

§ 25 StGB Täterschaft

- (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.
- (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

Literaturauswahl: *Ambos*, Täterschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA 1998, 226; Amelung (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, 2010; *ders.*, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000; *Beulke/Bachmann*, Die „Lederspray-Entscheidung“ – Besprechung von BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737; *Bock, D.*, Criminal Compliance, 2. Aufl. 2013; *Bottke*, Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung, GA 2001, 463; *Brammsen*, Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, JURA 1991, 533; *Deutscher/Körner*, Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern kollegialer Geschäftsleitungsorgane, wistra 1996, 327; *Dous*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit in Unternehmen, 2009; *Eidam*, Unternehmen und Strafe, 2014; *Greco*, Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS 2011, 9; *Hefendehl*, Täterschaft im Unternehmen vor kriminologischer Perspektive, GA 2004, 576; *M. Heinrich*, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002; *Hilgendorf*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, 561; *Hoyer* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006; *ders.*, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen – Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996, 160; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001; *Küper* (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum siebzigsten Geburtstag, 1987; *Kublen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *Morozinis*, Dogmatische Grundlagen der Organisationsdelikte, 2010; *Murmann*, Täterschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, 296; *Otto*, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, 47; *Pfeiffer*, Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft, Jura 2004, 519; *Puppe*, Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung, JR 1992, 30; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *Rotsch*, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, 491; *Rotsch*, Unternehmen, Umwelt, Strafe – Ätiologie einer Misere, wistra 1999, 321; *Rotsch*, Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW 112 (2000), 518; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Täterschaft: Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ – funktionalen Straftatlehre, 2009; *Rotsch*, Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus, ZIS 2009, 549; *Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193; *Roxin*, Mittelbare Täterschaft bei Tatausführung durch vollverantwortliche Tammtler, JZ 1995, 49; *Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatenschlossenheit, ZIS 2006, 293; *Roxin*, Täterschaft und Täterschaft, 8. Aufl. (2006); *Roxin*, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012, 395; *Samson*, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 182; *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001; *Schroeder, F.*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Schroeder, F.*, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, JR 1995, 177; *Schünemann* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001; *ders.*, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41; *Seebode* (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, 1992; *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996; *Zaczyk*, Die „Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ und der BGH, GA 2006, 411.

A. Grundlagen der Beteiligungslehre	1	c) Kritik in der Literatur	38
I. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ...	1	aa) Organisationsstruktur und „Rechtsgelöstheit“	39
II. Besonderheiten im Wirtschaftsstrafrecht	9	bb) Fungibilität	46
1. Horizontale und vertikale Verteilung von Verantwortungsbereichen	10	cc) Ausnutzen der unmittelbaren Tatbereitschaft des Handelnden	52
2. Spezielle Abgrenzungsfragen bei Betriebsbeauftragten und Genehmigungsbehörden	16	d) Fazit und Praxisshinweis	54
3. Sonder- und Pflichtdelikte	18	III. Abs. 2, Mittäterschaft	55
B. Täterschaftsformen	22	1. Grundlagen	55
I. Abs. 1 Alt. 1, Unmittelbare Täterschaft	22	a) Gemeinsamer Tatplan	56
II. Abs. 1 Alt. 2, Mittelbare Täterschaft	23	b) Gemeinsame Tatausführung	59
1. Grundlagen	23	2. Besonderheiten im Wirtschaftsstrafrecht ...	61
2. Mittelbare Täterschaft im Bereich der Unternehmensdelinquenz	28	a) Bestrafung von Leitungspersonen bei Unternehmensdelikten	61
a) Grundlagen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft	28	b) Mittäterschaft bei Gremienentscheidungen und fahrlässige Mittäterschaft	68
b) Entwicklung der Rechtsprechung	30		

A. Grundlagen der Beteiligungslehre

I. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

- 1 Beteiligte sind nach der Legaldefinition in § 28 Abs. 2 sowohl Täter als auch Teilnehmer. Die Grundstruktur der Beteiligungslehre ist von einer Zweiteilung in Täterschaft (§ 25) und Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe, §§ 26, 27) gekennzeichnet, sog **dualistisches Beteiligungssystem**. Im Gegensatz dazu gilt bei den **Fahrlässigkeitsdelikten** sowie im **Ordnungswidrigkeitenrecht** (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 OWiG) ein **einheitlicher Täterbegriff**; jede Form der Beteiligung an einer fahrlässigen Tat bzw.

Ordnungswidrigkeit führt hier (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) ohne weitere Differenzierung zur Sanktionierung als „Täter“.¹

In manchen ausländischen Rechtsordnungen, bspw. in Österreich, gilt ganz generell der Einheitstäterbegriff.² Ein solches **monistisches Modell** hat den Vorteil einer einfacheren Handhabung im Bereich der rechtlichen Voraussetzungen. Dieser wird allerdings durch den Nachteil mehr als überwogen, dass die letztlich doch notwendige Differenzierungsleistung in den Bereich der Strafzumessung verschoben wird.³ Es spricht daher vieles dafür, an der auch im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung verankerten⁴ Differenzierung zwischen Täterschaft auf der einen Seite sowie Anstiftung und Beihilfe auf der anderen Seite festzuhalten.

Das Normengefüge der §§ 25 ff. spiegelt die Entscheidung des Gesetzgebers für den **restriktiven Täterbegriff** wider.⁵ Die Teilnahmevorschriften in §§ 26, 27 beinhalten nach diesem Verständnis eine **Strafbarkeitserweiterung** für solche Handlungen, die eine Täterschaft nicht zu begründen vermögen.

Für die Frage der **Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme** existieren keine klaren gesetzlich festgeschriebenen Regeln. Auch wenn die §§ 25 ff. eine gewisse Tendenz zur in der Lit. herrschenden Tatherrschaftslehre erkennen lassen, hat der Gesetzgeber bei Erlass der Normen auf eine eindeutige Stellungnahme hierzu verzichtet.⁶ Auch diesem Umstand ist die Entstehung von verschiedenen **Abgrenzungstheorien** in Rspr. und Literatur geschuldet.

Die Rspr. favorisiert heute eine **subjektive Theorie auf objektiv-tatbestandlicher Grundlage**,⁷ welche neben dem nach wie vor im Zentrum stehenden subjektiven Täterwillen (*animus auctoris*) auch weitere subjektive und objektive Aspekte in eine wertende Gesamtbetrachtung einbezieht. Berücksichtigung finden dabei der **Grad des Tatinteresses**, der **Umfang der Tatbeteiligung**, die **Tatherrschaft** und der **Wille zur Tatherrschaft**.⁸ Von ihrer früher vertretenen **extrem subjektiven Täterlehre**⁹ ist die Rspr. damit abgerückt; durch die Berücksichtigung der genannten objektiven Kriterien hat sie sich der Ansicht der hL deutlich angenähert, ohne jedoch ihren subjektiven Ausgangspunkt aufzugeben.

Nach der in der Lit. absolut vorherrschenden¹⁰ **Tatherrschaftslehre** ist eine Handlung im Bereich der von jedermann begehbaren Allgemeindelikte¹¹ als täterschaftlich zu qualifizieren, wenn der Handelnde als „Zentralgestalt“ der Deliktsverwirklichung die **planvoll-lenkende oder zumindest mitgestaltende Tatherrschaft** besitzt. Mit anderen Worten bedarf es eines vom Vorsatz umschlossenen „In-den-Händen-Haltens“ des Tatgeschehens.¹² Dabei wird je nach Täterschaftsform zwischen Handlungsherrschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 1), Willens- und Wissenseherrschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2) sowie funktioneller Tatherrschaft (§ 25 Abs. 2) unterschieden (s. → Rn 22 ff.). Auch dieser Erklärungsansatz kommt nicht ohne ein wertendes Moment aus, was die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Er ist aber **vorzugswürdig**, weil er mit der „Beherrschung“ der Tat ein empirisch feststellbares tatsächliches Element (als Grundlage der anschließenden wertenden Entscheidung) enthält, das insgesamt zu mehr Bestimmtheit führt.¹³ Das liegt auch daran, dass das notorisch unscharfe und dem Beweis schwer zugängliche subjektive Kriterium eines „Täterwillens“ hier nicht entscheidend ist.

Täter ist nach dem **objektiven Ansatz** der hL vielmehr derjenige, der die Herrschaft über die Deliktsverwirklichung besitzt und somit die Tat nach seinem Willen ablaufen lassen, hemmen oder abbrechen kann.¹⁴ Ob er dabei Täter sein „will“, ist nicht entscheidend; einer entsprechenden Einlassung könnte man ohnehin mit dem Gedanken des Verbots des *venire contra factum proprium* begegnen. Und auch das (eigene) Interesse an der Tat ist hier richtigerweise nicht entscheidend, zumal eine ganze Reihe von Delikten wie §§ 242 oder 263 täterschaftliches Handeln im Interesse von Dritten vorsieht.¹⁵ Ohnehin hat *Roxin* gegen die Berücksichtigung des „Interesses an der Tat“ überzeugend eingewandt, dass idR jeder Beteiligte aus einem ge-

1 Wittig WiStR § 6 Rn. 66; zum Sonderproblem der vorsätzlichen Verursachung der fahrlässigen Begehung einer Ordnungswidrigkeit s. BGH 6.4.1983 – 2 StR 547/82, BGHSt 31, 309.

2 Roxin AT II § 25 Rn. 6. Das Modell der Einheitstäterschaft wird bevorzugt von *Rotsch*; s. auch D. Bock, S. 307 f.

3 Vgl. LK/Schünemann Vor § 25 Rn. 10; s. auch Tiedemann WiStR AT Rn. 354.

4 Vgl. *Roxin* AT II § 25 Rn. 3.

5 S. dazu LK/Schünemann Vor § 25 Rn. 11 ff.

6 LK/Schünemann Rn. 2.

7 Kühl AT § 20 Rn. 30; *Roxin* AT II § 25 Rn. 22 spricht von einer „normativen Kombinationstheorie“.

8 Vgl. etwa BGH 22.7.1992 – 3 StR 35/92, BGHSt 38, 315; BGH 31.10.2001 – 2 StR 315/01, NStZ-RR 2002, 74; BGH 29.9.2005 – 4 StR 420/05, NStZ 2006, 94; näher zur Position der Rspr. *Roxin* AT II Rn. 22 ff. sowie GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 5.

9 Vgl. nur RG 19.2.1940 – 3 D 69/40, RGSt 74, 84 – Badewannenfall sowie BGH 19.10.1962 – 9 StE 4/62, BGHSt 18, 87 – Staschynskij.

10 Vgl. die Nachweise bei LK/Schünemann Rn. 12 sowie *Roxin* AT II Rn. 32.

11 Zu den besonderen Fallgruppen der Sonderdelikte und Pflichtdelikte s. → Rn 18 ff.

12 LK/Schünemann Rn. 9.

13 *Kaspar* AT Rn. 503.

14 *Rengier* AT § 41 Rn. 11.

15 *Roxin* AT II Rn. 26.

wissen eigenen Interesse an der Tat handle; ein Kriterium, das bei nahezu allen Beteiligten vorliege, taue nicht zur Differenzierung.

- 8 Dem **Teilnehmer** fehlt diese Herrschaft; als Randfigur leistet er lediglich einen untergeordneten Beitrag zum Tatgeschehen. Das allein ist entscheidend, nicht die (forensisch schwer rekonstruierbare) Frage, ob er selbst ein großes Interesse an der Tat hatte oder diese sogar als eigene „wollte“. Richtigerweise kann ein reiner Gedankeninhalt, und sei er noch so verwerflich, den objektiv geringfügigen Beitrag nicht zum täterschaftlichen Handeln „hochstufen“.

II. Besonderheiten im Wirtschaftsstrafrecht

- 9 An sich erfolgt die Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme auch im Bereich der Wirtschaftsdelinquenz nach den eben skizzierten **allgemeinen Grundsätzen**.¹⁶ Jedoch stellen moderne Unternehmensstrukturen, wie sie va in mittelständischen und großen Betrieben vorherrschen, die Strafjustiz bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Einzelner vor besondere Herausforderungen. Die Frage der Strafbarkeit individueller natürlicher Personen ist auch deshalb von großer Bedeutung, weil eine echte **Strafbarkeit juristischer Personen** in Deutschland bis heute nicht existiert.¹⁷
- 10 **1. Horizontale und vertikale Verteilung von Verantwortungsbereichen.** Damit ist zunächst die Frage einer **Verteilung von Verantwortungsbereichen** angesprochen, die eine Bestimmung der Strafbarkeit als Täter oder zumindest Teilnehmer im Bereich unternehmerischen Handelns erschwert. Zwar beschränkt sich das Problem einer solchen Verteilung von Verantwortung durch Delegation, Spezialisierung etc nicht auf dieses Gebiet; hier ist es aber besonders virulent und beinhaltet die Gefahr, dass aufgrund „organisierter Unverantwortlichkeit“¹⁸ problematische Strafbarkeitslücken entstehen. Dabei lässt sich zwischen einer horizontalen und einer vertikalen Form der Verantwortungsverteilung differenzieren.¹⁹
- 11 Mit der **horizontalen Verteilung von Verantwortungsbereichen** geht eine mögliche Begrenzung der strafrechtlichen Zurechnung auf die jeweils zuständige Leitungsperson einher. In diesem Kontext ist der **Vertrauensgrundsatz** relevant,²⁰ wonach jeder Unternehmensangehörige zunächst in eigener Verantwortung tätig wird und zugleich darauf vertrauen darf, dass andere Betriebszugehörige ihre eigenen Aufgaben auf richtige Art und Weise erfüllen. Gleiches gilt grds. auch für Organmitglieder, deren Verantwortungsbereiche nach Ressorts verteilt werden; eine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft dann im Ausgangspunkt lediglich die für das jeweilige Ressort zuständige Person.²¹ Zu den Besonderheiten im Rahmen von Gremienentscheidungen s. → Rn 68 ff.
- 12 Liegen allerdings **konkrete Anhaltspunkte für pflichtwidriges Handeln** durch ein Organmitglied vor, können die übrigen trotz getrennter Verantwortungsbereiche zur Nachforschung und ggf. zum Einschreiten verpflichtet sein; dabei genügen nach BGHSt 47, 148 (156) „Zweifel und Unstimmigkeiten“. Auch bei wichtigen ressortüberschreitenden Angelegenheiten, welche gleichsam die Existenz des gesamten Unternehmens betreffen, namentlich bei „Krisen- und Ausnahmesituationen“,²² wird eine **Allzuständigkeit** der Mitglieder der Leitungsgremien angenommen.²³
- 13 Aus der Komplexität moderner Wirtschaftsunternehmen folgt zugleich die Notwendigkeit einer **Delegation** einzelner Aufgaben durch Vorgesetzte an ihnen zugeordnete Unternehmensangehörige auf nachgelagerten Hierarchieebenen, was auch als **vertikale Verteilung von Verantwortungsbereichen** umschrieben wird. Mit Ausnahme der letzten Ebene in der Rangfolge gilt dies für alle Hierarchiestufen eines Unternehmens.
- 14 Die vertikale Delegation von Aufgaben eröffnet in gewissen Grenzen ein Abwälzen strafrechtlicher Verantwortlichkeit, wie sich auch aus **Art. 12 Abs. 4 des Corpus Juris Florenz** ergibt.²⁴ Es bleibt aber auch hier eine mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit zumindest im Hinblick auf Überwachungs- und Kontrollpflichten²⁵ bestehen.²⁶ Eine Verletzung dieser Pflichten kann (bei vorsätzlichem Handeln) Grundlage einer

16 Wittig WiStR § 6 Rn. 67; zur Rspr. s. nur BGH 28.2.2007 – 2 StR 516/06, BGHSt 51, 219 (222 ff.) und BGH 27.4.1999 – 4 StR 94-99, NSStZ 1999, 451 (452) – Betäubungsmitteldelinquenz; BGH 30.6.2005 – 5 StR 12/05, NSStZ 2006, 44 (45) – Steuerhinterziehung.

17 Wittig WiStR § 6 Rn. 64; s. dazu näher Tiedemann WiStR AT Rn. 368 ff. sowie die Erläuterungen zu § 30 OWiG.

18 Schönemann wistra 1982, 41 (42).

19 S. auch Wittig WiStR § 6 Rn. 117.

20 Dazu Tiedemann WiStR AT Rn. 356; Wittig WiStR § 6 Rn. 120; Kasiske WiStR Rn. 22.

21 Vgl. etwa Tiedemann WiStR AT Rn. 297; Rudolphi, Lackner-FS, S. 863 (867 ff.); Ransiek, S. 43.

22 BGH 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (124) – Lederspray.

23 Zu weiteren Bereichen (Steuern, Insolvenzantrag, Umweltstrafrecht) s. die Nachweise bei Wittig WiStR § 6 Rn. 124. S. auch das Beispiel bei Kasiske WiStR Rn. 24.

24 S. dazu Kudlich/Oglakcioglu Rn. 114.

25 Instruktiv zu den einzelnen Pflichten Eidam, Kap. 6 Rn. 73 ff.

26 Tiedemann WiStR AT Rn. 361.

Unterlassungsstrafbarkeit sein, der im Bereich der Unternehmensdelinquenz eine „überragende kriminalpolitische Bedeutung“²⁷ zukommt (s. näher die Erläuterungen zu → § 13 Rn 15 ff.). Weiterhin kommt im Bereich der vertikalen Aufgabenverteilung neben der **Anstiftung** eine **mittelbare Täterschaft** in Betracht (zur Rechtsfigur des mittelbaren Täters kraft Organisationsherrschaft s. → Rn 28 ff.); alternativ wird von manchen eine spezielle Form der **Mittäterschaft** erwogen (s. → Rn 61 ff.). Fehlt es am Vorsatz der Leitungsperson hinsichtlich der Tatbegehung durch untergeordnete Unternehmensangehörige, kommt neben einer möglichen **Fahrlässigkeitsstrafbarkeit** eine auf mangelnder Aufsicht beruhende **Ordnungswidrigkeit** gem. § 130 OWiG²⁸ in Betracht (s. dazu näher die Erläuterungen zu § 130 OWiG).

Insgesamt ist in der Dogmatik des Wirtschaftsstrafrechts eine deutliche Tendenz zu erkennen, die darauf abzielt, eine zu weitreichende **Abwälzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit** auf untere Unternehmensebenen zu **verhindern**. Die landläufige Einschätzung, wonach man gerade in diesem Bereich „die Kleinen hängt“, die „Großen“ dagegen „laufen lässt“, ist daher jedenfalls im Hinblick auf das entsprechende rechtliche Instrumentarium zur Begründung einer materiellen Strafbarkeit nicht zutreffend und dürfte zumindest heutzutage auch nicht mehr der tatsächlichen Praxis der Strafverfolgung entsprechen.

2. Spezielle Abgrenzungsfragen bei Betriebsbeauftragten und Genehmigungsbehörden. In Bereichen, die für die Allgemeinheit eine besondere Gefährdung darstellen können, ordnet das Gesetz als externe Überwachungsinstanz einen sog. **Betriebsbeauftragten** für Unternehmen an.²⁹ Dieser fungiert parallel zu unternehmensinternen Kontrollmechanismen, handelt dabei jedoch idR ohne eigene Entscheidungs- und Weisungsbefugnis.³⁰ Mittlerweile besteht weitgehend Einigkeit, dass diese einschränkende Funktion keine Auswirkung auf die Beteiligungsform hat.³¹ Vielmehr folgt die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nach den allg. Regeln, nach überzeugender hL also anhand des Kriteriums der **Tatherrschaft**.³²

Besonderer Erwähnung bedürfen überdies **staatliche Genehmigungs- und Überwachungsbehörden**. Im Bereich der Umweltdelikte ordnet das Gesetz die staatliche Kontrolle von Unternehmen und das Erfordernis von Genehmigungen an.³³ Insofern stellt sich die Frage, welche Formen der Tatbeteiligung von Amtsträgern bei der Erteilung rechtswidriger Genehmigungen und hinsichtlich einer mangelnden Überwachung besonders gefährdeter Bereiche in Betracht kommen. Die Beurteilung der Beteiligungsform von Beamten und Angestellten öffentlicher Genehmigungs- und Überwachungsbehörden hängt nach der Rspr.³⁴ von der **Gut- oder Bösgläubigkeit der Verantwortlichen des beantragenden Unternehmens** ab. Wussten diese, dass es sich um ein nicht genehmigungsfähiges Vorhaben handelt, so kommt eine Einstufung des betreffenden Beamten als Mittäter in Betracht. Sind die Unternehmensangehörigen jedoch im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Genehmigung gutgläubig, mithin selbst straflos, weist der Bedienstete der Genehmigungsbehörde regelmäßig die Voraussetzungen eines mittelbaren Täters auf.³⁵

3. Sonder- und Pflichtdelikte. Im Bereich der Wirtschaftsdelinquenz existiert eine ganze Reihe sog. **Sonderdelikte**,³⁶ die spezielle Anforderungen an den Handelnden stellen, um ihn als Täter qualifizieren zu können. Zahlreiche dieser Delikte (vor allem im Nebenstrafrecht³⁷) knüpfen die Täterqualität an eine bestimmte Position oder Eigenschaft des Handelnden. Sofern es sich dabei um eine besondere Pflichtenstellung handelt, spricht man zugleich von einem **Pflichtdelikt**. Personen, welche diese besonderen Merkmale nicht aufweisen, können **keine Täter** sein. Für sie verbleibt lediglich die Möglichkeit einer Teilnehmerstrafbarkeit. Liegt das Merkmal dagegen vor, ist es schon für sich gesehen täterschaftsbegründend; auf eine gesonderte Feststellung von Tatherrschaft kommt es dann nach hM nicht an.³⁸

27 *Schünemann* wistra 1982, 41 (42).

28 *Schünemann* wistra 1982, 41 (47).

29 Vgl. bspw. §§ 53 ff. BImSchG; §§ 59 f. KrWG; §§ 64 ff. WHG; § 3 I Nr. 14 GGBefG; § 4 f. BDSG.

30 Dazu *Böse* NStZ 2003, 637.

31 Vgl. *Kuhlen* S. 74 ff.

32 OLG Frankfurt aM 22.5.1987 – 1 Ss 401/86, NStZ 1987, 508 (509) nimmt die Abgrenzung anhand des Umfangs der Tatbeteiligung vor und geht dabei davon aus, dass die Voraussetzungen von Täterschaft aufgrund der nur eingeschränkten Funktion eines Betriebsbeauftragten regelmäßig nicht vorliegen.

33 S. zB §§ 326 Abs. 2; 327 Abs. 1; 328 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

34 BGH 3.11.1993 – 2 StR 321/93, BGHSt 39, 381 ff.; zustimmend *Horn* JZ 1994, 636; Einwände gegen diese Einordnung bei *Schall* JuS 1993, 719 (721). Nur in Bezug auf die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft zustimmend *MüKoStGB/Joelcks* Rn. 222 sowie *GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein* Rn. 21 f.

35 Vgl. BGH 3.11.1993 – 2 StR 321/93, BGHSt 39, 381 (386) bei stillschweigend vorliegendem Einverständnis des Gebrauchs der rechtswidrigen Genehmigung.

36 *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Achenbach*, S. 29: „Sonderstrafrecht der wirtschaftlich Tätigen“. S. auch *Tiedemann* WiStR AT Rn. 159 sowie 177, wo vom „Berufsstrafrecht“ gesprochen wird.

37 S. zB § 370 AO; §§ 331 f. HGB; § 399 AktG; § 17 Abs. 1 UWG; § 313 UmwG; § 15 a Abs. 4 InsO; § 34 Abs. 1 Nr. 1 DepotG; § 81 Abs. 1 Nr. 1 iVmz. § 1 GWB; § 60 Abs. 1 Nr. 1 WpÜG.

38 S. nur *Wittig* WiStR § 6 Rn. 70.

- 19 Beispielhaft erwähnt seien die **Korruptionsdelikte der §§ 331, 333**, welche für eine Täterschaft die Amtsträgereigenschaft oder eine besondere Verpflichtung für den öffentlichen Dienst voraussetzen; eine besondere Stellung des Täters setzen auch die **Insolvenzdelikte der §§ 283 ff.**,³⁹ die **Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 Abs. 1**,⁴⁰ § 327⁴¹ sowie das **Vorenthalten oder Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. § 266 a**⁴² voraus.
Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch die Stellung des Täters als Inhaber einer **Vermögensbetreuungspflicht**, die für die Strafbarkeit wegen **Untreue gem. § 266** (nach hM in beiden Varianten)⁴³ vorausgesetzt ist. Liegt dieses Merkmal vor, erübrigt sich nach hM eine weitere Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, weil die besondere Pflichtenstellung dem Handelnden stets Täterqualität verleiht.⁴⁴ Fehlt die täterschaftsbegründende Stellung als Pflichteninhaber, kommt unabhängig von Art und Gewicht des Tatbeitrags lediglich Teilnahme in Betracht (vgl. auch § 28 Abs. 1).
- 20 **Kein Sonderdelikt** ist dagegen bspw. der **Subventionsbetrug gem. § 264**; Täter kann also nicht nur der Subventionsnehmer oder dessen gesetzlicher Vertreter, sondern jedermann sein.⁴⁵
- 21 Sofern es sich bei den für die Täterschaft erforderlichen Merkmalen (wie in der Regel) um „besondere persönliche Merkmale“ handelt, kommt neben dem eben erwähnten § 28 auch § 14 zur Anwendung. Die zuletzt genannte Norm erfüllt gerade im Unternehmensbereich eine wichtige Funktion, da sie eine Erweiterung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf solche Personen enthält, die zwar selbst das Merkmal nicht erfüllen, zum Träger des besonderen Merkmals (der auch eine juristische Person sein kann) aber in einer besonderen funktionellen Beziehung stehen.⁴⁶

B. Täterschaftsformen

I. Abs. 1 Alt. 1, Unmittelbare Täterschaft

- 22 Unmittelbarer Täter gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 1 ist derjenige, der den Tatbestand „selbst“, also **eigenhändig verwirklicht**. Der Handelnde muss dafür ein Verhalten an den Tag legen, welches schon für sich gesehen die objektiven Tatbestandsmerkmale vollständig erfüllt. In diesem Fall liegt Tatherrschaft des Handelnden in Form von **Handlungsherrschaft** vor.⁴⁷
Die Formulierung des Gesetzes bedeutet eine klare **Absage an die früher in der Rspr. vertretene extrem subjektive Theorie**, wonach auch bei vollständiger Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale durch eine Person Täterschaft bei fehlendem „Täterwillen“ abgelehnt und bloße Teilnahme angenommen werden konnte (s. → Rn. 5). Besonderheiten im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts existieren insoweit nicht.

II. Abs. 1 Alt. 2, Mittelbare Täterschaft

- 23 **1. Grundlagen.** Das Gesetz umschreibt die mittelbare Täterschaft in Abs. 1 Alt. 2 als **Tatbegehung „durch einen anderen“**. Damit ist klargestellt, dass entgegen der früher vertretenen formal-objektiven Theorie eine Täterschaft **nicht zwingend die eigenhändige Erfüllung** der Tatbestandsmerkmale voraussetzt.⁴⁸
- 24 Um ein Verhalten des unmittelbaren Täters bzw. „Vordermanns“ dem sogenannten „Hintermann“ gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 zurechnen zu können, bedarf es nach der in der Lit. überwiegend vertretenen **Tatherrschaftslehre** einer vom Hintermann maßgeblich gesteuerten und damit beherrschten Tatbegehung.⁴⁹ Auch die Rspr. nähert sich besonders im Bereich des § 25 Abs. 1 Alt. 2 dieser objektiven, auf Tatherrschaft als maßgebliches Kriterium gestützten Auffassung an.⁵⁰
Die weitgehend anerkannten Gründe für die Annahme von Tatherrschaft des Hintermanns werden mit **Wissensherrschaft** oder **Willensherrschaft** umschrieben.⁵¹ Erstere fußt auf der Erregung oder Ausnutzung eines Irrtums oder der Schuldunfähigkeit des Vordermannes; die Konstellationen der zweiten Fallgruppe

39 SSW-StGB/Bosch § 283 Rn. 41.

40 SSW-StGB/Rosenau § 299 Rn. 6.

41 SSW-StGB/Saliger § 327 Rn. 18.

42 Dazu SSW-StGB/Saliger § 266 a Rn. 5.

43 SSW-StGB/Saliger § 266 Rn. 6 f.

44 Zur Lehre von den Pflichtdelikten im Zusammenhang mit § 266 s. nur Roxin AT II § 25 Rn. 271 f.

45 BGH 28.5.2014 – 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244.

46 S. im Kontext der Sonderdelikte auch Tiedemann WiStR AT Rn. 160.

47 Roxin AT II Rn. 38.

48 Roxin AT II Rn. 29.

49 Kaspar AT Rn. 529.

50 Vgl. nur BGH 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 (296), wo ausdrücklich (und ohne Subjektivierung) von „Tatherrschaft“ als entscheidendem Kriterium ausgegangen wird.

51 Rengier AT § 43 Rn. 3.

sind von nötigendem Zwang durch den mittelbaren Täter gekennzeichnet. Jeweils wird der Vordermann nach einer gängigen Umschreibung als „Werkzeug“ der Tatbegehung durch den Hintermann benutzt.⁵² Regelmäßig führt ein beim Vordermann bestehendes „Defizit“ zu dessen Strafflosigkeit. Diese Strafflosigkeit kann sich aus einem **objektiv tatbestandslosen, vorsatzlos, gerechtfertigten oder schuldlosen Handeln** ergeben.⁵³ Im Bereich der Sonderdelikte wird darüber hinaus (mit unterschiedlicher Begründung) die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft bejaht, wenn sich der Inhaber der besonderen Pflichtenstellung zur Ausführung der Tat einer anderen Person bedient, die dieses Merkmal nicht aufweist (sog **qualifikationsloses Werkzeug**).⁵⁴

Umgekehrt wird eine mittelbare Täterschaft im Grundsatz dort abgelehnt, wo der unmittelbar Handelnde Vordermann voll strafrechtlich verantwortlich ist, sog **Verantwortungsprinzip**. Hier kommt idR lediglich eine Teilnahme, insbesondere in Form der Anstiftung, in Betracht.

Als **Ausnahme vom Verantwortungsprinzip** werden aber auch (im Einzelnen umstrittene) Fälle diskutiert, bei denen sowohl Hinter- als auch Vordermann strafrechtlich verantwortlich sind, sog „**Täter hinter dem Täter**“.⁵⁵ So hat der BGH entschieden, dass mittelbare Täterschaft in Betracht kommt, wenn der Vordermann sich zwar in einem **Verbotsirrtum** befindet, aber wegen der Vermeidbarkeit dieses Irrtums gem. § 17 S. 2 strafrechtlich verantwortlich bleibt.⁵⁶ Darüber hinaus ist in der Rspr. die Figur des **mittelbaren Täters kraft Organisationsherrschaft** anerkannt, die sogleich näher beleuchtet wird, weil sie für das Wirtschaftsstrafrecht von besonderer Relevanz ist.

2. Mittelbare Täterschaft im Bereich der Unternehmensdelinquenz. a) Grundlagen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Trotz eines idR strafrechtlich verantwortlichen unmittelbaren Täters kann bei einer Tatausführung innerhalb organisatorischer Machtapparate aufgrund der in Rspr.⁵⁷ Und wohl hL⁵⁸ vertretenen Figur der „**mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft**“ auch der Hintermann als Täter bestraft werden. Die Entwicklung dieser Konstruktion durch *Roxin* ist auf die weithin als unbefriedigend empfundene Einordnung sogenannter „Schreibtischtäter“ innerhalb von Unrechtssystemen als bloße Anstifter zurückzuführen.⁵⁹

Das tatherrschaftsbegründende Kriterium, welches auch ohne eigene tatbestandsmäßige Handlung zu einer Steuerung des Geschehens führt, liegt nach dieser Lehre in der Ausnutzung eines organisatorischen Machtapparates, dessen Struktur für den Vollzug von Befehlen sichere Gewähr bietet.⁶⁰ Dafür bedarf es einer **Anordnungsgewalt der Befehlsgeber in einem Machtapparat**, dessen Angehörige auf unteren Ebenen willige Befehlsempfänger sind, die austauschbar erscheinen; insoweit spricht man von der **Fungibilität** des Tatmittlers. Darüber hinaus wird teilw. verlangt, dass der Apparat als solcher überwiegend kriminell agiert, was *Roxin* als „**Rechtsgelöstheit**“ bezeichnet.⁶¹

Dass die prinzipielle Möglichkeit einer solchen auf Befehls- und Organisationsstrukturen gegründeten mittelbaren Täterschaft trotz voller Verantwortlichkeit des unmittelbar handelnden Täters mittlerweile im Völkerstrafrecht anerkannt ist, zeigt die Regelung in **Art. 25 Abs. 3 lit. a des IstGH-Statuts**.⁶²

b) Entwicklung der Rechtsprechung. Die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft wurde vom BGH erstmals im **Mauerschützenfall** herangezogen.⁶³ Im Rahmen der Verurteilung der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR als mittelbare Täter der von Grenzsoldaten an der innerdeutschen Grenze vorgenommenen Erschießungen von Flüchtlingen stützte der BGH seine Begründung der

52 Vgl. nur *Roxin* AT II § 25 Rn. 45.

53 S. näher *Kaspar* AT Rn. 534 ff. S. auch *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Achenbach*, S. 37, der zu Recht darauf hinweist, dass im Bereich unternehmensbezogenen Handelns der Einsatz eines schuldlosen Werkzeugs kaum relevant wird.

54 *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Achenbach*, S. 37; s. auch *Roxin* AT II Rn. 268 ff.

55 Ausf. dazu *Roxin* AT II Rn. 105; instruktiv auch *Kübl* AT § 20 Rn. 72. Dass ein zT ins Feld geführtes „Selbstverantwortungsprinzip“ einer mittelbaren Täterschaft in diesen Konstellationen nicht prinzipiell entgegensteht, hat *Greco* ZIS 2011, 9 ff. gezeigt.

56 BGH 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 – Katzenkönig.

57 Vgl. nur BGH 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218; BGH 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 (296); BGH 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331.

58 *Roxin* AT II Rn. 108 mwN.

59 Grundlegend *Roxin* GA 1963, 193; s. auch *ders.* AT II Rn. 105 f.; *ders.* TuT S. 242; *ders.* GA 2012, 395 ff.; umfassend *Morozinis*. Zur historischen Entwicklung s. auch *Rotsch* ZIS 2009, 549 ff.

60 *Roxin* TuT S. 244 f.; *Roxin* AT II Rn. 105.

61 *Roxin* AT II Rn. 130; s. auch *Brettel/Schneider* WiStR § 2 Rn. 61.

62 Vgl. *Roxin* GA 2012, 395 (402).

63 BGH 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 – Mauerschützen. Die nachfolgenden Verurteilungen der Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED folgten diesem Begründungsansatz, vgl. BGH 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 (296); BGH 6.11.2002 – 5 StR 281/01, BGHSt 48, 77, 90; BGH 13.5.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147 (163). S. auch BGH 3.11.1994 – 3 StR 62/94, BGHSt 40, 307 (316 f.): Die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft wurden bei einem der wegen Wahlfälschung angeklagten SED-Funktionäre angesprochen und bejaht, fanden dann aber wegen Unanwendbarkeit des Rechts der BRD keine Anwendung mangels täterschaftsbegründender Pflichtenstellung gemäß § 211 StGB-DDR.

Täterschaft der Hintermänner auf die Ausnutzung von Organisationsstrukturen mit „regelhaften Abläufen“. Diese kommen laut BGH „insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht“. ⁶⁴

- 31 Folgenreich war das **obiter dictum** des Senats, wonach sich der Anwendungsbereich dieser Grundsätze nicht auf staatliche Unrechtsregime beschränke; er erstreckte sich auf mafiaähnliche Strukturen und komme auch bei privatwirtschaftlichen Unternehmen in Betracht. Ohne dies näher auszuführen oder einzugrenzen, stellt der Senat fest, dass sich das „Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen“ auf diese Weise lösen lasse. ⁶⁵ Ergänzend führt der BGH hier in einem Halbsatz die Kriterien an, die (im Zusammenhang mit mafiaähnlichen Strukturen) gegen eine Mittäterschaft in derartigen Konstellationen sprächen, namentlich der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen Befehlsgebern und Ausführenden, welcher der Annahme arbeitsteiligen Zusammenwirkens entgegenstehe (zur Mittäterschaft in dieser Konstellation s. → Rn 61 ff.)
- 32 Es dauerte nicht lange, bis von dieser Empfehlung Gebrauch gemacht wurde. Im Jahre 1997 hat der 4. Strafsenat unter Bezugnahme auf den Mauerschützenfall die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf **wirtschaftliche Unternehmen** übertragen. ⁶⁶ Dabei sah es die Einflussnahme der Angeklagten trotz fehlender Geschäftsführerstellung – beide handelten lediglich als faktische Geschäftsführer – als ausreichend an, um sodann ohne nähere Begründung deren Verurteilung als mittelbare Täter kraft Organisationsherrschaft vorzunehmen. ⁶⁷
- 33 Ein Urteil des 1. Strafsenats liefert nicht nur ein Beispiel dafür, dass der BGH hinsichtlich der Übertragbarkeit der Grundsätze auf privatwirtschaftliche Unternehmen von einer Selbstverständlichkeit ausgeht, sondern zugleich für einen sehr **weiten Anwendungsbereich** der Rechtsfigur. Im Mittelpunkt des Sachverhaltes stand eine Tierarztpraxis mit nur zwölf angestellten Tierärzten. ⁶⁸ Diese Fakten subsumierte der Senat unter die Voraussetzungen einer streng hierarchisch strukturierten Organisation, deren Rahmenbedingungen der Inhaber ausnutzte. Tatherrschaft bejahte der BGH aufgrund einer wertenden Betrachtung, bei der er neben individuellen Besonderheiten des Falles auch vor allem die **faktische Weisungsgebundenheit** der ausführenden Tierärzte ins Feld führte. ⁶⁹
- 34 Der 5. Senat ⁷⁰ stützt die Annahme mittelbarer Täterschaft auf die **Lenkungsmacht des Hintermannes**, welche ihm eine maßgebliche Beeinflussung des deliktischen Geschehens mittels der durch die Organisation geschaffenen Rahmenbedingungen ermögliche. Die Ausführenden waren im zu beurteilenden Sachverhalt allerdings nicht einmal dem Weisungsrecht eines Arbeitgebers unterworfenen Angestellte; es handelte sich vielmehr um Handelsvertreter. Das nach dem BGH tatherrschaftsbegründende Verhalten bestand im Durchführen von Schulungsmaßnahmen, um die Tatmittler hinsichtlich des Verkaufs der Einlagen an Kunden zu instruieren, wobei der BGH deren Gut- oder Bösgläubigkeit für die zu entscheidende Frage – Täterschaft oder Teilnahme – wie in früheren Entscheidung für irrelevant erklärte. ⁷¹
- 35 Ein weiteres Beispiel für die weit ausgreifende Anerkennung der Grundsätze findet sich im sogenannten **Bremer Vulkan-Fall**. ⁷² Es handelte sich um die Vorstände eines Mutterkonzerns, welche sich der Untreue aufgrund der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Tochterkonzerne schuldig machten. Der BGH erachtete die **Leitungsmacht** der Angeklagten aufgrund ihrer **Stellung im Konzerngefüge** als ausreichend, um eine mittelbare Täterschaft durch die Entscheidung oder zumindest aufgrund der zustimmenden Kenntnisaufnahme des Cash-Management-Systems durch den Vorstand zu begründen.
- 36 Einen Beschluss ⁷³ nahm der 2. Senat zum Anlass, sich zu den einzelnen **Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft** genauer zu äußern, wobei er diese im zu beurteilenden Fall ablehnte und eine mittäterschaftliche Begehung bejahte. Neben den bereits bekannten Voraussetzungen des Ausnutzens einer Organisationsstruktur, innerhalb derer der Tatbeitrag des Hintermannes regelhafte Ab-

64 BGH 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 (236).

65 BGH 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 (237).

66 BGH 11.12.1997 – 4 StR 323/97, NJW 1998, 769.

67 S. auch BGH 6.6.1997 – 2 StR 339/96, BGHSt 43, 219 (232); die Annahme mittelbarer Täterschaft erfolgt zwar unter Berufung auf BGH 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 (237), allerdings betont der Senat hier stärker die subjektiven Kriterien des Tatinteresses sowie des Willens zur Tatherrschaft.

68 BGH 3.7.2003 – 1 StR 453/02, BGH JR 2004, 245; *Hefendehl* GA 2004, 579 f. weist zu Recht darauf hin, dass die Größe eines Betriebes relevant sei. Die Unabhängigkeit des Hintermanns vom jeweiligen Bestand der ausführenden Angehörigen der Organisation sei bei kleinen, spezialisierten Unternehmen nicht gegeben.

69 BGH 3.7.2003 – 1 StR 453/02, BGH JR 2004, 245 (246).

70 BGH 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331.

71 BGH 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331 (342); in einem gewissen Widerspruch hierzu wird dort aber zugleich der Umstand, dass der Angeklagte die Ausführenden „im guten Glauben hielt“ als zusätzlicher, Tatherrschaft begründender Umstand herangezogen.

72 BGH 13.5.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147 (163 f.) – Bremer Vulkan.

73 BGH 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NSStZ 2008, 89 (90).

läufe auslöst, stellte der BGH auf die **Ausnutzung der unmittelbaren Tatbereitschaft des Handelnden** ab. Auch Anklänge an die subjektiv fundierte Täterschaftstheorie der Rspr. werden erkennbar, wenn der Senat weiterhin verlangt, dass der Handelnde den **Erfolg als Ergebnis seines Handelns wolle**⁷⁴ (was allerdings missverständlich ist, da es ein Absichtserfordernis nahelegt, das vom Senat hier aber wohl nicht gemeint war).

Lägen diese Voraussetzungen vor, komme Tatherrschaft als mittelbarer Täter in Betracht, sofern der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spreche. Der Senat übernimmt damit die bereits in BGH 40, 218 genannten **Abgrenzungskriterien im Verhältnis zur Mittäterschaft**; irritierend ist allerdings der hier anklingende Automatismus, wonach hierarchische Organisationsstruktur plus fehlende Mittäterschaft tendenziell zu mittelbarer Täterschaft führe.

Die Beispiele aus der Rspr. zeugen zum einen von einer nicht zu unterschätzend **praktischen Relevanz** 37 der Grundsätze und zum anderen von einer **extensiven Anwendung** im Hinblick auf die maßgeblichen Faktoren. Danach sind weder die Größe und Organisationsstruktur des Unternehmens⁷⁵ noch die genaue Stellung des potenziellen „Schreibtischtäters“ entscheidend, sondern allein die Erwartung, dass rechtlich oder auch nur faktisch seinen Anweisungen unterworfenen Personen aufgrund regelhafter Abläufe Straftaten begehen.

c) **Kritik in der Literatur.** Während die Anwendung der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen von staatlichen Unrechtsregimen und auch in mafiaähnlichen Strukturen in der Lit. überwiegend Zustimmung erfahren hat,⁷⁶ wird ihre **Übertragbarkeit auf Unternehmen der Privatwirtschaft weitgehend skeptisch beurteilt**.⁷⁷ Die dabei vorgebrachten Bedenken wiegen schwer; im Kern geht es dabei insbesondere um die mangelnde Vergleichbarkeit von Wirtschaftsunternehmen mit kriminellen Organisationen oder Unrechtsregimen.

aa) **Organisationsstruktur und „Rechtsgelöstheit“.** Der Ausgangspunkt für die Fragestellung ist die **Beschaffenheit der Organisationsstruktur**, die eine wichtige Basis für alle weiteren Argumente für oder gegen die Anwendbarkeit auf Wirtschaftsunternehmen darstellt.

Befürworter einer uneingeschränkten Anwendbarkeit der Grundsätze auf Unternehmen gehen davon aus, dass das entscheidende Kriterium die Organisation im Gesamten mit der ihr innewohnenden Befehlsstruktur sei, die eine Qualifizierung der Hintermänner als Täter rechtfertige.⁷⁸ Der Vordermann könne sich zwar grundsätzlich gegenüber der kriminellen Anweisung zur Wehr setzen, was er aber aufgrund des vorherrschenden **faktischen Machtgefüges** in der Struktur nicht mache; dies sei der ausschlaggebende Grund zur Einordnung des Befehlsgebers als mittelbarer Täter kraft Organisationsherrschaft.⁷⁹

Wie bereits oben erwähnt wird von manchen darüber hinaus eine generelle **„Rechtsgelöstheit“** des Verbandes als zwingende Voraussetzung verlangt; diese Forderung führt im Ergebnis dazu, eine Anwendbarkeit der Grundsätze auf (überwiegend legal operierende) am üblichen Wirtschaftsverkehr teilnehmende Unternehmen abzulehnen. Zwar geht es bei der vorliegenden Fragestellung stets um einzelne deliktische Handlungen innerhalb des Unternehmens – in dieser Beziehung könnte selbstverständlich von einer (**punktuellen**) **Rechtsgelöstheit** gesprochen werden. Allerdings kann daraus eben noch nicht auf eine generelle Missachtung der Rechtsordnung durch den Machtapparat, auf eine „kriminelle Verbandsattitüde“⁸⁰ geschlossen werden.⁸¹

Gefordert wird vielmehr, dass die Struktur des Apparates insgesamt auf deliktische Handlungsweisen abzielt, um die für die Bejahung von Täterschaft der Hintermänner unerlässliche **Gewissheit der tatbestandlichen Erfolgsverwirklichung** durch die Ausführenden zu erreichen. Bezogen sich die Anweisungen durch die Befehlsgeber auf abgrenzbare illegale Aktionen einzelner, die nicht strukturell mit der Gesamtorganisation verbunden sind, wird dem Begründungsansatz somit die Grundlage entzogen. Vielmehr müsste hier eine

74 BGH 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NStZ 2008, 89 (90).

75 Krit. auch D. Bock S. 294.

76 Ablehnend aber ua Jakobs, AT 21/103; Jescheck/Weigend AT S. 670.

77 Murrmann GA 1996, 269 ff.; Ambros GA 1998, 226 (242); Kübl AT § 20 Rn. 73 b; Rotsch NStZ 1998, 491, 493 ff.; ders. ZStW 112 (2000), 518 (561 f.); Roxin AT II Rn. 129 ff.; Schönemann FG BGH, Band IV, 621 (631); Schönke/Schröder/Heine/Weißer Rn. 30; MüKoStGB/Joels Rn. 131 f.; Dous, S. 143 ff.; Herzberg in Amelung S. 33 (51 ff.), Zaczek GA 2006, 411 (415). Zustimmend hingegen Ransiek S. 46 ff.; Fischer Rn. 7 b; Lackner/Kühl/Hegel/Kühl Rn. 2; Hefendehl GA 2004, 575 (577).

78 Ransiek S. 47 ff.

79 Ransiek S. 47 ff.

80 Schönemann wistra 1982, 41.

81 Als Beispiel aus dem Bereich privatwirtschaftlicher Unternehmen werden Warentermisfirmen genannt, die von vornherein auf die Begehung von Betrugsstraftatbeständen angelegt sind, vgl. Wabnitz/Janovsky/Raum Kap. 4 Rn. 62 f.

Einordnung der Konstellation je nach den Umständen des Einzelfalls mittels der Anstifter- oder Mittäterregeln erfolgen.⁸²

- 41 Das Kriterium der „Rechtsgelöstheit“ ist (trotz seiner nicht völlig klaren Kontur) berechtigt. Nur innerhalb der rechtsgelösten Organisation kann von einem **Automatismus** im Hinblick auf die Tatbestandsverwirklichung ausgegangen werden, der nötig ist, um die Lenkungsmacht, mithin die Tatherrschaft des Hintermannes zu begründen. Man muss sich vor Augen halten, dass der Vordermann vollverantwortlich handelt. Dem zu beurteilenden Verhalten des „Schreibtschätters“ muss daher ein besonderes Gewicht zukommen, das (ausnahmsweise) eine Einordnung als „Täter hinter dem Täter“ rechtfertigt.
- 42 Der strafrechtlich relevante Beitrag besteht hier in einer **Anweisung** oder einem **Befehl**, was nach der gesetzlich normierten Beteiligungslehre eben nicht ohne Weiteres den Schluss auf eine eigene Täterschaft zu rechtfertigen vermag. Vielmehr handelt es sich *prima vista* um einen klassischen Anwendungsfall der Anstiftung. Was zur Einordnung der Täterschaft führen kann, ist das Unterhalten des Machtapparates im Gesamten bzw. die Nutzbarmachung der bereits vorher geschaffenen und stetig aufrecht erhaltenen Strukturen von Machtausübung und Befehlen, denen sich die Ausführenden aufgrund ihrer Mitgliedschaft unterwerfen.⁸³ Ob dafür wirklich die Einbettung in ein von Gewaltausübung geprägtes System erforderlich ist,⁸⁴ erscheint fraglich, denn auch sonstige gravierende Repressalien für den Fall einer Befehlsverweigerung sind denkbar. Jedenfalls muss eine **organisationsspezifische Tatbereitschaft** der Verbandsangehörigen bestehen, welche mit Eintritt in eine derartige Struktur signalisiert wird; das dürfte aber eben nur dann der Fall sein, wenn die Ausrichtung der Organisation insgesamt (strukturell) auf kriminelle Handlungen abzielt.
- 43 Um zu der erforderlichen **Gewissheit der späteren Ausführung der Tat** zu gelangen, muss die entsprechende Grundanlage beim unmittelbaren Täter sowie ein darauf bezogenes Wissen des Weisungsgebers vorhanden sein. Beim Vordermann muss (für den Hintermann erkennbar) eine „Prädisposition“ vorliegen, sich dem Normappell zugunsten des betreffenden Rechtsguts zu widersetzen und die tatbestandliche Handlung vorzunehmen. Dieses Ausnutzen einer erkennbar „abgeschwächten Wirkung der rechtsgüterschützenden Normen des StGB“ rechtfertigt eine Einordnung als mittelbarer Täter.⁸⁵
- 44 Die Rspr. sieht demgegenüber allein im **Ausnutzen der Rahmenbedingungen in hierarchischen Organisationsstrukturen** das maßgebliche Kriterium. Die dadurch ausgelösten regelhaften Abläufe legitimierten die Einordnung der Anweisenden als mittelbare Täter kraft Organisationsherrschaft. Die Kritik an diesem Merkmal bezieht sich insbesondere auf dessen Unbestimmtheit, mithin attestiert man dem Kriterium eine absolute Untauglichkeit zur Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme.⁸⁶ Eine präzise Darstellung der **erforderlichen Rahmenbedingungen** lassen die Urteilsbegründungen vermissen. Daher können auch keine allgemeingültigen Kriterien für deren Beschaffenheit aufgestellt werden. Wenn der BGH die Annahme von Täterschaft allein mit der faktischen Weisungsgebundenheit in einem Angestelltenverhältnis oder sogar mit einer bloßen Schulung und Instruierung von ansonsten selbständig agierenden Handelsvertretern begründet (s. → Rn 33 f.), geht das jedenfalls ersichtlich zu weit.
- 45 Dafür spricht auch ein Vergleich zur **Nötigungsherrschaft**, die dann vorliegt, wenn der Nötigungsdruck ein vergleichbares Gewicht⁸⁷ wie in der Situation des Notstandes gem. § 35 erreicht.⁸⁸ Der aufgrund einer (rechtswidrigen!) Weisung eines Arbeitgebers in einem privatwirtschaftlichen Unternehmen erzeugte Druck erreicht im Regelfall nicht einmal die Nähe der Situationen, die im Rahmen des § 35 vorauszusetzen sind. Daher fällt diese Konstellation richtigerweise nicht unter die Fallgruppe der Willensherrschaft kraft Nötigung – und soll nach der Rspr. dann aber eben doch zur Begründung von Täterschaft des Hintermannes allein aufgrund der hierarchischen Organisationsstruktur genügen. Damit werden die **Wertungen**, die im Rahmen der Täterschaft kraft Nötigungsherrschaft vorherrschen, **unterlaufen**. Im Ergebnis ist das Merkmal der **hierarchisch geprägten Organisationsstruktur** für die vorliegend zu diskutierende Fallgruppe zwar ein unerlässliches Kriterium zur Bestimmung der Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Es ist aber wie gesehen nicht dazu geeignet, eine **trennscharfe Linie** zwischen einer Teilnahme in Form der Anstiftung durch den Anweisenden und dessen möglicher Täterschaft zu ziehen. Es ist daher richtigerweise durch das Kriterium der „Rechtsgelöstheit“ des Apparates zu ergänzen.
- 46 **bb) Fungibilität.** Die Rspr. zieht das Merkmal der „Fungibilität“ soweit ersichtlich in keiner ihrer Entscheidungen ausdrücklich heran. Dabei dient diese von gewichtigen Literaturstimmen geforderte **Austauschbar-**

82 Vgl. Roxin ZIS 2006, 293 (297 f.).

83 Vgl. Ambos GA 1998, 226, (239 f.), der eine Qualifizierung als Machtapparate gänzlich ausschließt, da es an einer „auf Machterhalt oder -zuwachs abzielende(n) kriminellen Organisation mit entsprechend straffer Organisations- und Befehlsstruktur“ fehle.

84 Schünemann, BGH-FG IV S. 621 (631).

85 Vgl. M. Heinrich S. 275 ff.

86 M. Heinrich, Krey-FS, S. 147 (155 ff.).

87 Schroeder S. 120 ff. hält zumindest das Erreichen des Grenzbereiches der Notstandssituation für erforderlich.

88 Roxin AT II Rn. 48; LK/Schünemann Rn. 70; Kühl AT § 20 Rn. 64.

keit des **Tatmittlers** als weiteres Abgrenzungskriterium,⁸⁹ um der zur Begründung der Täterschaft unerlässlichen **vertikalen Zwangswirkung** des Systems Ausdruck zu verleihen. Es hilft, kriminogene organisatorische Machtapparate von herkömmlichen hierarchischen Strukturen zu unterscheiden, welche eine solche Wirkung nicht aufweisen, so dass bei Begehung von Straftaten ein Rückgriff auf die Rechtsfigur der „mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft“ nicht zulässig ist.

Es geht auch hier um die **Erfolgssicherheit**, welche sich dem Hintermann als Befehlsgeber dadurch bietet, dass er sich der Existenz von willigen und letztlich als bloße „Rädchen im System“ austauschbaren Ausführenden nahezu sicher sein kann.⁹⁰ Der Machtapparat funktioniert, weil stets genügend tatbereite Mitglieder zur Verfügung stehen. Selbst renitente Einzelne vermögen die Schlagkraft der Organisation insgesamt nicht zu gefährden.

Hält man das Merkmal der **Fungibilität** daher richtigerweise zur Bestimmung der Tatherrschaft des Hintermannes für **erforderlich**, spricht auch dies dagegen, sich dieser Grundsätze für den Bereich der Unternehmenskriminalität in so weitem Umfang zu bedienen, wie dies die Rspr. vornimmt.⁹¹ Eine **mechanische Austauschbarkeit** liegt in Betrieben regelmäßig nicht vor. Des Weiteren kann außerhalb von staatlichen Unrechtsorganisationen oder mafiaähnlichen Strukturen nicht von frei ersetzbaren anonymen Ausführenden ausgegangen werden.⁹² Selbst in großen Unternehmen dürfte diese völlige Beliebigkeit der Person des Tatmittlers fehlen.

Allein die Unterhaltung eines **rechtsgelösten Systems**, das genügend Schergen aufweist, die quasi mit Eintritt in die Organisation ihre Grundeinstellung kundtun, zur Ausführung auch von Straftaten zur Verfügung zu stehen, führt zur erforderlichen Sicherheit der Befehlsumsetzung durch einen (beliebigen) Untergebenen. Das macht das Merkmal der **Fungibilität** zur Stützung dieser Rechtsfigur neben der Rechtsgelöstheit auch unersetzlich zur Abgrenzung der Beteiligungsformen des Hintermannes. Erst das **Zusammenspiel beider Voraussetzungen** gewährleistet eine Abgrenzung zu Systemen, deren Grundstrukturen keine vergleichbare vertikale Zwangswirkung aufweisen.

Üblicherweise werden die Strukturen gerade auch größerer wirtschaftlicher Unternehmen weniger von geradlinigen Rangordnungen gekennzeichnet sein, sondern durch Arbeitsteilung gekennzeichnete ausgeprägte **horizontale Ebenen** aufweisen.⁹³ Auch diese Annahme steht der zu fordernden Fungibilität entgegen. Von einer automatischen, mechanischen Abfolge mit regelhaften Abläufen in der Befehlshierarchie, mithin von einer Beliebigkeit des Ausführenden, kann daher regelmäßig nicht ausgegangen werden. Vielmehr sind die Taten im Bereich der Wirtschaftskriminalität in Unternehmen oft von Individualität und Spezialität der Parteien gekennzeichnet.

Allein aus der Macht heraus, Weisungen zu erteilen oder auf andere Weise Einfluss auf Mitarbeiter oder Angestellte zu nehmen, folgt somit keine Erfolgssicherheit im Hinblick auf die Tatbestandsverwirklichung. Vielmehr hat ein Arbeitnehmer bzw. Angestellter im an sich legal operierenden, nicht „rechtsgelösten“ Unternehmen immer die Möglichkeit, sich einer rechtswidrigen Anweisung zu widersetzen;⁹⁴ das gilt erst recht im Zeitalter zunehmender Bemühungen der Unternehmen um **Compliance**, die gerade auch das Nicht-Ausführen (sowie ggf. Melden) von illegalen Anweisungen von Vorgesetzten umfasst.

cc) **Ausnutzen der unmittelbaren Tatbereitschaft des Handelnden.** Als erforderliches Merkmal führt der BGH zumindest bei einigen seiner Entscheidungen „die **unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen**“⁹⁵ an.⁹⁶ Dieses Kriterium wurde teilweise als untauglich zur Abgrenzung eines Täters von einem Anstifter kritisiert.⁹⁷ Daran ist richtig, dass es allein offensichtlich die mittelbare Täterschaft nicht begründen kann; auf der anderen Seite beschreibt es durchaus eine der Besonderheiten,

⁸⁹ Ablehnend dagegen *Urban* S. 214.

⁹⁰ Kritisch dagegen *Ransiek* S. 47 ff. sowie *Schroeder* JR 1995, 177, 178.

⁹¹ So auch *D. Bock* S. 298.

⁹² Vgl. *Conde, Roxin-FS*, S. 609 (621 ff.).

⁹³ Ähnlich *Brettell/Schneider* WiStR § 2 Rn. 61.

⁹⁴ Vgl. *MüKoStGB/Joeks* Rn. 132.

⁹⁵ BGH 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 (236); BGH 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 (296); BGH 6.11.2002 – 5 StR 281/01, BGHSt 48, 77 (91); BGH 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NStZ 2008, 89 (90). Keine Erwähnung findet das Merkmal in BGH 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331 (342); BGH 11.12.1997 – 4 StR 323/97, NStZ 1998, 568 (569); BGH 22.6.2000 – 5 StR 268/99, *wistra* 2000, 426 (429); BGH 3.7.2003 – 1 StR 453/02, BGH JR 2004, 245 (246); BGH 5.8.2009 – 5 StR 595/08, *wistra* 2009, 437.

⁹⁶ Vgl. *Schroeder* S. 120 ff.: „Eine solche Ausnutzung liegt dann vor, wenn die Ausführung der Absicht nur noch von einer Bedingung abhängt, die der Hintermann herbei führt. Mit der Kenntnis von dem festen Tatentschluss des anderen entfällt für den Hintermann die für den Teilnehmer typische Erfolgsunsicherheit, die Unterordnung unter fremden Tatentschluss.“

⁹⁷ *Ambos* GA 1998, 226 (229 f.); *Herzberg* S. 49; *Rotsch* S. 143; *ders.* ZStW 112 (2000), 518 (525 f.); *Roxin* JZ 1995, 49 (51); *ders.*, *Schroeder-FS* S. 387 (397); *Heinrich, Krey-FS* S. 147 (157) führt das Beispiel der Anheuerung eines Berufskillers an, welches eine klassische Anstiftung darstelle, wobei hier von unbedingter Tatbereitschaft ausgegangen werden kann.

die rechtsgelöste, hierarchisch organisierte Machtapparate aufweisen und insgesamt die Legitimation der Rechtsfigur sicherstellen, namentlich die pauschale Unterwerfung der Angehörigen des Apparates unter kriminelle Anweisungen der Führungspersonen.

Damit sichert dieses von der Rspr. teilweise herangezogene Merkmal also die nahezu **automatisch ablaufende Tatbegehung durch den Vordermann** und damit die Tatherrschaft des Hintermanns, die nach zutreffender Ansicht allerdings bereits ausreichend durch „Rechtsgelöstheit“ und „Fungibilität“ gewährleistet wird.⁹⁸

- 53 Nicht das Merkmal selbst ist daher inhaltlich kritikwürdig, sondern die Tatsache, dass es von der Rspr. teilw. angeführt, aber nicht ernsthaft mit den **Gegebenheiten der herkömmlichen Unternehmensdelinquenz** in Einklang gebracht wird. Dabei ist es (wie bereits erwähnt) selbst bei Annahme großer Dunkelfelder im Bereich der Wirtschaftskriminalität schwer vorstellbar, dass ein Vorgesetzter in der für dieses Merkmal erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass ein (beliebiger!) Mitarbeiter nach seiner Weisung straffällig würde.⁹⁹ Das gilt selbst dann, wenn man anerkennt, dass gegenüber der Begehung von den hier in Rede stehenden Vermögensdelikten im Vergleich zu Gewaltdelikten geringere Hemmschwellen bestehen¹⁰⁰ und sogenannte Neutralisierungstechniken die Tatbegehung zusätzlich erleichtern.¹⁰¹
- 54 **d) Fazit und Praxishinweis.** Bei aller Kritik kann die vom BGH exzessiv praktizierte Lösung wirtschaftsstrafrechtlicher Fallgestaltungen mit Hilfe der Figur der „mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ nicht ignoriert werden. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtspraxis dieser massiven Ausdehnung Einhalt gebietet und sich auf die ursprüngliche Funktion der Figur besinnt: Nur für den Bereich staatlicher Unrechtsregime sowie innerhalb krimineller Organisationsstrukturen ist diese Ausnahmeform des „Täters hinter dem Täter“ überzeugend.
- Ob man nun die vom BGH nicht klar übernommenen Voraussetzungen – Rechtsgelöstheit und Fungibilität des Ausführenden – oder grundlegende dogmatische Bedenken im Hinblick auf die Tatherrschaftslehre gegen die Anwendbarkeit ins Feld führt, ist aus praktischer Sicht allerdings nicht entscheidend. Das Hauptaugenmerk aus Sicht der Verteidigung muss eher auf die im Einzelfall vorliegenden tatsächlichen Gegebenheiten gerichtet sein. Eine genaue **Analyse der Unternehmensstruktur** mag die drohende Annahme von mittelbarer Täterschaft im Einzelfall erschüttern. Dabei können die Darlegung der Hierarchien, der Verantwortungsbereiche, der Funktionen sowohl der Mitarbeiter als auch des Führungspersonals innerhalb von Entscheidungsprozessen sowie die im Vorfeld erfolgte Implementierung von Compliance-Maßnahmen relevant werden.

III. Abs. 2, Mittäterschaft

- 55 **1. Grundlagen.** Die Mittäterschaft wird im Gesetz als „gemeinschaftliche“ Tatbegehung umschrieben. Dabei fungiert die einschlägige Vorschrift des § 25 Abs. 2 (insofern § 25 Abs. 1 Alt. 2 vergleichbar) als **Zurechnungsnorm**. Trotz fehlender vollständiger Erfüllung des Tatbestandes durch eine Person kann dennoch eine Bestrafung aus dem betreffenden Delikt erfolgen, sofern demjenigen der Tatbeitrag einer anderen Person gem. § 25 Abs. 2 zugerechnet werden kann. Dafür müssen die Voraussetzungen der Mittäterschaft – **gemeinsamer Tatplan und gemeinsame Tatausführung** – vorliegen.
- 56 **a) Gemeinsamer Tatplan.** Der **gemeinsame Tatplan** beinhaltet das Erfordernis einer wie auch immer garteten (ggf. auch nur konkludenten) Willensübereinkunft, eine hinreichend konkrete Straftat arbeitsteilig, dh „gemeinschaftlich“ im Sinne des Gesetzes begehen zu wollen. Das macht nach ganz hM irgendeine Form der **wechselseitigen Kommunikation** zwischen den potenziellen Mittätern erforderlich. Nicht ausreichend ist nach hM ein einseitiger Entschluss einer Person, sich an der Tatbegehung der anderen Person (ohne deren Kenntnis) zu beteiligen, sog **Einpassungsbeschluss**.¹⁰² Hier kommt lediglich **Beihilfe** zur Tat des anderen oder (sofern die Tatbestandsmerkmale vollständig verwirklicht werden) **Nebentäterschaft**¹⁰³ in Betracht.
- 57 Das Einvernehmen der Mittäter kann unstr. auch erst zu einem **späten Zeitpunkt**, also bei Beginn oder sogar noch während laufender Tatausführung geschehen. Umstr. ist allerdings, inwiefern eine **sukzessive Mittäterschaft** anzuerkennen ist, bei der auch bereits abgeschlossene Tatbeiträge dem später hinzutretenden

98 So zu Recht *Roxin GA 2012, 395 (412)*. Die inhaltliche Nähe der von *Roxin* und *Schroeder* entwickelten Kriterien betont *Rotsch S. 141*.

99 *Roxin AT II Rn. 129 ff.* Ähnlich *Rotsch NSTZ 1998, 491 (492)*.

100 So zutreffend *Brettel/Schneider WiStR § 2 Rn. 62*.

101 Dazu näher *Hefendehl GA 2004, 575 (582 ff.)*. Vgl. allgemein hierzu (und zu weiteren Problemen der Prävention von Wirtschaftsdelinquenz) *Kaspar* in: *Bannenbergh/Jehle, Wirtschaftskriminalität, S. 135 ff.*

102 S. dazu *Jakobs AT 21/43*.

103 S. dazu *Frister AT 25/1*.

Täter zugerechnet werden.¹⁰⁴ Der BGH bejaht diese Möglichkeit in (zu) weitem Umfang;¹⁰⁵ die Lit. sieht diese Figur skeptisch, was auf dem Boden der Tatherrschaftslehre konsequent ist. Denn bzgl. bereits abgeschlossener Merkmale (bspw. einer bereits vollzogenen Tötungshandlung) ist eine arbeitsteilige funktionelle Tatherrschaft des später Hinzukommenden nicht denkbar.¹⁰⁶ Die nachträgliche Billigung des bereits Geschehenen kann dieses objektive Täterschaftsmerkmal richtigerweise nicht ersetzen.¹⁰⁷

Eine wechselseitige Zurechnung von Tatbeiträgen erfolgt nur, soweit die Beteiligten sich mit ihren Aktionen **im Rahmen des Tatplans** halten. Geht ein einzelner Täter darüber hinaus, liegt ein Exzess vor, bei dem eine Verantwortung der übrigen Beteiligten als Mittäter ausscheidet.¹⁰⁸ Allerdings stellt nicht jede geringfügige Abweichung vom zuvor Vereinbarten einen Exzess dar; entscheidend ist, ob sich die Abweichung im Rahmen des von den Beteiligten nach der Lebenserfahrung zu Erwartenden halten.¹⁰⁹ Auch ist stets zu prüfen, ob eine (ggf. auch nur konkludente) **Erweiterung** des gemeinsamen Tatplans durch die Beteiligten vorgenommen wurde.

b) Gemeinsame Tatausführung. Welche Anforderungen an den **Tatbeitrag** des einzelnen Mittäters im Rahmen der gemeinsamen Tatausführung zu stellen sind, ist strittig. Zu dieser Frage lassen sich die oben erwähnten Abgrenzungstheorien von Täterschaft und Teilnahme heranziehen. Auch im Bereich der Mittäterschaft ist die in der Lit. überw. vertretene Tatherrschaftslehre gegenüber der Ansicht der Rspr. vorzugswürdig, die auch hier auf eine im Kern subjektive, am Täterwillen orientierte wertende Gesamtbetrachtung abstellt. Erforderlich ist richtigerweise ein substanzialer Tatbeitrag, der dem Handelnden sog **funktionelle Tatherrschaft**¹¹⁰ verleiht.

Ob dieser Tatbeitrag unmittelbar im **Ausführungsstadium** der Tat geleistet werden muss, ist innerhalb der Vertreter der Tatherrschaftslehre umstritten.¹¹¹ Teilweise wird vertreten, dass nur ein solcher Beitrag funktionelle Tatherrschaft verleihe; bloße Beteiligungen im Vorfeld der Tat (etwa durch einen die Tat planenden „Bandenchef“) könnten danach unabhängig von ihrem Gewicht nur als Anstiftung erfasst werden.¹¹² Demgegenüber will die wohl überw. Ansicht auch Beiträge in einem früheren Stadium genügen lassen, sofern sie ein solches Gewicht aufweisen, dass sie (wie im Beispiel des Bandenchefs) bis in das Ausführungsstadium weiterwirken und dieses entscheidend prägen. Das „Minus“ der Beteiligung im Ausführungsstadium werde dann durch das „Plus“ im **Vorbereitungsstadium** ausgeglichen.¹¹³ Vergleichbar zur Argumentation in Bezug auf die „Schreibtischtäter“ in Unrechtsregimen wird in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass die Annahme bloßer Anstiftung der zentralen Stellung eines Bandenchefs nicht gerecht werde.¹¹⁴

Auch die **Rspr.** verzichtet für die Annahme von Mittäterschaft auf eine Beteiligung am eigentlichen Tatgeschehen und lässt (auf der Grundlage ihrer gemischt subjektiv-objektiven Gesamtbetrachtung) auch Beiträge im Vorfeld genügen.¹¹⁵ Entscheidend soll sein, dass sich der Tatbeitrag nicht nur als Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der Tätigkeit aller darstelle. Generell wird auf den Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, den Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens den Willen zur Tatherrschaft abgestellt.¹¹⁶ Es liegt auf der Hand, dass diese **kumulative Würdigung** zT recht unbestimmter Kriterien keine klare Abgrenzung zu typischen Beihilfehandlungen ermöglicht.¹¹⁷

2. Besonderheiten im Wirtschaftsstrafrecht. a) Bestrafung von Leitungspersonen bei Unternehmensdelikten. Im Hinblick auf die Veranlassung, Förderung oder das pflichtwidrige Geschehenlassen von Unternehmensdelinquenz durch Angestellte wird im Ausgangspunkt zu Recht das Bedürfnis nach einer strafrechtlichen Ahndung von Leitungspersonen gesehen. Teilw. wird versucht, eine solche Verantwortlichkeit mit der Figur der **Mittäterschaft** zu begründen.¹¹⁸ Das ist allerdings dann problematisch, wenn dabei die herkömmlichen und weitgehend konsentierten Voraussetzungen der Mittäterschaft modifiziert werden.

104 Zum Folgenden s. näher *Kaspar* AT Rn. 523 ff.

105 Vgl. vor allem BGH 18.12.2007 – 1 StR 301/07, NStZ 2008, 280 mit zu Recht krit. Besprechung *Walter* NStZ 2008, 548.

106 *Roxin* AT II § 25 Rn. 227.

107 Vgl. BGH 12.8.2014 – 5 StR 264/14, NStZ-RR 2014, 338.

108 *Kaspar* AT Rn. 516 f.

109 BGH 19.3.2013 – 5 StR 575/12, NStZ 2013, 400; BGH 26.4.2012 – 4 StR 51/12, NStZ 2012, 563.

110 S. dazu ausführlich *Roxin* TuT S. 275 ff.

111 S. dazu *Roxin* AT II § 25 Rn. 198 ff.

112 *Roxin* AT II Rn. 198 ff.; *Krey/Esser* AT Rn. 969 ff.

113 *Rengier* AT § 41 Rn. 19.

114 *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 529.

115 BGH 29.1.2009 – 3 StR 540/08, NStZ-RR 2009, 199.

116 BGH 25.3.2010 – 4 StR 522/09, NStZ-RR 2010, 236. S. auch BGH, 24.9.2014 – 2 StR 276/14, NStZ-RR 2014, 375.

117 *Kaspar* AT Rn. 522.

118 Vgl. nur *BWM* AT § 29 Rn. 147.

- 62 So geht etwa *Schünemann*¹¹⁹ davon aus, dass die Einstufung als bloße Teilnahmehandlung¹²⁰ dem Gewicht des Tatbeitrages der Führungspersonen bei der Begehung von Unternehmensdelinquenz nicht gerecht werde. Dies belege auch die nun weithin erfolgte Akzeptanz der sogenannten Geschäftsherrenhaftung (s. → § 13 Rn. 30 ff.). In Anlehnung an die Grundgedanken dieses Modells aus dem Bereich der Unterlassungsdogmatik geht er von folgender Grundannahme aus: Die Leitungsperson sei einerseits **Unterlassungsbeteiligter**, andererseits leiste sie auch einen aktiven Beitrag in Form der **Anstifterhandlung**. In der **Kumulation** dieser beiden Aspekte stecke ein Gewicht, dem nur durch die Annahme von sog **Organisations-Mittäterschaft**¹²¹ adäquat begegnet werden könne; dagegen könne der aktive Beitrag allein eine Einordnung als mittelbare Täterschaft nicht rechtfertigen, soweit es sich um Unternehmensstrukturen handle, die sich insgesamt noch im Rahmen der Rechtsordnung bewegen (s. → Rn 39 ff.). Allerdings ist zweifelhaft, ob sich Anstiftung und Garantenstellung einfach zur Mittäterschaft aufaddieren lassen,¹²² zumal auf diese Weise die (zumindest in der Lit. überw. angenommenen) hohen Anforderungen der mittelbaren Täterschaft kraft **Organisationsherrschaft** als Grenze zwischen Täterschaft und Teilnahme des Anweisenden unterlaufen werden (s. → Rn 28 ff.).
- 63 Gegen die Annahme der Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 in derartigen Fällen wird zT die Grundkonzeption dieser Rechtsfigur angeführt: Die „gemeinschaftliche Tatbegehung“ sei von einer gleichrangigen bzw. **horizontalen Struktur** der Tatbeteiligten geprägt,¹²³ wohingegen die vorliegend in Rede stehenden Sachverhalte von einer **vertikalen Aufgabenverteilung** innerhalb eines Über- und Unterordnungsverhältnisses gekennzeichnet seien. Ein zwingendes Ausschlusskriterium ist damit allerdings kaum formuliert, da die verwendeten Begriffe einerseits nicht sehr trennscharf sind und nur eine grobe Kategorisierung der jeweiligen Organisationsstruktur erlauben. Entscheidend sind letztlich die **konkreten Verhältnisse**, die idR von einer Mischung aus horizontalen und vertikalen Strukturen geprägt sein werden. Hinzu kommt, dass es durchaus Fälle von Mittäterschaft geben kann, die von einer gewissen vertikalen Struktur geprägt sind, wie das (allerdings umstrittene, s. → Rn 59 f.) Beispiel der gemeinsamen Tatbegehung von „Bandenchef“ und einfachen Mitgliedern der Gruppierung zeigt. Entscheidend ist also nicht allein die „vertikale Struktur“, sondern der Umstand, dass in den Fällen der Unternehmensdelinquenz kraft Weisung von Leitungspersonen die oben erwähnten **allgemeinen Voraussetzungen des § 25 Abs. 2** regelmäßig nicht erfüllt sein werden.¹²⁴
- 64 Man könnte bereits das Vorliegen eines relevanten, funktionelle Tatherrschaft verleihenden **Tatbeitrages** der Leitungsperson im Ausführungsstadium bezweifeln. Dieser Einwand lässt sich etwas **entkräften**, wenn man im Sinne einer weiten Tatherrschaftslehre auch Vorfeldbeiträge für potenziell täterschaftsbegründend hält (s. → Rn 60). Es bleibt allerdings das Problem, dass anders als im Beispiel des „Bandenchefs“ der Tatbeitrag der anweisenden Leitungsperson im Unternehmen **regelmäßig weniger konkret ausgesprochen** und nur über mehrere Hierarchieebenen vermittelt wirksam werden wird.
- 65 Dieser Umstand spricht auch gegen die Annahme eines ausreichenden kommunikativen Aktes zwischen den Beteiligten als Grundlage eines **gemeinsamen Tatplans**.¹²⁵ Dass allein die Verbindung der Beteiligten aufgrund ihrer Unternehmenszugehörigkeit den ansonsten nötigen gemeinsamen Tatentschluss ersetzen könne, wie die Befürworter der Mittäterschaftslösung meinen,¹²⁶ ist demgegenüber zweifelhaft und begründungsbedürftig. Dagegen spricht, dass die Zugehörigkeit zu einem Wirtschaftsunternehmen (anders als die Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation) gerade keine generelle Bereitschaft zur Begehung von Straftaten bzw. zur Unterordnung unter kriminelle Anweisungen impliziert (zur entspr. Diskussion im Rahmen der mittelbaren Täterschaft s. → Rn 39 ff.).
- 66 Insgesamt erscheint eine **Modifikation der allgemeinen Voraussetzungen** der Mittäterschaft für das Handeln von Leitungspersonen **nicht angezeigt**. Vielmehr bietet sich auf der Grundlage der herkömmlichen Regeln der Mittäterschaft folgende Differenzierung an: Sofern die anweisende Leitungsperson in ausreichend konkreter und unmittelbarer Weise mit dem die Tat Ausführenden über die Begehung der Tat kommuniziert und dabei einen wesentlichen Tatbeitrag in Form exakter Vorgaben etc erbringt, kommt trotz der (nicht per se problematischen) vertikalen Beziehung der Beteiligten **Mittäterschaft** in Betracht. Das dürfte aber nicht der Realität üblicher Unternehmensdelinquenz entsprechen. Sofern die besonderen Voraussetzungen der Organisationsherrschaft in einem generell rechtsgelöst agierenden kriminellen „Unternehmen“ vorliegen, kommt ausnahmsweise **mittelbare Täterschaft** in Betracht (s. → Rn 28 ff.).

119 *Schünemann* BGH-FG, Bd. 4, 628 ff. sowie LK/*Schünemann* Rn. 132 ff.; s. auch *Conde*, Roxin-FS, S. 609 (623 ff.).

120 Vgl. *Rotsch* NSz 2005, 13 ff.

121 LK/*Schünemann* Rn. 173 und 186.

122 *Roxin* AT II Rn. 137, sieht die Lösung grundlegenden dogmatischen Bedenken ausgesetzt.

123 *Roxin* AT II Rn. 109; s. auch. *D. Bock* S. 305 f.

124 Vgl. *Roxin* GA 2012, 395 (404 f.).

125 *Urban* S. 252; *Kudlich/Oglakcioglu* Rn. 111; *D. Bock* S. 305 f.

126 MüKoStGB/*Joelckes* Rn. 152, 226 ff.; *Lampe* ZStW 119 (2007), 471 (508 ff.).

Im Übrigen bleibt es bei der (dann auch durchaus sachgerechten) möglichen Strafbarkeit der anweisenden Leitungsperson als **Anstifter**; dieser wird gem. § 26 „gleich dem Täter“ bestraft, so dass einem besonderen Gewicht des Beitrags der Leitungsperson bei der Strafzumessung ausreichend Rechnung getragen werden kann.¹²⁷ Erreicht die Anweisung der Leitungsperson den unmittelbar Ausführenden nur durch die **Vermittlung weiterer Personen** auf den jeweiligen hierarchischen Ebenen, liegt eine sog **Kettenanstiftung** vor,¹²⁸ die ohne Weiteres ebenfalls von § 26 erfasst ist.

b) **Mittäterschaft bei Gremienentscheidungen und fahrlässige Mittäterschaft.** Die Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises (vgl. → Vor § 15 Rn 25 ff.) bei Gremienentscheidungen in Bezug auf die dadurch beschlossene Begehung von Straftaten führten zur sog **Mittäterschaftslösung des BGH**. Den Anstoß zu diesen Überlegungen gab die **Lederspray-Entscheidung**,¹²⁹ bei der es um den von einem Gremium beschlossenen weiteren Vertrieb möglicherweise gesundheitsschädlicher Ledersprays sowie das Unterlassen eines Rückrufs bereits ausgelieferter Produkte ging. Der BGH hat hierbei die Frage der Kausalität des Abstimmungsverhaltens jedes einzelnen Gremiumsmitglieds aufgrund der Bejahung der wechselseitigen Zurechnung nach § 25 Abs. 2 unbeantwortet gelassen.

In der Literatur wird dieser Ansatz zum Teil sehr **kritisch** gesehen.¹³⁰ *Puppe* ist der Ansicht, dass die Argumentation des BGH ein Zirkelschluss sei.¹³¹ Denn ein kausaler Beitrag sei eine notwendige Bedingung, um eine Mittäterschaft überhaupt erst begründen zu können. Die mittäterschaftliche Zurechnung nach § 25 Abs. 2 setze nämlich einen wesentlichen Tatbeitrag voraus, der ohne vorherige Bejahung von Kausalität nicht festgestellt werden könne.¹³² *Hoyer* sieht die Gefahr, dass die Haftungsvoraussetzungen „Kausalität und Täterschaft in ein falsches Verhältnis zueinander geraten“.¹³³

Dem wird jedoch wiederum entgegengehalten, dass die Mittäterschaft nur irgendeinen Tatbeitrag erfordere, dieser müsse aber nicht zwingend kausal sein.¹³⁴ Der Handelnde müsse mit seinem Tatbeitrag lediglich „eine wesentliche, rollenbedingte Funktion innerhalb des Tatplans ausüben“.¹³⁵ Der Zweck der Zurechnung nach § 25 Abs. 2 sei ua, eine genaue Ausdifferenzierung der einzelnen Tatbeiträge obsolet zu machen. In der Tat stellt sich die Frage, ob Mittäterschaft wirklich nur dann in Betracht kommt, wenn sich jeder Tatbeitrag ex post betrachtet als *conditio sine qua non* erweist.¹³⁶ Man kann dies mit guten Gründen bestreiten und auch Tatbeiträge genügen lassen, die sich ex ante als im Rahmen des Tatplans **erheblich** darstellen.

Genau dies wird von manchen auch im Bereich der sog **additiven Mittäterschaft**¹³⁷ angenommen. Ein viel zitiertes Beispiel sind zwei Schützen, die an beiden Seiten eines Flusses auf das spätere Opfer lauern, das dann (wie von vornherein zu erwarten war) nur von einem der beiden Täter tödlich getroffen wird. Diese Fälle sind gerade von einem fehlenden Nachweis des Kausalzusammenhanges beider Beiträge gekennzeichnet; ex post betrachtet wurde nur der Schuss des einen Täters kausal für den Tod. Bei Bejahung von Mittäterschaft findet in der Sache nichts anderes statt als eine Zurechnung des für den tatbestandlichen Erfolg maßgeblichen kausalen Verhaltens des anderen Beteiligten bei gleichzeitigem Verzicht auf eigenes ursächliches Handeln des Betroffenen.

Darüber hinaus wurde der Lösungsansatz des BGH dahingehend kritisiert, dass gerade innerhalb des Problemkreises der strafrechtlichen Produkthaftung häufig **Fahrlässigkeitsdelikte** im Raum stünden, bei denen eine Lösung über die Annahme von Mittäterschaft nicht in Betracht käme. Denn in Bezug auf diese Delikte wird von der wohl noch hM¹³⁸ die Möglichkeit einer mittäterschaftlichen Begehung und damit einer Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 abgelehnt.¹³⁹ Begründet wird dies insbes. mit Hinweis auf die subjektive Vor-

127 S. prägnant *D. Bock* S. 296: „Schreibtischtäter finden auch als Schreibtischanstifter ihre Strafe“.

128 *Dazu Frister AT 25/7*.

129 BGH 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 ff.

130 *Rotsch* wistra 1999, 321 (325 ff.); *Samson* StV 1991, 182 (184).

131 *Puppe* JR 1992, 30 (32).

132 *Hoyer* GA 1996, 160 (173).

133 *Hoyer* GA 1996, 160 (173).

134 Hierzu und im Folgenden *Beulke/Bachmann* JuS 1992, 737 (743). Vgl. auch *Hilgendorf* NStZ 1994, 561 (563) sowie *GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein* Rn. 129.

135 *Beulke/Bachmann* JuS 1992, 737 (743).

136 Ausdrücklich ablehnend *Frister AT 25/17*; s. auch umfassend *Knauer* S. 133 ff.

137 *Renzikowski* S. 255 ff. mwN; *Knauer*, S. 131 mwN; s. auch *Roxin AT II* Rn. 230: es liege hier nicht ein Ineingreifen der Beiträge vor, vielmehr bestehe die Besonderheit darin, dass eine Anhäufung der Tatbeiträge zu einer erhöhten Chance der Erfolgsverwirklichung führe.

138 *Botke* GA 2001, 463 (473 ff.); *Deutscher/Körner* wistra 1996, 327 (333); *Jescheck/Weigend AT* S. 676 f.; *Walder*, Spindel-FS, S. 363 (366); *Weißer*, S. 144 ff.; *Beulke/Bachmann* JuS 1992, 737 (743); *Hoyer* GA 1996, 160 (173). Generell ablehnend auch *BMW AT* § 29 Rn. 90 f., die aber für den Fall vorsätzlicher gemeinschaftlicher Pflichtverletzungen eine fahrlässige Mittäterschaft nicht prinzipiell ausschließen.

139 Überblick über den Streitstand bei *Roxin AT II* § 25 Rn. 239.

aussetzung des § 25 Abs. 2: Selbst bei Zugrundelegung der geringsten Anforderungen an den gemeinsamen Tatentschluss sei eine Bejahung dieses Erfordernisses bei fahrlässiger Deliktsbegehung undenkbar.¹⁴⁰

- 73 Überzeugend ist das nicht. Vielmehr ist mit einer im Vordringen befindlichen Ansicht die Möglichkeit fahrlässiger Mittäterschaft zu bejahen.¹⁴¹ Der Wortlaut des § 25 Abs. 2 spricht nur von einer „gemeinschaftlichen“ Tatbegehung. Wenn man darunter „ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken“ versteht, kann ein solches ohne weiteres auch hinsichtlich eines gemeinsam beschlossenen Verstoßes gegen Sorgfaltspflichten vorliegen.¹⁴² Daher ist es auch nicht überraschend, dass die Stimmen in der Lit., die eine Ausweitung der Zurechnungsnorm auf den Bereich der Fahrlässigkeit ablehnen, ganz überwiegend nicht mit dem Wortlaut der Norm argumentieren.¹⁴³
- 74 Um eine Ausuferung der Fälle gegenseitiger Zurechnung von Sorgfaltspflichtverletzungen zu vermeiden, gilt es allerdings, für die Annahme fahrlässiger Mittäterschaft **begrenzende Kriterien** zu schaffen.¹⁴⁴ Weitgehend Einigkeit besteht hinsichtlich des zu fordernden objektiven Elements eines Verstoßes gegen **gleichgerichtete Sorgfaltspflichten**.¹⁴⁵ Kernpunkt der Diskussion ist die Ausgestaltung des subjektiven Merkmals.¹⁴⁶ Die Vorschläge reichen dabei von einem „bewussten Zusammenwirken“ bis hin zu einem Tatentschluss, der in spezifischer Weise auf die gemeinsame Sorgfaltspflichtverletzung bezogen¹⁴⁷ sein muss. Zum Teil verlangt man die gegenseitige Zusage von wesentlichen Tatbeiträgen sowie die Motivationskraft dieser Zusagen, um zu dem jeweils eigenen Tatbeitrag bereit zu sein,¹⁴⁸ was auch als Bestärken des jeweiligen Handelns umschrieben wird.¹⁴⁹ Letzteres erscheint aber zu restriktiv; wenn sich ein zumindest im Wege der psychisch vermittelten Kausalität verstärkender Einfluss auf das jeweilige Handeln des anderen nachweisen lässt, bedarf es einer Zurechnung von dessen Handeln ohnehin nicht, vielmehr ließe sich dann eine eigene fahrlässige (Neben-)Täterschaft von beiden Beteiligten begründen. Richtigerweise genügt ein **auf gemeinsames sorgfaltspflichtwidriges Handeln gerichteter Tatentschluss** für die Annahme fahrlässiger Mittäterschaft.

140 S. nur GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 130; Bottke GA 2001, 474; Puppe GA 2004, 129 ff.

141 S. nur Otto JURA 1990, 47 ff.; Hilgendorf NStZ 1994, 561 ff.; Brammsen JURA 1991, 533 ff.; Knauer S. 190 ff.; Roxin AT II § 25 Rn. 242 sowie Kaspar AT Rn. 914 ff. jeweils mwN.

142 Vgl. Schaal S. 209 f.

143 Vgl. etwa BMW AT § 22, Rn. 74. Dagegen geht Bottke GA 2001, 463 (467 f.) von einer Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut aus.

144 Vgl. Pfeiffer JURA 2004, 519 (524).

145 Vgl. etwa Weisser JZ 1998, 230 (236); Pfeiffer JURA 2004, 519 (525); MüKoStGB/Joelckes Rn. 240; Knauer S. 195 f.; Roxin AT II § 25 Rn. 242, LK/Schünemann Rn. 217; Weiser JZ 1998, 236 f.; Schönke/Schröder/Heine/Weiser Vor § 25 ff. Rn. 115; Otto JURA 1990, 47 (49).

146 S. dazu die Nachweise bei Knauer S. 192 ff., der selbst auf ein subjektives Element verzichtet.

147 Schaal S. 226.

148 Vgl. Renzikowski S. 283 f.; Kamm S. 196 ff.; Brammsen JURA 1991, 537; Kamm S. 196 ff. Lampe ZStW 106 (1994), 683 (692 f.); Lesch GA 1994, 112 (119 ff.); Otto JURA 1990, 47; ders., Spindel-FS, S. 271 (281 ff.); Schumann StV 1994, 106 (110 f.); Weiser JZ 1998, 230 (239).

149 MüKoStGB/Joelckes Rn. 284.