Teilnahme sowohl im deutschen als auch im internationalen Strafrecht entwickelt worden. Angesichts des – zum Teil unzusammenhängenden – Diskurses zu den NS-Verbrechen wird deutlich, dass Roxins Theorie der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate für die erkannten Probleme in einer klaren Sprache eine tragfähige Lösung bot.*

*This article adds to the analysis of the impact exerted by Claus Roxin's theory of indirect perpetration through organized power structures. Roxin himself published such an analysis in this journal in 2006. This article adds to the assessment of the impact of the theory by examining why it was such a novelty at the time. Before its publication in 1963 there had been a great number of attempts to assess Nazi crimes by the means of criminal law. These attempts had produced a variety of dogmatic concepts in German criminal law as well as in international law, regarding the culprits as co-perpetrators, indirect perpetrators or accessories. In view of the often disconnected lines of argument it becomes apparent how significant Roxin's theory of indirect perpetration through an organisation was, since it offers a comprehensibly worded and viable solution for the problems posed.*

## I. Täterschaft und Teilnahme in der strafrechtlichen Behandlung von NS-Gewaltverbrechen bis 1963

### 1. Roxins Ansatz im Jahr 1963

Claus Roxin, der am 15. Mai 2020 seinen 90. Geburtstag begangen hat, setzte sich im Jahr 2006 in einem Aufsatz in der ZIS mit der Entwicklung seiner Theorie zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auseinander. Über seinen Aufsatz „Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate“ aus dem Jahr 1963<sup>1</sup>, mit dem er die Theorie der Öffentlichkeit vorgestellt hatte, schrieb er dabei rückblickend: „Dass das Thema damals noch als Politikum empfunden wurde, mag man daraus ersehen, dass die Juristenzeitung zuvor den Abdruck abgelehnt hatte; es ist das einzige Mal, dass mir in meiner Laufbahn als juristischer Schriftsteller so etwas zugestoßen ist.“<sup>2</sup> Im Folgenden wird der historische Hintergrund untersucht, vor dem die Veröffentlichung so kontrovers erschien. Damit wird zugleich erklärt, was die

Theorie von vorangegangenen Ansätzen so zukunftssträftig unterschied.

### 2. Radbruchs Ansätze

Die Juristenzeitung, die Claus Roxins Artikel über „Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate“ Anfang der 1960er Jahre nicht zur Veröffentlichung annehmen wollte, ist die Nachfolgerin der Süddeutschen Juristenzeitung, die in ihrem ersten Jahrgang, 1946, Gustav Radbruchs berühmten Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ veröffentlicht hatte. Beide Aufsätze haben NS-Gewaltverbrechen zum Thema und kommen zu ähnlichen strafrechtlichen Wertungen, unterscheiden sich aber auf bedeutsame Weise in ihren Schlussfolgerungen.

Radbruch, der in den Jahren 1921/1922 und wieder 1923 Reichsjustizminister gewesen war, hatte im Jahr 1945 seinen Lehrstuhl für Strafrecht an der Universität Heidelberg wieder übernommen, den er im Jahr 1933 wegen seiner SPD-Mitgliedschaft hatte aufgeben müssen. Aus Anlass erster Urteile deutscher Gerichte, die sich mit Fällen staatlichen Unrechts des NS-Staats auseinandersetzten, thematisierte er in seinem Aufsatz in der Süddeutschen Juristenzeitung die strafrechtliche Aufarbeitung von Verbrechen aus der NS-Zeit. Die besprochenen Urteile befassten sich mit Einzelfällen, insbesondere von Justizunrecht. Radbruch zitierte, dass „Gesetzmäßigkeit, Streben nach Gerechtigkeit, Rechtssicherheit [...] bei der politischen Strafjustiz in der Hitlerzeit“ fehlten, weswegen man einen Denunzianten als „mittelbaren Täter“ des durch die Vollstreckung des erwartbaren Todesurteils begangenen Mords anzusehen habe.<sup>3</sup> Hierzu stellte Radbruch klar, dass, was für die Ausnutzung richterlichen Unrechts galt, ebenso auf die Ausnutzung hierarchischer Strukturen der Exekutive zutrifft: „Wie mittelbarer Täter ist, wer sein Befehlsrecht gegen Gehorsampflichtige zu verbrecherischen Zwecken mißbraucht hat, so ist auch der mittelbarer Täter, der zu verbrecherischen Zwecken durch eine Denunziation den Justiz-Apparat in Funktion gesetzt hat.“<sup>4</sup> Hier sind wichtige Aspekte von Roxins späterer Theorie von mittelbarer Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate erkennbar, auch wenn sie noch nicht dogmatisch scharf herausgearbeitet sind: die Täter üben Befehlsgewalt über gehorsampflichtige Mitglieder eines nicht gesetzmäßig handelnden Machtapparats aus.

Von einer genaueren Analyse der mittelbaren Täterschaft sah sich Radbruch allerdings dadurch abgebracht, dass nach Kriegsende „allerorten [...] unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Unrechts und des übergesetzlichen Rechts der Kampf gegen den Positivismus aufgenommen“ wurde. In diesem Kampf versuchte er eine vermittelnde Position einzunehmen und formulierte das, wofür der Artikel berühmt geworden ist, die Radbruchsche Formel: „Der Konflikt zwi-

<sup>1</sup> Roxin, GA 1963, 193.

<sup>2</sup> Roxin, ZIS 2006, 293 Fn. 1.

<sup>3</sup> Radbruch, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 f.

<sup>4</sup> Radbruch, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 (108).

schen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“<sup>5</sup>

Eine weitere Untersuchung der mittelbaren Täterschaft im positiven, deutschen Strafrecht schien auch deshalb im Jahr 1946 nicht angebracht, weil der Alliierte Kontrollrat für die strafrechtliche Behandlung der NS-Gewaltverbrechen am 20. Dezember 1945 das Gesetz Nr. 10 verabschiedet hatte, das die Besatzungsmächte zum Teil auch für deutsche Gerichte für anwendbar erklärt hatten.<sup>6</sup> Das Gesetz Nr. 10 enthielt den neuen Begriff „crimes against humanity“, den Radbruch unsicher – einmal mit „die“ und einmal ohne „die“ – als „Verbrechen gegen [die] Menschlichkeit“ übersetzte.<sup>7</sup> Der Begriff „crimes against humanity“ war aus Art. 6 des Statuts für den Internationalen Militärgerichtshof (International Military Tribunal, IMT) vom 6. Oktober 1945 übernommen und erhielt dadurch zusätzliche Bedeutung, dass er auch einer der Anklagepunkte in dem Prozess gegen die als Hauptkriegsverbrecher des NS-Regimes Angeklagten war. Dieser Prozess wurde in eben der Zeit geführt, in der Radbruchs Artikel entstand. Wenige Wochen nach der Veröffentlichung von Radbruchs Aufsatz wurden am 30. September und 1. Oktober 1946 die Urteile verkündet. Zwar war auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis der Begriff der „crimes against humanity“ neu, doch ließ er sich aus verschiedenen Gründen dort leichter aufnehmen, als dies im kontinentaleuropäischen Recht möglich gewesen wäre. So kennt das anglo-amerikanische Strafrecht nicht das in Deutschland auch verfassungsrechtlich verankerte Rückwirkungsverbot.<sup>8</sup> Im Gegenteil dazu wird im britischen Recht die Möglichkeit, auch rückwirkende Strafgesetze zu erlassen, als Ausdruck des dort geltenden Verfassungsgrundsatzes der Souveränität des Parlaments betrachtet.<sup>9</sup> Auch die Vorstellung, dass eine Strafe „gesetzlich bestimmt“ sein muss, ist dem anglo-amerikanischen Rechtskreis fremd. Durch die aus dem Common Law, dem gemeinen Recht, entwickelte

Rechtstradition hat sich ergeben, dass es in Großbritannien bis heute nicht einmal für die Strafbarkeit des Mordes eine gesetzliche Regelung gibt.<sup>10</sup> Kaum ein anderer deutscher Strafrechtler seiner Zeit war so gut mit dem anglo-amerikanischen Strafrecht vertraut wie Radbruch. In den Jahren 1935/1936 hatte er am University College in Oxford einen Forschungsaufenthalt verbracht, und konnte sein aus dieser Zeit hervorgegangenes Buch „Der Geist des englischen Rechts“ nun im Jahr 1946 veröffentlichen. Darin beschrieb er die unterschiedlichen Ansätze der beiden Rechtssysteme: Während das kontinentaleuropäische Recht vom abstrakt „Richtigen“ abgeleitet werde, erwachse „the law“ aus konkreten Einzelfällen.<sup>11</sup>

### 3. Verfahren vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg

Dogmatische Fragen der mittelbaren Täterschaft spielten vor dem Internationalen Militärgerichtshof (IMT) in Nürnberg, dessen Statut stark vom anglo-amerikanischen Recht geprägt war, vordergründig keine Rolle. US-Präsident Roosevelt, der noch während des Krieges auf der Durchführung eines Prozesses bestanden hatte, hatte als Beleg für die Erfüllung der objektiven Tatbestände des Verbrechens gegen den Frieden, des Kriegsverbrechens und der crimes against humanity eine umfangreiche Dokumentation angestrebt.<sup>12</sup> Um die Hauptkriegsverbrecher zu überführen, setzten die Alliierten auf die erdrückende Last der Beweise für das Ausmaß des Grauens. Sie veröffentlichten den „Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher“ auf Deutsch in 38 Bänden, von denen 26 den eigentlichen Prozess und 12 „Urkunden und anderes Beweismaterial“ enthalten. Die einzelnen Bände haben einen Umfang von im Schnitt etwa 500 Seiten. Im Verhältnis zu diesem Monumentalwerk fällt die Begründung der Verurteilung von Hermann Göring in allen Anklagepunkten mit vier Seiten auffällig knapp aus. Das unermessliche Elend, das das Dritte Reich verursacht hatte, wird ihm ohne Darlegung einer mittelbaren Täterschaft zugerechnet: „Die Beweisführung zeigt, daß er nächst Hitler der bedeutendste Mann des Nazi-Regimes war. [...] Göring war oft ja fast immer die treibende Kraft.“<sup>13</sup> Während der IMT Görings Schuld als „einmalig in ihrer Ungeheuerlichkeit“ ansah, war es schon vor Beginn des

<sup>5</sup> Radbruch, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105 (107).

<sup>6</sup> Zur Anwendung des Art. III Nr. 1 lit. d S. 2 siehe Ostendorf, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, 1995, S. 73 (75).

<sup>7</sup> Radbruch, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105 (106). Arendt hat die übliche Übersetzung von „humanity“ in „Menschlichkeit“ anstatt „Menschheit“ als „das Understatement des Jahrhunderts“ kritisiert (Eichmann in Jerusalem, Ein Bericht von der Banalität des Bösen, 1964/2016, S. 399); um die Übersetzung zu vermeiden, wird in diesem Artikel der englische Begriff verwendet.

<sup>8</sup> Vgl. § 2 RStGB von 1871 und Art. 116 WRV; § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG.

<sup>9</sup> Jefferson, *Criminal Law*, 12. Aufl. 2015, S. 6: „As a matter of parliamentary sovereignty, the government acting through Parliament can create laws which apply retroactively.“

<sup>10</sup> Jefferson (Fn. 9), S. 23.

<sup>11</sup> Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 2. Aufl. 1947, S. 22; ähnlich: S. 43f., 48f, 53.

<sup>12</sup> Sands, *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, 2005, S. 10: „according to [chief prosecutor] Jackson he [Roosevelt] ‚was determined that a speedy but fair trial should be accorded to war criminals [...] the President insisted that there be a documentation of their crimes‘“; dass der Prozess stattfand, setzte dann sein Nachfolger Truman durch; siehe Taylor, *Die Nürnberger Prozesse. Hintergründe, Analysen und Erkenntnisse aus heutiger Sicht*, 1994, S. 49.

<sup>13</sup> Internationaler Militärgerichtshof (Hrsg.), *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof. Nürnberg 14. November 1945 – 1. Oktober 1946*. (1947–1949; Nachdruck 1984, 38 Bände), Bd. 1, S. 314–318 (und wortgleich Bd. 22, S. 596–600).

Prozesses klar, dass sich die Schuld nicht für alle Täter von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen so dogmatisch problemlos würde herleiten lassen.

Im Statut des IMT hatten die Briten und Amerikaner zum Zweck der Aburteilung einer großen Anzahl von Verantwortlichen das ihnen vertraute Rechtsinstitut der conspiracy durchgesetzt, um ganze Organisationen als verbrecherisch verurteilen zu können.<sup>14</sup> Diese als „Verschwörung“ nur unvollständig übersetzte Konstruktion begründet eine Strafbarkeit allein aus der Mitgliedschaft in einer Organisation. Für die Bestimmung des verbrecherischen Charakters einer Organisation erkannte der amerikanische Ankläger, *Robert Jackson*, strukturelle Merkmale der NS-Gewaltverbrechen, die auch *Radbruch* beschäftigten. Er beschrieb den „pyramidenartigen Machtaufbau [...], der außerhalb des Gesetzes stand“ und in dem ein „System einheitlicher Befehlsgewalt“ herrschte.<sup>15</sup> *Jackson* erkannte also auch die besonderen Eigenschaften einer Organisation, die *Roxin* später als Rechtsgelöstheit des Herrschaftssystems beschrieb, und die Bedeutung von Befehlen in einem solchen System. Er sah diese Eigenschaften allerdings nicht als Voraussetzung mittelbarer Täterschaft vieler einzelner Täter an. Stattdessen verstand er das Nazi-System, gelenkt von der Idee einer conspiracy, als ein Geflecht von verbrecherischen Organisationen. Diese galt es zu kriminalisieren, um ihren Mitgliedern die von der jeweiligen Organisation kollektiv begangenen Verbrechen zuzurechnen. Durch die Anklage und angestrebte Verurteilung dieser Organisationen, wie zum Beispiel der SS und der Reichsregierung, sollte eine Grundlage für spätere Verurteilungen ihrer Mitglieder geschaffen werden. In gewisser Weise führte die Anklage einer Organisation als conspiracy zu einer gesonderten Klärung der Frage, die *Roxin* später als Rechtsgelöstheit der Organisation bezeichnete. Abgesehen von der praktischen Erwägung einer gebündelten Klärung für eine Vielzahl von Fällen, mag die Fokussierung auf staatliche und politische Einrichtungen ihren Ursprung auch darin gehabt haben, dass Völkerrecht bis zum Hauptkriegsverbrecherprozess in Nürnberg nur Staaten, nicht Einzelpersonen, als Rechtssubjekte kannte.<sup>16</sup>

Um die Akzeptanz für die conspiracy zu erhöhen und dem Einwand eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot zu begegnen, leitete *Jackson* sie aus verschiedenen europäischen Rechtsordnungen her, insbesondere aus § 128 Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) und dem britischen Unlawful Societies Act von 1799. Gerade den Einwand des Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot sah etwa auch der französische Richter am IMT, *Donnedieu de Vabres*, als Grund für der Rückgriff

auf die conspiracy an.<sup>17</sup> Die Regelung des sich gegen „Geheimbündelei“ richtenden § 128 RStGB und ihrer noch bis 1968 gültigen Nachfolgeregelung in § 128 StGB, knüpfte an das preußische „Edikt wegen Verhütung und Bestrafung geheimer Verbindungen“ vom 20. Oktober 1798 an.<sup>18</sup> Der König von Preußen hatte mit seinem Edikt aus der Zeit der Kriege gegen das revolutionäre Frankreich „aus landesväterlicher Gesinnung“ darauf abgezielt, diejenigen zu bestrafen, „welche auf dem Wege geheimer Verbindungen, Verführer zum Verderben Unserer Unterthanen zu werden trachten“. Dabei reichte zur Annahme der Rechtswidrigkeit der Verbindung und damit zur Bestrafung ihrer Mitglieder, auch noch nach § 128 StGB, dass die Verbindung „eine geheim gehaltene Absicht“ hatte, von der man offenbar unterstellte, sie müsse staatsfeindlich sein.<sup>19</sup> Nur für Freimaurerlogen hatte das Edikt umständlich konstruierte Ausnahmen vorgesehen.<sup>20</sup> Der ein knappes Jahr später erlassene Unlawful Societies Act von 1799 übernahm die preußische Regelung, einschließlich entsprechender Ausnahmen für Freimaurer. Der britische Gesetzgeber ging seinerzeit davon aus, die republikanische Regierung Frankreichs steuere eine „traitorous conspiracy“ (verräterische Verschwörung) zum Umsturz des britischen Staats- und Gesellschaftssystems.<sup>21</sup> Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass ausgerechnet der französische Richter am IMT, *Donnedieu de Vabres*, in der Rechtsfigur der conspiracy ein Instrument der „Willkür“ und „eine bevorzugte Waffe der Tyrannei“ sah.<sup>22</sup>

*Jacksons* Versuch mit der aus preußischem Arsenal stammenden Waffe der conspiracy die organisierten Gräueltaten der NS-Diktatur zu fassen war durch unscharfe Tatbestandsvoraussetzungen und die dogmatische Struktur des Instru-

<sup>17</sup> Heinze/Schilling (Fn. 16), S. 85, wo *Donnedieu de Vabres* im 10. Nachfolgeprozess zitiert wird.

<sup>18</sup> *Krauß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2008, Einl. zu § 129, S. 139.

<sup>19</sup> Einleitung und § 2 des Edikts, das unter

<https://sammlungen.ulb.uni-muenster.de> (1.4.2021) zu finden ist; zur Auslegung des § 128 StGB siehe *Werner*; in: *Jagusch/Mezger* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 8. Aufl. 1957, StGB § 128, S. 748.

<sup>20</sup> §§ 3, 9–13 des Edikts (Fn. 19).

<sup>21</sup> „to overturn the laws, constitution, and government, and every existing establishment, civil and ecclesiastical“ („um die Gesetze, Verfassung und Regierung sowie jede bestehende Einrichtung, zivil oder kirchlich, zu zerstören“; aus der Einleitung zum Gesetz, das in Auszügen im Internet zu finden ist).

<sup>22</sup> „Le danger de telles incriminations est d’ouvrir la porte à l’arbitraire. L’accusation de complot est l’arme préférée de la tyrannie.“, zitiert aus einem im März 1947 gehaltenen Vortrag in: *Heinze/Schilling* (Fn. 16), S. 162, Fn. 10; *Jescheck*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, 1952, S. 274–275, vergleicht die conspiracy mit einer NS-Verordnung für das besetzte Polen, die „zum politischen Terrorstrafrecht des Nationalsozialismus“ gehörte.

<sup>14</sup> *Taylor* (Fn. 12), S. 59 und 79.

<sup>15</sup> *Jackson*, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 56–63 und 84–86, 57–58.

<sup>16</sup> *Heinze/Schilling* (Hrsg.), *Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale. Sammlung der Rechtsthesen der Urteile und gesonderten Urteilsbegründungen der dreizehn Nürnberger Prozesse*, 1952, S. 57–61, insbesondere S. 59, Rn. 287.

ments erschwert. Schon an seinem opening statement (Eröffnungsvortrag der Anklage) vom 21. November 1945 für die Beschuldigung von Nazi-Organisationen erkennt man, welche Schwierigkeiten es bereiten würde, eine Organisation als verbrecherisch zu erklären, und ihre Mitglieder tatsächlich zu verurteilen. Bei der Definition der Organisation meinte *Jackson* differenzieren zu müssen. Zum Teil klagte er die gesamte Organisation an (SS, SA, SD und Gestapo), zum Teil beschränkte er sich auf die Spitze der Organisation (Reichsregierung, Generalstab und Oberkommando der Wehrmacht, politische Leiter der NSDAP). Wo er die gesamte Organisation für verbrecherisch hielt, schloss er einige ihrer Mitglieder, wie „Büroangestellte, Stenographen, Pförtner“ von einer möglichen Strafbarkeit für ihre Mitgliedschaft aus.<sup>23</sup> Die verbleibende Frage, unter welchen Voraussetzungen einzelne Mitglieder einer als verbrecherisch erklärten Organisation später strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollten, ließ er offen. So blieb unklar, ob die Tat im Einzelfall im Beitritt oder im späteren Unterlassen des Austritts bestehen sollte, wie die von *Jackson* als Voraussetzung genannte „Freiwilligkeit“ der Mitgliedschaft<sup>24</sup> geprüft werden sollte und wovon das einzelne Mitglied Kenntnis haben musste, um ihm die Verbrechen der Organisation zuschreiben zu können. Wie etwa zu werten sei, dass „der große Bankier seinen Namen diesem zweifelhaften Unternehmen lieh [und ihm damit] Auftrieb und Ansehen in den Augen aller noch zögernden Deutschen“ gab, sei „Sache der späteren Verfahren“.<sup>25</sup> So verschob *Jackson* komplizierte Beweis- und Wertungsfragen auf eine Unzahl von einzelnen Verfahren. Damit war es von Beginn an absehbar, dass die Verurteilung einer Organisation für Verfahren gegen ihre Mitglieder schwer zu nutzen sein würde. Auch ist *Jacksons* Anklageschrift keine klare dogmatische Zuordnung der conspiracy zu entnehmen. Dort wird die conspiracy eher beiläufig und widersprüchlich definiert, indem unzählige Täter als „Teilnehmer“ bezeichnet werden, die „mittelbare Verantwortlichkeit“ für ihre „Zusammenarbeit mit einer unbestimmten Gruppe zu einem gemeinsamen Plane“ tragen.<sup>26</sup> Diese Verantwortlichkeit durch Gruppenzugehörigkeit lässt sich wohl am ehesten als eine Mittäterschaft ansehen und wurde offenbar auch vom IMT so verstanden.

<sup>23</sup> *Jackson* (Fn. 15), S. 85.

<sup>24</sup> *Jackson* (Fn. 15), S. 62; der an dieser Stelle von *Jackson* unternommene Versuch einer Definition der Tatbestandsvoraussetzungen enthält eine Mischung von objektiven und subjektiven Merkmalen.

<sup>25</sup> *Jackson* (Fn. 14), S. 62.

<sup>26</sup> *Jackson* (Fn. 14), S. 61 f.; wie genau sich Täterschaft und Teilnahme über die Rechtsfigur der conspiracy konstruieren lassen, ist auch im anglo-amerikanischen Recht nicht ganz klar und es ist wohl kein Zufall, dass das House of Lords zwei Fälle von conspiracy in den 1970er Jahren zum Anlass nahm, endgültig auf seine Macht zur Schöpfung neuer Straftatbestände zu verzichten; siehe *Jefferson* (Fn. 9), S. 23: „Judges have renounced the power to make new criminal offences“; zur britischen und amerikanischen Sicht siehe auch: *Jeschek* (Fn. 22), S. 273 f.

Die Vorstellung einer organisierten Mittäterschaft erwies sich allerdings schon in den Urteilen über die angeklagten Organisationen als nachteilig. So entschieden die Richter des IMT, dass die Reichsregierung schon allein deshalb nicht als conspiracy betrachtet werden könne, weil mangels Kabinettsitzungen „nicht dargetan ist, daß sie nach 1937 jemals in Wirklichkeit als Gruppe oder Organisation tätig gewesen ist“.<sup>27</sup> Dieses Fehlen mittäterschaftlichen Zusammenwirkens in Form kollegialer Kabinettsitzungen ist allerdings gerade ein Zeichen für die Rechtsgelöstheit des auf blinden Gehorsam gegenüber einem entrückten Führer ausgerichteten Systems. Der mittäterschaftliche Ansatz der conspiracy hat also die von *Jackson* eigentlich beabsichtigte Klärung der verbrecherischen Tätigkeit der Reichsregierung geradewegs verhindert.

Selbst die Verurteilung des Korps der politischen Leiter der NSDAP, des SD und der Gestapo sowie der SS (ohne Reiter-SS) scheint in den allein von den USA geführten Nachfolgeprozessen keinen hilfreichen Bezugspunkt geliefert zu haben.<sup>28</sup> Auch wegen der unklaren Tatbestandsvoraussetzungen fasste *Hans-Heinrich Jescheck* im Jahr 1952 zusammen: „Der conspiracy-Begriff hat in Nürnberg infolge der berechtigten Zurückhaltung aller Gerichte keine selbständige Bedeutung erlangt“.<sup>29</sup> Mit der Verschärfung des Ost-West-Gegensatzes verloren die USA das Interesse an der Fortführung der Verfahren, was insbesondere zu Lasten der Strafverfolgung von führenden Beschäftigten der Verwaltung ging. Das ursprünglich allein gegen das Auswärtige Amt geplante 11. Nachfolge-Verfahren (Weizsäcker et al.) wurde gegen die gesamte Ministerialverwaltung ausgedehnt und nach dem Sitz vieler Ministerien in Berlin „Wilhelmstraßenprozess“ (englisch: Ministries Case) genannt.<sup>30</sup> Es konzentrierte sich notgedrungen auf eine geringere Zahl von Angeklagten als ursprünglich beabsichtigt.

#### 4. Täterschaft und Teilnahme in der strafrechtlichen Behandlung von NS-Gewaltverbrechen nach den Nürnberger Prozessen

Das Material über die Täter, das das amerikanische Office of Chief of Council for War Crimes (Büro zur Verfolgung von Kriegsverbrechen) zusammengetragen hatte, aber nicht mehr selbst für Anklagen nutzen konnte, stellte es einer Special Projects Division, auch als „Deutsche Überleitungsabteilung“ bezeichnet, in Nürnberg zur Verfügung. In Fällen, in denen Verdächtige noch einsaßen, verfassten deutsche Staatsanwälte Rechtsgutachten zu ihrer Verfolgung vor deutschen Gerichten. Beispielhaft sei der „Schlussbericht über den früheren Ministerialdirektor im Ostministerium, Dr. Georg Leibbrandt, wegen Beihilfe zum Mord an Juden in den besetzten Ostgebieten“ vorgestellt. Leibbrandt hatte seinerzeit von einer Ent-

<sup>27</sup> *Heinze/Schilling* (Fn. 16), S. 281, Rn. 1295.

<sup>28</sup> Siehe Sammlung von Zitaten bei *Heinze/Schilling* (Fn. 16), S. 276–281.

<sup>29</sup> *Jeschek* (Fn. 22), S. 410; ähnlich: S. 275.

<sup>30</sup> Nur noch ein 12. Nachfolgeprozess gegen Mitglieder des Oberkommandos der Wehrmacht folgte (siehe *Heinze/Schilling* [Fn. 15], S. 286).

scheidung der SS gewusst, Juden zu vergasen statt zu erschießen, um Aufsehen bei der einheimischen Bevölkerung zu vermeiden.<sup>31</sup> Die Ausführenden der SS waren ihm zwar nicht unterstellt gewesen, hatten ihre Weisung aber zu einer Zeit erhalten, als „Exekutionen von Juden“ noch als Angelegenheiten von „grundlegender politischer Bedeutung“ angesehen wurden, für die die Zustimmung des Ostministeriums erforderlich war, in dem Leibbrandt als Abteilungsleiter tätig war. Die Zustimmung durch den ihm unterstellten Dr. Otto Bräutigam rechnete der Schlussbericht Leibbrandt nach Prüfung und Bestätigung der Mordmerkmale nach § 357 StGB als mittelbarem Täter voll zu, wobei der Bericht Leibbrandt zu Gute hielt, dass er nach § 47 S. 2 Militärstrafgesetzbuch wegen Handelns auf Befehl nur als Gehilfe bestraft werden könne.<sup>32</sup> Die für den noch in amerikanischer Gefangenschaft befindlichen Leibbrandt örtlich zuständige Staatsanwaltschaft Nürnberg erhob die empfohlene Anklage. Das Landgericht Nürnberg-Fürth und – nach leidenschaftlich formulierter Beschwerde des zuständigen Staatsanwalts Paul Dohmann – auch das Oberlandesgericht Nürnberg lehnten die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, weil sie es für nicht ausreichend erwiesen ansahen, dass der Beschuldigte von den Geschehnissen Kenntnis hatte. Auf dogmatische Fragen von Täterschaft und Teilnahme kam es deshalb nicht mehr an.<sup>33</sup>

Nicht nur Leibbrandt entging auf diese Weise der Strafverfolgung. Die Beweisführung war ohnehin in den chaotischen Nachkriegsjahren schon dadurch erschwert, dass die meisten Taten außerhalb des Gebiets Deutschlands oder der jungen Bundesrepublik begangen worden waren und daher konkretes Beweismaterial schwer zu beschaffen war. Im einsetzenden Ringen der Machtblöcke ließ etwa auch die DDR Rechtshilfeersuchen unbeantwortet.<sup>34</sup> Zu diesen Schwierigkeiten bei der Ermittlung traten prozessrechtliche Einschränkungen. Bis 1950 hatte das Kontrollratsgesetz Nr. 4 die Zuständigkeit deutscher Gerichte eingeschränkt.<sup>35</sup> Wo eine Zuständigkeit bestand, herrschten Probleme mit der Personalausstattung. Bei Polizei und Staatsanwaltschaften war „chronischer Mangel an Arbeitskräften“ festzustellen, der es erschwerte, den notwendigen Sachverstand über die komplexen

Machtstrukturen des Nazi-Systems an einer Vielzahl von Staatsanwaltschaften gleichermaßen zu entwickeln und vorzuhalten.<sup>36</sup> Hinzu kam, dass mit dem Gesetz zu Art. 131 Grundgesetz die Wiederaufnahme von Beamten aus der Nazi-Zeit in den öffentlichen Dienst erleichtert wurde, was einer neutralen Betrachtungsweise abträglich war. Ein weiteres zum Nachlassen bei der Verfolgung von NS-Verbrechen um die Mitte der 1950er Jahre trugen Amnestiegesetze von 1949 und 1954<sup>37</sup> sowie die von Alliierten ausgesprochenen Begnadigungen bei. Letztere führten dazu, dass „sich auch solche Personen wieder in Freiheit [befanden], die von Militärgerichten der westlichen Alliierten ursprünglich zum Tode verurteilt worden waren“.<sup>38</sup> Im Ergebnis, konstatiert *Andreas Eichmüller*, erreichte „in den Jahren 1957 und 1958 [...] die Zahl der jährlich mit einem Urteil abgeschlossenen Prozesse wegen NS-Verbrechen [...] einen Tiefstand in der bundesdeutschen Nachkriegsgeschichte.“<sup>39</sup> Zu prozessualen und praktischen Gründen für abnehmende Strafverfolgung gesellten sich materiellrechtliche Auslegungsprobleme.

Die gerichtliche Auseinandersetzung mit der Täterschaft bei NS-Gewaltverbrechen war stark durch die subjektive Täterschaftstheorie geprägt, die das Reichsgericht schon im 19. Jahrhundert entwickelt hatte und die der Bundesgerichtshof nun weiterführte. Danach gilt: „Teilnehmer ist, wer seinen Willen den Entschlüssen eines anderen (des Täters) unterordnet, wer es dem anderen ‚anheimstellt‘, ob die Tat zur Ausführung kommen soll oder nicht. Täter dagegen ist, wer einen den seinen beherrschenden Willen nicht anerkennt.“<sup>40</sup> Ursprüngliche Motivation für diese Herangehensweise mag gewesen sein, jemanden als Täter verurteilen zu können, der die Tat gewollt, aber nicht (vollständig) selbst ausgeführt hatte. So etwa in einem Urteil aus dem Jahr 1930 über einen Fall, in dem das Reichsgericht die Mutter einer Kindsmörderin als fahrlässige, mittelbare Täterin durch Unterlassen hinter der Kindsmörderin betrachtete, also als Täterin hinter der Täterin, weil sie „unter Zurücklassung der hilfebedürftigen Tochter in innerlich und äußerlich hilfloser Verfassung“ für eine Stunde in den Stall gegangen war.<sup>41</sup> Zehn Jahre später, 1940, wandte das Reichsgericht die subjektive Theorie erstmalig auch auf einen Fall an, in dem jemand zwar sämtliche Tatbestandsmerkmale selbst vollständig erfüllt hatte, aber, so das Reichsgericht, kraft eigenen Willens nur wegen Beihilfe zu verurteilen war. In dem sogenannten Badewannenfall hatte die Schwester einer unehelichen Mutter deren neugeborenes Kind im Einverständnis mit der Mutter eigenhändig in einer Badewanne ertränkt. Hierzu urteilte das Reichsgericht: „Ob jemand die Tat als eigene will, richtet

<sup>31</sup> Staatsarchiv Nürnberg, KV-Anklage, Organisation, Nr. G4, insbesondere S. 28: „Dass der Beschuldigte die erforderliche Kenntnis gehabt hat, ist als erwiesen anzusehen, weil er selbst den Bericht von Lohse [dem Verantwortlichen bei der SS] angefordert hatte, auf den das Braeutigamsche Schreiben [Schreiben seines Stellvertreters, S. 8] die Antwort darstellt.“

<sup>32</sup> Staatsarchiv Nürnberg, KV-Anklage, Organisation, Nr. G4, insbesondere S. 26–29; auf S. 36 kommt der Verfasser des Berichtes zu dem Schluss: „Ich schlage vor, gegen den Beschuldigten ein Verfahren wegen seiner Beteiligung bei der Ausrottung der Juden in den besetzten Ostgebieten einleiten zu lassen. Mit einer Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord dürfte zu rechnen sein.“

<sup>33</sup> Staatsarchiv Nürnberg, Staatsanwaltschaft Nbg-Fürth-II-Nr. 3638-I (die gesamte Akte hat 83 Seiten).

<sup>34</sup> *Rautenberg*, GA 2012, 32 (41).

<sup>35</sup> *Rückerl*, Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945–1978. Eine Dokumentation, 1979, S. 33, 41.

<sup>36</sup> *Rückerl* (Fn. 35), S. 36; siehe auch S. 45.

<sup>37</sup> *Eichmüller*, Keine Generalamnestie. Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen in der frühen Bundesrepublik, 2012, S. 37–42 und S. 116–129.

<sup>38</sup> *Rückerl* (Fn. 35), S. 46.

<sup>39</sup> *Eichmüller* (Fn. 37), S. 174.

<sup>40</sup> *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 5 und 21 ff.

<sup>41</sup> RGSt 64, 316.

sich vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, nach dem Grade seines eigenen Interesses am Erfolg“ und das „Interesse am Erfolg“ hatte eben die Mutter und nicht ihre Schwester, die das Neugeborene ertränkt hatte.<sup>42</sup> Angesichts des „Erfolgs“ von systematischen Morden an einer Vielzahl von Menschen, lag es nahe davon auszugehen, dass die einzelnen Täter diesen nicht „als eigenen“ gewollt hatten, sondern sich als ausführende Gehilfen des Willens anderer sahen. *Adalbert Ruckerl* fasste zusammen: „In nahezu allen der wegen NS-Verbrechen ergangenen Schwurgerichtsurteilen wird festgestellt, daß als Hauptverantwortliche für die Straftaten Hitler, Himmler, Heydrich und andere seinerzeit am oberen Ende der Befehlskette stehende Personen zu gelten haben.“<sup>43</sup>

Auch in dem Verfahren um die von einer Einsatzgruppe im deutsch-litauischen Grenzgebiet begangenen Gräueltaten, dem nach dem Ort seiner Verhandlung sogenannten „Ulmer Einsatzgruppenprozess“, kam es 1958, trotz Anklage wegen Mittäterschaft, nur zu Verurteilungen wegen Beihilfe.<sup>44</sup> Immerhin hatte der Prozess offenbart, dass die NS-Verbrechen keineswegs strafrechtlich aufgearbeitet waren. Die öffentliche Aufmerksamkeit nutzte der Baden-Württembergische Generalstaatsanwalt, Erich Nellmann, der das Verfahren an seine Behörde gezogen hatte, um die Gründung der Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen in Ludwigsburg zu initiieren. Der erste Leiter dieser Zentralen Stelle hatte die Ermittlungen im Ulmer Einsatzgruppenprozess geleitet.<sup>45</sup> Allerdings musste wenig später der zweite, langjährige Leiter der Zentralen Stelle, *Ruckerl*, feststellen, dass seiner kleinen Behörde in den ersten fünf Jahren ihres Bestehens „nur relativ wenige Kräfte zur Verfügung standen – durchschnittlich acht bis zehn Staatsanwälte und Richter bei einer Gesamtstärke von 20 bis 25 Mitarbeitern.“<sup>46</sup> Damit die Ermittlungen auch zu Strafverfolgungsmaßnahmen führen konnten, entschied der Bundestag nach emotional geführter Debatte im Jahr 1960 über eine Verlängerung der Verjährung von Mord um zunächst fünf Jahre.<sup>47</sup> Während die Voraussetzungen für die Strafverfolgung von NS-Gewaltverbrechen sich zu bessern schienen, bestärkte die Rechtsprechung ihre strafrechtliche Bewertung des Handelns von Beschuldigten in solchen Verfahren als Teilnahme, nicht Täterschaft. Hierzu leistete das Staschynskij-Urteil im Jahr 1962 einen erheblichen Beitrag. In dieser Entscheidung bestrafte der Bundesgerichtshof „einen ausländischen Agenten, der im Auftrage seines Geheim-

dienstes zwei Exilpolitiker in der Bundesrepublik eigenhändig mit einer Giftpistole getötet hatte, nur als Gehilfen“.<sup>48</sup>

Das Jahr 1963 brachte den empörten Kommentar von *Jürgen Baumann*, die Rechtsprechung führe dazu, dass man die NS-Gewaltverbrechen einem „Täter und 60 Mio. Gehilfen“ zuschreibe.<sup>49</sup> In Frankfurt am Main begann der erste Auschwitz-Prozess<sup>50</sup> und *Claus Roxin* wählte aus seiner bereits im Druck befindlichen Habilitationsschrift „Täterschaft und Tatherrschaft“ das Thema „Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate“ für einen Vortrag aus. Man könnte also meinen, mit seinem Thema habe er den Geist der Zeit getroffen – vielleicht zu sehr, denn seine Herangehensweise an das kontroverse Thema der NS-Gewaltverbrechen hätte kaum nüchterner und treffender sein können.

## II. Roxins Theorie von der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate

### 1. Herleitung der Theorie in *Goldammer's Archiv*, 1963

Wie gezeigt, bestand gemeinhin Einigkeit, dass die NS-Gewaltverbrechen in einem organisatorischen Zusammenhang geschehen waren. Es hatte verschiedene Ansätze gegeben, die Mitglieder der verbrecherischen Organisation selbst als Täter zu sehen, zunächst (etwa bei *Radbruch*) als mittelbare Täter, dann als Mittäter (z. B. nach den Vorstellungen des IMT-Statuts). Die deutsche Rechtsprechung tendierte aber zu einem Modell der Beihilfe, auf das man sich begann einzurichten. *Roxin* formulierte nun für die mittelbare Täterschaft ein neues, stimmiges Konzept, das er auf dem Fundament einer wohldurchdachten Gesamtkonzeption errichtet hatte.<sup>51</sup> Ganz im Sinne der objektiven Tatherrschaftslehre, für die seine Habilitationsschrift einen erheblichen Beitrag leistete,<sup>52</sup> beschrieb er eine neue Form der mittelbaren Täterschaft, die Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate.

Aus seiner Untersuchung „Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate“ lässt er zunächst Kollektivverbrechen, wie sie etwa seinerzeit noch in § 128 StGB unter Strafe gestellt waren, außen vor und konzentriert sich auf die Einzeltat.<sup>53</sup> Dann benennt er drei Mängel der Staschynskij-Entscheidung. Ausgangspunkt seiner Kritik ist ein Verstoß gegen den Gesetzeswortlaut, der objektive Merkmale benen-

<sup>42</sup> RGSt 74, 84 (85); zusammenfassende Darstellung bei *Schünemann/Greco* (Fn. 40), § 25 Rn. 22.

<sup>43</sup> *Ruckerl* (Fn. 35), S. 44; einzelne Beispiele finden sich bei *Jasch/Kaiser*, Der Holocaust vor deutschen Gerichten. Amnestieren, Verdrängen, Bestrafen, 2017, S. 110, 112, 114, 116; eine ausführliche Auseinandersetzung findet sich bei *Greve*, Der Justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, 2001, S. 145 ff.

<sup>44</sup> *Eichmüller* (Fn. 37), S. 191.

<sup>45</sup> *Eichmüller* (Fn. 37), S. 188 ff.

<sup>46</sup> *Ruckerl* (Fn. 35), S. 57; *Greve* (Fn. 43), S. 336, macht weitere Angaben hierzu.

<sup>47</sup> Hierzu u.a. *Jasch/Kaiser* (Fn. 43), S. 111 ff.

<sup>48</sup> *Schünemann/Greco* (Fn. 40), § 25 Rn. 28, zu BGHSt 18, 87, mit Verweis auf die Kritik an diesem Urteil in *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963, S. 562; zur Auswirkung auf die Rechtsprechung zu NS-Gewaltverbrechen siehe *Greve* (Fn. 43), S. 171 ff.

<sup>49</sup> *Baumann*, NJW 1963, 561.

<sup>50</sup> Näher hierzu *Jasch/Kaiser* (Fn. 43), S. 138 ff.

<sup>51</sup> Das Wort „Gesamtkonzeption“ verwendet er selbst in der Fußnote zu seinem Aufsatz „Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate“, GA 1963, 193 (193): „Für den Zusammenhang der hier entwickelten Auffassungen mit einer Gesamtkonzeption der Täterlehre muß ich auf mein im Druck begriffenes Buch über ‚Täterschaft und Tatherrschaft‘ verweisen.“

<sup>52</sup> *Schünemann/Greco* (Fn. 40), § 25 Rn. 12.

<sup>53</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 f.

ne: „die Mittäterschaft als ein ‚gemeinschaftliches Ausführen‘, die Anstiftung als ein ‚Bestimmen zur Tat‘ und die Beihilfe als ein ‚wissentliches Hilfeleisten“.<sup>54</sup> Außerdem führe die Entscheidung im Fall Staschynskij zu Rechtsunsicherheit und Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Teilnahmeformen.<sup>55</sup> Für die Abgrenzung von Teilnahme und Täterschaft stellt *Roxin* das Kriterium des Interesses am Erfolg der Tat in Frage, das die von der Rechtsprechung bevorzugte subjektive Täterschaftstheorie verwendet: „ein erhebliches Interesse daran, daß die Tat ausgeführt wird, haben Anstifter und Gehilfen typischerweise auch (sonst würden sie nicht anstiften oder helfen)“.<sup>56</sup> Statt des untauglichen Kriteriums des „Interesses“ leitet er am Gesetzeswortlaut orientiert die Tatherrschaft ab: „Mittelbarer Täter ist, wer den Geschehensablauf beherrscht“.<sup>57</sup> Dabei räumt er ein, dass „für die spezifische Wirkweise organisatorischer Machtapparate [...] der eigenhändig Ausführende [...] eine verhältnismäßig seltene Erscheinung“ sei und dass „die Lehre [...] bisher nur zwei Grundtypen mittelbarer Tatbeherrschung herausgearbeitet [habe]: Täuschung und Zwang“.<sup>58</sup> Dass auch eine Täterschaft hinter dem Täter anzunehmen sein muss, veranschaulicht er dann überzeugend, indem er darstellt, was die Folge der Ablehnung dieser Konstruktion wäre: „Der Leiter des ausländischen Geheimdienstes, von dem Staschinskij beauftragt worden ist, Eichmann, ja selbst Hitler, der die ganze Vernichtungsmaschine des Dritten Reiches in Gang gesetzt hat – sie alle schieben als Täter aus“.<sup>59</sup> Im Folgenden legt er dar, wie man bei diesen Hintermännern zur Annahme mittelbarer Täterschaft kommt.

*Roxin* benennt drei Voraussetzungen für die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Als erstes widmet er sich der „spezifischen Wirkweise“ zur „Herbeiführung des Erfolgs“, die er in der „Fungibilität des Ausführenden“ sieht. Diese Austauschbarkeit der Glieder in der Kette der mittelbaren Täter bis hin zum ausführenden Täter führt er auf die „Struktur des unbekümmert um den Ausfall des einzelnen weiterarbeitenden Apparates [zurück], die das Verhalten der Hintermänner von der Anstiftung abhebt und zur Täterschaft macht“.<sup>60</sup> Anhand des Falles von Adolf Eichmann, der gerade vor dem Bezirksgericht in Jerusalem verhandelt worden war, stellt *Roxin* klar, dass jedes Glied in der Kette als Täter zu betrachten ist, denn jemand wie „Eichmann [ist] nicht nur Ausführender, sondern im Hinblick auf die ihm untergebenen Personen gleichzeitig Anordnender, so daß insoweit die Kriterien, die seine Hintermänner zu mittelbaren Tätern machen, auch auf ihn zutreffen“.<sup>61</sup> Während die Fungibilität, also Austauschbarkeit, der Tatmittler dazu führt, dem Auffordernden die Tat zuzurechnen, können die Aufgeförderten sich nicht vor der Strafbarkeit bewahren, indem sie,

wie Eichmanns Anwalt in Jerusalem, argumentieren, die Verbrechen wären doch „sowieso geschehen“. Gegen diesen „alten Einwand der sog. ‚überholenden Kausalität“ stellt *Roxin* klar: „Wer ein Delikt begeht, ist nicht deshalb seiner Verantwortung ledig oder auch nur Gehilfe, weil sonst ein anderer die Tat begangen hätte.“<sup>62</sup>

Als zweite Voraussetzung für die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate beschreibt *Roxin* die Ausübung von Befehlsgewalt: „Wer aber in einen Organisationsapparat an irgendeiner Stelle in der Weise eingeschaltet ist, daß er untergebenen Personen Befehle erteilen kann, ist ebenfalls Täter, wenn er seine Befugnisse zur Durchführung strafbarer Handlungen einsetzt.“<sup>63</sup> Ob der Befehlende auf eigene Initiative handelt oder selbst einen Befehl empfangen hat, erklärt *Roxin* für unerheblich: „Denn für seine Täterschaft entscheidend ist allein der Umstand, daß er den ihm unterstellten Teil der Organisation lenken kann, ohne die Deliktsverwirklichung dem Entschluß der Aufgeförderten überlassen zu müssen.“<sup>64</sup> In Anknüpfung an seine Darstellung des Kriteriums der Fungibilität hebt er erneut hervor, dass hierbei „eine längere Kette von ‚Tätern hinter dem Täter“ auftreten kann.

Die dritte, von *Roxin* benannte Voraussetzung für eine mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate betrifft die Organisation selbst. Ähnlich wie *Jackson* bei der conspiracy, ringt auch *Roxin* mit der Frage, was zur Organisation zu rechnen sei. Zunächst spricht er vom „Apparat als ganze[m]“.<sup>65</sup> Formulierungen wie „Staat im Staate“ oder „Verbrecherbanden“<sup>66</sup> lassen aber alternativ ein kleinteiligeres Verständnis von „Organisation“ erkennen. Im Grunde versteht *Roxin* eine Organisation nicht als ein Gebilde mit äußerlichen Merkmalen, sondern als eine Verbindung die aus ihren inneren Bestandteilen, eben ihren Organen, und damit ihrer „Täterschaftsstruktur“ zu verstehen ist: „Wesentlich ist vielmehr, daß die Mitglieder bei ihren Straftaten nicht auf eigene Faust und im Widerspruch zur Zielsetzung ihrer Gruppe, sondern als Organe der Führungsspitze handeln, deren Autorität sie anerkennen.“<sup>67</sup> Bei diesem Organisationsbegriff steht die hierarchische Struktur im Vordergrund, nicht wie bei der conspiracy die Vorstellung von einer Gruppe von (Mit-) Tätern. *Roxin* beschreibt auch auffällig anders als es vor dem IMT in Nürnberg für die conspiracy unternommen wurde, was das Gefährliche der Organisation ausmacht. Er geht nicht von dem an der Vorstellung des Einzeltäters geprägten Begriff des „Verbrecherischen“ aus. Vielmehr liegt für ihn das Gefährliche einer Organisation darin, dass sie sich „außerhalb der Rechtsordnung“ bewegt, im Falle von staatlichen Organisationen, sich vom Recht gelöst hat.<sup>68</sup> Sie muss

<sup>54</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (195).

<sup>55</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (196 f.).

<sup>56</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (198).

<sup>57</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (198).

<sup>58</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (198 f.).

<sup>59</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (200).

<sup>60</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (201 f.).

<sup>61</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (202).

<sup>62</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (202).

<sup>63</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (203).

<sup>64</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (203).

<sup>65</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (204).

<sup>66</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (205).

<sup>67</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (205).

<sup>68</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (204 f.); *Roxin* geht 1963 davon aus, dass „allein die Staatsgewalt rechtsgelöst agieren“ kann; heute formuliert er allgemeiner: „die Organisation [muss

also nicht im Sinne der conspiracy verbrecherische Ziele verfolgen oder gar umsetzen, sondern „sich generell oder in bestimmten Beziehungen von der Gemeinschaftsordnung emanzipiert“ haben.<sup>69</sup> Eine Erklärung, wann genau davon auszugehen ist, dass „Rechtsgelöstheit“ vorliegt, muss *Roxin* nicht nur wegen „der Fülle des empirischen Materials“ schuldig bleiben.

Am Ende seines Aufsatzes betont er ganz allgemein die Grenzen der Möglichkeit einer abstrakten Definition. Die Dogmengeschichte zeige die Unmöglichkeit, „die exakte Definition eines Täterbegriffes zu finden“, der „die Erscheinungsformen der Täterschaft in der Weise festlegen sollte, daß sich aus ihm die Lösung aller vorkommenden Fälle logisch-deduktiv ableiten ließe“.<sup>70</sup> Stattdessen könne „das richtig Verfahren nur darin bestehen, aus der unmittelbaren Anschauung der Lebenserscheinungen und ihrer Analyse die typischen, im Rechtsstoff selbst angelegten Strukturformen der Herrschaft beschreibend herauszudestillieren“.

## 2. Würdigung

Ausgehend vom Gesetzeswortlaut entwickelt *Roxin* seine Theorie, die er auf tatsächliche Lebenserscheinungen, gewissermaßen case law, zurückführt, so dass sie hohe Abstraktion mit Lebensnähe verbindet. Er umschiffte die Klippen, an denen seine Vorgänger gescheitert sind, wie die Zweifel am positiven Recht (*Radbruch*), die Vorstellung von einer Art mittäterschaftlichen Zusammenwirkens (die conspiracy des IMT-Statuts) und nicht zuletzt die subjektive Täterschaftstheorie der Rechtsprechung.

*Roxins* abschließender Hinweis, dass der Täterbegriff und damit wohl allgemein jeder Rechtsbegriff aus „der unmittelbaren Anschauung der Lebenserscheinungen“ zu abstrahieren sei, liefert auch einen Schlüssel für die Interpretation des von ihm geprägten Begriffs der Rechtsgelöstheit. Denn so wie Rechtsbegriffe aus den „einzelnen Lebenserscheinungen“ abzuleiten sind, ist das Recht auch andersherum auf diese einzelnen Lebenserscheinungen anzuwenden. Ohne eine Wahrnehmung von Lebenserscheinungen, die juristisch als Fälle oder Sachverhalte verstanden werden, hat das Recht keinen Anwendungsgegenstand. In gewissem Maße erschwert damit jegliche Hierarchie, durch die ihr eigene Distanz zu den Lebenserscheinungen, auf die sie Einfluss nimmt, auch eine Anwendung des Rechts. So schrieb *Herbert Jäger*, der sich zeitgleich mit *Roxin* in Hamburg habilitierte und ihm Anregungen dafür gegeben hat, sich mit Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten auseinanderzusetzen,<sup>71</sup> zu Distanz:

„Zu den Besonderheiten apparaturhaft durchgeführter Kollektivverbrechen gehört oft gerade, dass Beteiligte, und zwar speziell die Initiatoren und Organisatoren, nur mittelbar etwas mit dem Massenmord zu tun haben und auf diese Weise bestimmte Hemmungen instinktiver Art, die auf eine begrenztere Reichweite und sinnhaftere Naeindrücke hin angelegt sind, nicht wirksam werden. Dadurch entsteht die wohl gefährlichste Tatkonstellation, die kriminologisch überhaupt denkbar ist: die Situation nämlich, daß bei steigendem Einfluß auf das Tatgeschehen die Hemmungen abnehmen und mit einem Minimum an ‚krimineller Energie‘ – dem oft zitierten Federstrich oder Knopfdruck – ein Maximum an verbrecherischen Wirkungen entfaltet wird. Je größer die Verantwortung, d.h. die Entscheidungsmacht, desto geringer die unmittelbare seelische Belastung.“<sup>72</sup>

Die jeder Hierarchie innewohnende Eigenschaft der Distanz zum Tatgeschehen birgt damit auch immer die Gefahr einer Lösung vom Recht. Einer Gefahr der Rechtsgelöstheit kann eine hierarchisch aufgebaute Organisation nur dadurch begegnen, dass sie ebenso wie eine Befehlskette „nach unten“ eine Kette des Informationsflusses über die tatsächlichen Gegebenheiten „nach oben“ vorsieht und praktiziert. Sobald Befehlshaber von der Erkenntnis der Voraussetzungen und Folgen ihrer Befehle durch mangelnden Informationsfluss bewahrt sind, können sie auch den Einzelfall nicht mehr rechtlich würdigen. In einer rechtsgelösten Organisation ist durch diese Distanz zum Geschehen häufig der Nachweis eines Vorsatzes erschwert. Ein billigend in Kauf nehmen von mörderischen Konsequenzen dürfte aber etwa auch für den Fall anzunehmen sein, in dem Göring am 31. Juli 1941 die Weisung an Heydrich unterschrieb, „alle erforderlichen Vorbereitungen, in organisatorischer, sachlicher und materieller Hinsicht zu treffen für eine Gesamtlösung der Judenfrage im deutschen Einflussgebiet in Europa“,<sup>73</sup> auch wenn er darauf verzichtete, sich von Heydrich über dessen Aktivitäten berichten zu lassen. Die zitierte Weisung lag dem IMT vor, die Worte, sie strafrechtlich zu würdigen, hat uns erst *Roxin* gegeben.

Der Theorie von der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate sei eine anhaltende Wirkung, etwa auch für ein frühzeitiges Erkennen eines Rechtslösungsprozesses, und ihrem Schöpfer seien viele weitere Jahre voller Gesundheit und Schaffenskraft gewünscht.

---

sich] im Bereich ihrer strafrechtlich relevanten Tätigkeit vom Recht gelöst haben“ (*Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 842, Rn. 371).

<sup>69</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (205).

<sup>70</sup> *Roxin*, GA 1963, 193 (206).

<sup>71</sup> Auskunft von *Roxin* im Gespräch mit der *Autorin* am 2.3.2018.

---

<sup>72</sup> *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität, 1967, (Neuauf. von 1982 mit einem Nachwort von Rückerl), S. 290.

<sup>73</sup> IMT (Fn. 13), Bd. 26, S. 267 (710-PS).