

<b>Herausgeber</b>
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
<b>Schriftleitung</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Redaktion (national)</b>
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Frank Zimmermann
<b>Redaktion (international)</b>
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
<b>Webmaster</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung</b>
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Lektorat fremdsprachiger Beiträge</b>
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
<b>Internetauftritt</b>
René Grellert
<b>ISSN</b>
2750-8218

4/2022  
1. Jahrgang

S. 323-387

## Inhalt

### AUFSÄTZE

#### Strafrecht

Bemerkungen zur „präventiven“ Triage und zur „ex-post“-Triage  
Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 323

The Emergence and Development of the Organisational Perpetration Theory in the Latin American Case Law since the Latter Half of the Twentieth Century  
By Attorney-at-law Jan-Willem Prügel, MSt (Cantab), Düsseldorf 329

Gewinnerzielung als übergeordnetes gemeinsames Interesse einer Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB  
Zur Frage der Anwendbarkeit des § 129 StGB im Zusammenhang mit einer kriminellen wirtschaftlichen Betätigung – zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21  
Von Wiss. Mit. Judith Marina Heil, Wiss. Mit. Antonia Vogt, Universität Osnabrück 350

Rechtshilfe bei instrumentalisierten oder durch Korruption beeinflussten Strafverfahren  
Prinzipien der schweizerischen Rechtshilfe auf dem Prüfstand  
Von RA Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), St. Gallen,  
RAin PD Dr. iur. Madeleine Camprubi, Zürich 361

### ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

#### Strafrecht

KG, Beschl. v. 6.11.2020 – 5 Ws 193/20  
(Zur gerichtlichen Zuständigkeit für die Entscheidung, ob die Vollstreckung des Rests einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden soll in Fällen, in denen ein Amts- oder Landgericht eine nachträgliche Gesamtstrafe mit der von einem Oberlandesgericht verhängten Strafe gebildet hat)  
(Dr. Tarig Elobied, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Berlin) 371

### BUCHREZENSIONEN

#### Strafrecht

Carsten Stahn, Justice as Message, Expressivist Foundations of International Criminal Justice, 2020  
(Leon Möller, Berlin) 380

Martin Heuser, Zur Positivität des Rechts in der kritischen Naturrechtslehre Immanuel Kants, Eine Studie zum metaphysischen Begriff des provisorisch-rechtlichen Besitzes, 2020  
(Dr. Wolfgang Staudinger, Weißenburg) 385

# Bemerkungen zur „präventiven“ Triage und zur „ex-post“-Triage

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam\*

*Mit ähnlich rasender Geschwindigkeit wie das Coronavirus sich ausbreitet, hat der Begriff der „Triage“ einen Spitzenplatz in der Rangliste der Lieblingsthemen strafrechtswissenschaftlicher Publikationen errungen. Die Zahl der Aufsätze, in denen über die strafrechtliche Behandlung der „ex ante“- , „ex post“- und „präventiven“ Triage informiert wird, ist beachtlich. Über vieles herrscht Konsens, z.B. die Relevanz der „Pflichtenkollision“ für die „ex ante“-Triage. Deutlich sind inzwischen auch die Akzente der kontroversen Debatte um die „ex post“-Triage herausgearbeitet. Eher ein Schattendasein fristet die „präventive“ Triage. Der vorliegende Beitrag setzt Bekanntes weitgehend voraus und möchte der Diskussion einige Denkanstöße hinzufügen, die nach meiner Beobachtung noch nicht (genügend) thematisiert wurden.*

## I. Einführung

Sofern die Pandemielage die Praxis der Triage notwendig werden lässt, ist nach gegenwärtigem Stand der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis die Konstellation der „ex ante“-Triage für das medizinische Personal die rechtlich vorteilhafte Situation. Die Nichtbehandlung von Patienten ist unter den Voraussetzungen der „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ rechtmäßig.<sup>1</sup> Faktisch müssen die potentiellen Adressaten strafrechtlicher Triage-Urteile also danach streben, ihre Entscheidungen und deren Vollzüge in einen „ex ante“-Rahmen zu stellen. Präventive Triage und ex-post-Triage muss möglichst vermieden werden, weil diesen Konstellationen ungünstigere strafrechtliche Bewertungen zugeschrieben werden. Allerdings wird das in dem lebhaften Austausch der Meinungen nicht einhellig konsentiert. Zunehmend Anhänger findet die Auffassung, ex-post-Triage unterliege denselben Regeln wie ex-ante-Triage. Zur präventiven Triage wird dies – soweit ich sehe – noch nicht vorgeschlagen. Die meisten Beiträge gehen auf präventive Triage nicht ein.

## II. Präventive Triage

### 1. Abgrenzung ex-ante-Triage und präventive Triage

Über die präventive Triage wird verglichen mit den ex-ante- und ex-post-Versionen wenig diskutiert. In einem an Studierende adressierten didaktischen Beitrag beschreiben die Autoren *Thomas Rönnau* und *Kilian Wegner* die präventive Triage folgendermaßen: Einem in die Klinik eingelieferten Patienten wird die Behandlung verweigert, um dadurch Behandlungskapazitäten für potentielle Patienten mit hoher Überlebenswahrscheinlichkeit freizuhalten. Es besteht noch keine Konkurrenz mit einem konkreten anderen Patienten. Daher könne die Nichtbehandlung des Patienten (noch) nicht den Regeln der rechtfertigenden Pflichtenkollision unterstellt

werden.<sup>2</sup> Diese rechtliche Schlussfolgerung ist richtig. Pflichtenkollision setzt mindestens zwei aktuell miteinander kollidierende (Handlungs-)Pflichten voraus. Daran fehle es. Eine Behandlungspflicht bestehe nur gegenüber dem einen Patienten, dem sie verweigert wird. Kein weiterer Patient „konkurriere“ mit ihm um die knappen Behandlungsressourcen. Die entscheidende Frage ist also, ab wann eine „Konkurrenz“ mit einem zweiten Patienten entsteht. Sicher haben die Autoren den Fall vor Augen, dass der „potentielle“ Patient noch nicht in die Klinik, wo die Behandlung stattfinden könnte, eingeliefert worden ist. Aber ist das ein valides Abgrenzungskriterium? Zwar mag die strengere Garantenpflicht (§ 13 StGB) erst mit der Abholung des Patienten mittels Krankentransporter oder gar erst mit dem Erreichen des Notaufnahmebereichs der Klinik entstehen.<sup>3</sup> Eine allgemeine Hilfeleistungspflicht im Sinne des § 323c Abs. 1 StGB ist jedoch schon früher möglich, sie wächst gewissermaßen synchron mit der Erkrankung, die für den Betroffenen ein „Unglücksfall“ ist.<sup>4</sup> Erfährt der Arzt, dass in einem Seniorenheim im Einzugsbereich seiner Klinik mehrere betagte Menschen plötzlich schwere Covid-Symptome zeigen und der soeben eingelieferte Patient bei direktem Vergleich mit jenen möglicherweise schlechter abschneidet, kann die Frage einer Pflichtenkollision im Raum stehen. Wie diese letztendlich zu beantworten ist, sei dahingestellt. Der Vorfrage, ob es sich schon um die Situation einer ex ante-Triage handelt, kann man sich jedenfalls in Grenzfällen nicht entziehen. Zur Entlastung des medizinischen Personals bietet es sich an, der „stärkeren“ Garantenpflicht des § 13 StGB grundsätzlichen Vorrang gegenüber der „schwächeren“ Hilfeleistungspflicht des § 323c Abs. 1 StGB einzuräumen.<sup>5</sup> Dann bleibt es im Ergebnis dabei, dass es unzulässig ist, eine Behandlung zu verweigern, um das Intensiv-Bett für einen Patienten freizuhalten, der noch gar nicht in die Nähe der Klinik gekommen ist. Die Unterlassene Hilfeleistung gegenüber dem später eintreffenden Patienten ist wegen Unzumutbarkeit nicht strafbar.

### 2. Ex-post-Triage und präventive Triage

Teilt man den Standpunkt der Mindermeinung,<sup>6</sup> wonach auch die Durchführung einer ex post-Triage nicht dem strengeren Rechtfertigungs-Reglement des rechtfertigenden Notstands, sondern der großzügigeren Pflichtenkollision zu unterwerfen sei, könnte dies auch auf die rechtliche Bewertung einer

\* Der Verf. ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> *Engländer*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, S. 111 (118); *Sowada*, NSTZ 2020, 452 (453).

<sup>2</sup> *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1401); *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 286; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (407); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (630, Fn. 42); *Waßmer*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, 2021, S. 341 (343).

<sup>3</sup> *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627.

<sup>4</sup> *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 323c Rn. 58.

<sup>5</sup> *Mitsch*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 249 (261).

<sup>6</sup> Dazu unten III.

„präventiven“ Triage ausstrahlen.<sup>7</sup> Präventive Triage wäre gewissermaßen die Antizipation und zugleich Vermeidung einer später notwendig werdenden ex post-Triage.<sup>8</sup> Die zugrundeliegende These lautet: Wenn es erlaubt ist, eine schon begonnene Behandlung wieder abzubrechen, dann muss es auch erlaubt sein, von vornherein die Aufnahme der Behandlung zu verweigern. Dazu ein Vergleich, der vielleicht als an den Haaren herbeigezogen empfunden wird: Nach § 218a Abs. 3 StGB ist der Abbruch einer auf einem Sexualverbrechen beruhenden Schwangerschaft gerechtfertigt.<sup>9</sup> Vor 30 Jahren stellte *Herbert Tröndle* die These auf, ein Arzt, der einem noch nicht 14-jährigen Mädchen, von dem er weiß, dass es Geschlechtsverkehr mit einem erwachsenen Mann hat, Verhütungsmittel verschreibt, mache sich wegen Beihilfe zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176, 27 StGB) strafbar.<sup>10</sup> Dem kann man aber entgegenen, dass die Verhütung zwecks Verhinderung einer Schwangerschaft, deren Abbruch gerechtfertigt wäre, nicht ihrerseits rechtswidrig sein kann. Denn der Schwangerschaftsabbruch scheint ja sogar der härtere Eingriff zu sein, sodass sich fast ein Erstrecht-Schluss aufdrängt. So könnte man auch bei der Triage argumentieren: Wenn die spätere ex post-Triage gerechtfertigt wäre, muss die präventive Triage, welche dem Behandlungsabbruch vorgreift und ihn somit verhindert, ebenfalls gerechtfertigt sein. Allerdings besteht zwischen den Situationen der präventiven und der ex post-Triage ein Unterschied, der einer normativen Angleichung entgegensteht. Im Fall der ex post-Triage ist die Kollisionslage aktuell, im Fall der präventiven Triage potentiell. Der Abbruch der Behandlung des einen Patienten hat die Aufnahme der Behandlung des anderen Patienten postwendend zur Folge. Das frei gewordene Bett bleibt nicht frei. In der Situation der präventiven Triage ist der kollidierende Behandlungsbedarf noch nicht gegenwärtig. Präventive Triage ist daher mit dem Risiko behaftet, dass aus Gründen, die sich dem Einfluss der behandelnden Ärzte entziehen,<sup>11</sup> die Einlieferung eines Patienten mit höherer Behandlungsbedürftigkeit unterbleibt. Verwirklicht sich dieses Risiko, wird die Nichtbehandlung des ersten Patienten, die diesen möglicherweise das Leben kostet, nicht durch die Rettung eines anderen Patienten kompensiert. Daraus folgt, dass in der Abwägung, die zwischen den Behandlungsinteressen des eingelieferten und des noch nicht eingelieferten Patienten vorzunehmen ist, das überwiegende Interesse bei dem schon behandelten Patienten liegen muss (s.o. 1.). Die bloße (noch unkonkrete) Chance, durch Freihaltung – bzw. aus der Perspektive des unbehandelten Patienten: Vorenthaltung – der vorhandenen Behandlungskapazität einen höher-

wertigen Rettungserfolg zu ermöglichen, reicht nicht aus, um die Unterlassung gegenüber dem Patienten, mit dem immerhin bereits ein Krankenhausaufnahmevertrag geschlossen wurde, zu rechtfertigen. Außerdem ist zu bedenken, dass der erste Schritt „Rechtfertigung der präventiven Nichtbehandlung“ den zweiten Schritt „Rechtfertigung des präventiven Behandlungsabbruchs“ nach sich ziehen könnte. Wenn schon das Freihalten eines Bettes erlaubt ist, um einen künftigen Patienten versorgen zu können, warum dann nicht auch das „Freimachen“? Dies zu rechtfertigen wäre konsequent, aber inakzeptabel.

### III. Ex-post-Triage

#### 1. *Pacta non sunt servanda*

Der Eindruck ist wohl nicht ganz falsch, dass in Deutschland die Diskutanten in der Triage in erster Linie, vielleicht sogar ausschließlich, ein ethisches, verfassungsrechtliches und strafrechtliches Problem sehen.<sup>12</sup> Das Zivilrecht, das für die rechtlichen Beziehungen zwischen den Einrichtungen des Gesundheitswesens, dessen Personal und den Patienten gewiss von erheblicher Bedeutung ist, kommt jedenfalls in den Texten nicht oder nur marginal vor. Dass sich das Vertrauen eines bereits beatmeten Patienten in die Fortsetzung der lebensrettenden Behandlung nicht auf die Pflichtenstellung des Arztes, auf die es „im strafrechtlichen Kontext“ allein ankomme, auswirke,<sup>13</sup> ist eine steile These. Als ob Strafrecht völlig unakzessorisch autonom werten und dabei die zivilrechtlichen Bezüge des Falles ignorieren könne. In Wahrheit fordert vor allem die ex post-Triage, die nach Ansicht einiger Strafrechtswissenschaftler rechtlich nicht anders zu behandeln sei als die ex ante-Triage, zur Beantwortung vertragsrechtlicher Fragen heraus. Jedenfalls wäre die Evaluation des in einem strafrechtlichen Kontext von einer Strafrechtswissenschaftlerin geäußerten Satzes durch einen Experten des Zivilrechts wünschenswert: „Der Anschluss an den Respiратор versetzt den Betreffenden nicht in eine gesicherte Rechtsposition, aus der zu verdrängen er gegenüber jedem Dritten ein Abwehrrecht aufweist.“<sup>14</sup> Auch die von derselben Autorin gestellte Frage, auf welche Grundlage sich das Vertrauen des behandelten Patienten in die Aufrechterhaltung der einmal begonnenen Behandlung stützen ließe,<sup>15</sup> kann möglicherweise einfach mit der zivilrechtlichen Auskunft „auf den Vertrag“ beantwortet werden. Es bedarf keiner Erklärung, dass die Behandlung des Corona-Patienten auf der Intensivstation kein Geschehen in einem zivilrechtsfreien Raum ist. Selbst ohne einen zugrundeliegenden Vertrag setzten die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag einen Rahmen, innerhalb dessen auch die Antwort auf die Frage zu finden ist, ob eine begonnene Behandlung abgebrochen werden darf und – sollte das zu verneinen sein – welche schadensrechtlichen Konsequenzen aus einem unzulässigen Abbruch resul-

<sup>7</sup> *Aebi-Müller*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 9 (31): „stille Triage“.

<sup>8</sup> *Bormann*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 109 (120); *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 165 (181).

<sup>9</sup> *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 218a Rn. 7.

<sup>10</sup> *Tröndle*, MedR 1992, 320 (321).

<sup>11</sup> Der Patient ist verstorben, in eine andere Klinik eingeliefert, lehnt eine Behandlung ab, usw.

<sup>12</sup> *Kubiciel*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 217 ff.

<sup>13</sup> *Rostalski*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 265 (281).

<sup>14</sup> *Rostalski* (Fn. 13), S. 280; ähnlich *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (135).

<sup>15</sup> *Rostalski* (Fn. 13), S. 281.

tierten. Aber die Behandlung erfolgt im Regelfall auf Grundlage eines Vertrages, den der Patient oder ein für ihn handelnder Stellvertreter mit dem Krankenhaus geschlossen hat.<sup>16</sup> Dass dieser Vertrag auch Klauseln über eine vorzeitige Beendigung der Behandlung zur Befriedigung eines dringenden<sup>17</sup> Behandlungsbedarfs gegenüber einem nachrückenden Patienten enthält, ist mit Blick auf den aktuellen Stand der Debatte über die ex post-Triage zu bezweifeln.<sup>18</sup> In einen zivilrechtlichen Kontext gestellt, erinnert das bewusst zuspitzende Bild von *Sowada* des in der Notaufnahme aufgehängten Schildes an die Notwendigkeit einer AGB-Prüfung nach §§ 307 ff. BGB, insbesondere § 308 Nr. 4 BGB.<sup>19</sup> Dem hiesigen Verfasser mit seinen oberflächlichen zivilrechtlichen Kenntnissen fällt es schwer sich vorzustellen, dass nach geltendem Recht ein Patient im Angesicht des Todes sich rechtswirksam auf einen Vertrag mit derartigen Inhalten einlassen kann. Als rechtliches Instrument zur legalen Einstellung der vertraglich zugesagten ärztlichen Leistungen kommt also wohl nur eine außerordentliche Kündigung<sup>20</sup> in Betracht. Möglicherweise ist § 627 Abs. 2 BGB, der gem. § 630b BGB auf Behandlungsverträge Anwendung findet, dafür eine tragfähige Grundlage.<sup>21</sup> Schon hier sei aber darauf hingewiesen, dass der erforderliche „wichtige Grund“ (§ 627 Abs. 2 S. 1 BGB) sicher nicht vorliegt, wenn die Konkurrenzsituation der beiden involvierten Patienten ein „Patt“ ist, die kollidierenden Behandlungsbedarfe also „gleichrangig“ sind. Nach den Regeln der Strafbarkeit ausschließenden rechtfertigenden Pflichtenkollision würde Gleichrangigkeit aber ausreichen, um die Entscheidung für den Abbruch der Behandlung zu rechtfertigen. Darauf wird zurückzukommen sein (unten 2.).

## 2. Behandlungsabbruch bei gleichem Score

Die rechtliche Ungleichbehandlung von ex ante-Triage und ex post-Triage liegt „neben der Sache“. So sieht es – neben einigen anderen – *Frauke Rostalski*. Nun könnte man ein wenig sticheln und vorschlagen, dann behandle man eben beide Varianten nach den Regeln des rechtfertigenden Notstands. Aber das will nicht nur *Frauke Rostalski* nicht, sondern auch alle anderen, einschließlich des Verfassers. Die ex

ante-Triage muss der rechtfertigenden Pflichtenkollision unterstellt bleiben, weil sonst – „Buridans Esel“ – gar keine Behandlungen mehr rechtlich möglich wären.<sup>22</sup> Also muss die Gleichbehandlung umgekehrt hergestellt werden, die ex post-Triage muss nach den Grundsätzen der Pflichtenkollision gewürdigt werden. So soll es nach dem Willen der Vertreter der Mindermeinung sein. Denn für die Verantwortlichkeit des Arztes mache es keinen Unterschied, ob sich „seine alternative Pflicht auf die Vornahme von Handlungen bzw. einer Handlung oder einer Unterlassung bezieht.“<sup>23</sup> Diese Behauptung impliziert allerdings eine *petitio principii*, da erst einmal geklärt werden muss, ob der Arzt überhaupt eine zweite – alternative – Pflicht zur Behandlung des zweiten Patienten hat, wenn deren Erfüllung nur über den Abbruch der Behandlung des ersten Patienten ermöglicht werden kann. Unten wird darzulegen sein, dass der Prämisse das Hindernis der „rechtlichen Unmöglichkeit“ entgegensteht. Alle Schlussfolgerungen sind daher hinfällig. Dennoch soll an dieser Stelle einmal davon ausgegangen werden, dass zwei miteinander kollidierenden Behandlungspflichten existieren. Die eine kann der Arzt dadurch erfüllen, dass er die begonnene Behandlung des Patienten einfach fortsetzt. Die andere Pflicht kann er erfüllen, indem er die begonnene Behandlung abbricht und anschließend den zweiten Patienten behandelt. Wenn Maßstab für die Zulässigkeit dieses Vorgehens die rechtfertigende Pflichtenkollision sein soll, muss der Arzt die Behandlung des ersten Patienten zugunsten des zweiten Patienten selbst dann abbrechen dürfen, wenn dieser nach allen relevanten Kriterien den gleichen „score“ hat, wie jener. Die Pflichtenkollision rechtfertigt die Unterlassung einer Pflichterfüllung schon bei Gleichrangigkeit der Pflichten. Es wäre interessant zu erfahren, ob die Befürworter der Anwendung der Pflichtenkollision auf die ex post-Triage das wirklich wollen.<sup>24</sup> *Elisa Hoven* beispielsweise erwähnt in einem Aufsatz in den entscheidenden Passagen den „Menschen mit deutlich besseren Erfolgchancen“<sup>25</sup> sowie den „Patienten mit der höheren Lebenserwartung“.<sup>26</sup> Damit kann man eventuell schwankende Zeitgenossen aus dem Lager der herrschenden Meinung zu einem Seitenwechsel verlocken. Aber wie ist es mit dem Menschen mit „gleich guten“ Erfolgchancen und dem Patienten mit „gleicher Lebenserwartung“? Da wird vielleicht auch bei der Autorin und ihren Mitstreitern ein

<sup>16</sup> *Hilgendorf* (Fn. 8), S. 177: Zustandekommen des Vertrages mit Einlieferung in das Krankenhaus.

<sup>17</sup> Ob selbst ein „gleichrangiger“ Behandlungsbedarf den Abbruch rechtfertigt, wird unten zu klären sein.

<sup>18</sup> *Hörnle*, in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Fn. 1), S. 149 (165): Mangel an Rechtssicherheit.

<sup>19</sup> *Sowada*, in: *Hilgendorf/Hoven/Rostalski* (Fn. 2), S. 293 (315): „Wir bemühen uns nach Kräften um Ihre Gesundheit, doch gilt dies nur unter dem Vorbehalt, dass die hierfür eingesetzten Ressourcen nicht bei anderen Patienten einen höheren Nutzen versprechen.“

<sup>20</sup> Das dürfte eine vertragsinhaltsbezogene „Änderungskündigung“ sein, da für eine vollständige Auflösung des Vertragsverhältnisses auch in Triagesituationen kein Grund besteht; *Sowada*, *NStZ* 2020, 452 (453).

<sup>21</sup> *Sowada* (Fn. 19), S. 314: „einseitige Befugnis zur Aufkündigung der Garantenstellung durch den Arzt“.

<sup>22</sup> *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (630).

<sup>23</sup> *Rostalski* (Fn. 13), S. 280; ebenso *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (135); *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (453).

<sup>24</sup> So offenbar *Ast*, in: *Hilgendorf/Hoven/Rostalski* (Fn. 2), S. 77 (82).

<sup>25</sup> *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (452); vgl. auch *Jäger* (Fn. 2), Rn. 285: „deutlich günstiger“, „bessere Aussichten“; *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151 (156): „wesentlich höhere Überlebenschancen“, „wesentlich bessere Behandlungschancen“; *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (446): „Schwerstkranken mit besseren Aussichten“; noch drastischer *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (135): Überlebenswahrscheinlichkeit von 20 % versus Überlebenswahrscheinlichkeit von 80 %.

<sup>26</sup> *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (453).

Kampf mit dem Rechtsgefühl auszutragen sein. Rechtsgefühl mag ein schwacher Ratgeber sein, den man nicht allzu ernst nehmen muss. In der Tat! Deshalb noch einmal zurück zum Zivilrecht: Kann das wirklich richtig sein, dass gem. § 627 Abs. 2 S. 1 BGB ein Krankenhausträger den Behandlungsvertrag mitten in der Intensivbehandlung aus „wichtigem Grund“ fristlos kündigen darf, wenn das Beatmungsgerät für einen anderen Patienten benötigt wird, bei dem die Erfolgschancen und die Lebenserwartung nicht besser, sondern ebenso gut bzw. schlecht sind? Es ist gewiss nicht richtig, denn „wichtig“ ist ein Grund, wenn er einem „überwiegenden Interesse“ an der Beendigung der vertraglichen Beziehung korrespondiert, wenn dem kündigungswilligen Partner die Aufrechterhaltung der Beziehung nicht zuzumuten ist, § 626 Abs. 1 BGB. Für ein Überwiegen des Interesses genügt es aber keineswegs, dass der Heil- und Rettungserfolg, der durch den Abbruch einer begonnenen Behandlung ermöglicht wird, dem Heil- und Rettungserfolg gleichwertig ist, der durch den Behandlungsabbruch vereitelt wird.<sup>27</sup> Wieso soll dem Arzt die Weiterbehandlung seines Patienten nicht mehr zumutbar sein, wenn die Aufnahme der Behandlung des anderen Patienten ebenso unzumutbar wäre? Letzteres ist ja die Konsequenz der Gleichwertigkeit der konkurrierenden Behandlungspflichten. Damit wäre man wieder bei „Buridans Esel“ angelangt.

Auch im Lager derjenigen, die nicht den strengen Rechtfertigungsmaßstab des § 34 StGB der ex post-Triage zugrunde legen wollen, macht sich Unbehagen bemerkbar. Selbst eine „geringfügig bessere Prognose“, die im Falle der ex ante-Triage dem davon betroffenen Patienten den Vorrang verschaffen würde, soll nicht reichen, um dem bereits behandelten Patienten seine faktische Besserstellung wieder zu entziehen. Erforderlich soll „eine deutlich fassbare und damit letztlich evident bessere Aussicht auf einen zwecktauglichen Ressourceneinsatz“ sein.<sup>28</sup> Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Zu erinnern ist aber auch, dass diese Lösung außerhalb des anerkannten Bereichs der rechtfertigenden Pflichtenkollision steht.<sup>29</sup> Allerdings ist bei der Pflichtenkollision mangels gesetzlicher Regelung<sup>30</sup> nichts in Stein gemeißelt. Daher steht grundsätzlich nichts entgegen, in speziellen Fallkonstellationen die Rechtfertigungsbedingungen der Kollisionsentscheidung zu verschärfen.

### 3. Unvollkommen zweiaktiger Rechtfertigungsgrund

Geht man davon aus, dass die Triage eine tatbestandsmäßige Todesverursachung ist, müssen sich die Bemühungen um Begründung einer straflosen Triage auf die Rechtfertigung des tatbestandsmäßigen Verhaltens richten. Nach der bis jetzt als Mindermeinung zu bezeichnenden Auffassung soll die ex post-Triage auf Grund Pflichtenkollision gerechtfertigt sein, weil

der Abbruch der begonnenen Behandlung lebensrettende Maßnahme zugunsten eines anderen Patienten ermöglicht. Dass die Durchführung dieser Maßnahmen geeignet ist, das Unrecht, welches durch die Verursachung des Todes infolge des Behandlungsabbruchs geschaffen wird, aufzuwiegen, beruht auf dem Rettungserfolg, welcher mit der nunmehr möglichen Behandlung des anderen Patienten angestrebt wird. Für den Eintritt dieses Erfolges genügt es aber nicht, die erste Behandlung abzubrechen. Das ist nur die Hälfte des Weges, der zur Lebenserhaltung zugunsten des anderen Patienten zurückzulegen ist. Unterbleibt aus welchem Grund auch immer die Aufnahme der Behandlung des zweiten Patienten, wird der durch den Behandlungsabbruch verursachte Tod des ersten Patienten nicht durch einen anderweitigen Rettungserfolg kompensiert. Das ist allerdings weder eine Besonderheit der Triage noch ein grundsätzliches Rechtfertigungshindernis. „Zweiaktigkeit“ rechtfertigender Vorgänge ist im Bereich der Notwehr<sup>31</sup> und des rechtfertigenden Notstands<sup>32</sup> möglich, bei der vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO) sowieso. Der zweite Akt ist notwendig, um den die Rechtfertigung erklärenden Guterhaltungserfolg herbeizuführen, gerechtfertigt sein muss der Vollzug des ersten Aktes aber auch ohne den zweiten. Man stelle sich vor, der zweite Patient ist plötzlich verstorben, einen dritten Patienten gibt es momentan nicht und eine Wiederaufnahme der abgebrochenen Behandlung ist nicht mehr möglich. Der behandelte Patient stirbt und es wird kein anderes Leben gerettet. Das Rechtsgefühl wird vielleicht spontan gegen die Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs protestieren. Dennoch ist die Konsequenz dogmatisch richtig. Es ist evident, dass die rechtfertigende Wirkung der vorrangigen Behandlung des zweiten Patienten nicht daran scheitern kann, dass diese Behandlung nicht zustande kommt aus Gründen, die der Arzt nicht zu vertreten hat. Dies ist dahingehend zu verallgemeinern, dass die Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs überhaupt nicht davon abhängig ist, dass die zweite Behandlung durchgeführt wird. Denn es gilt der Grundsatz der Koinzidenz von tatbestandsmäßigem Verhalten und rechtfertigenden Tatsachen. Mit Vollzug der tatbestandsmäßigen Handlung muss feststehen, ob sie rechtswidrig oder gerechtfertigt ist. Deswegen gibt es keine rechtfertigende nachträgliche Einwilligung oder Genehmigung.<sup>33</sup> Eine rückwirkende Rechtfertigung auf Grund von Tatsachen, die erst nach dem zu rechtfertigenden tatbestandsmäßigen Verhalten entstehen, ist nicht möglich. Daher muss man sich sogar damit abfinden, dass ein Behandlungsabbruch gerechtfertigt ist, wenn danach die mögliche Behandlung des zweiten Patienten – z.B. zwecks einer unzulässigen „präventiven“ Triage – aus unlauteren Erwägungen nicht oder nicht

<sup>27</sup> Fateh-Moghadam/Gutmann, in: Hörnle/Huster/Poscher (Fn. 1), S. 291 (331).

<sup>28</sup> Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (136).

<sup>29</sup> Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (712).

<sup>30</sup> Einfacher Vorschlag an den Gesetzgeber bei Mitsch (Fn. 5), S. 263.

<sup>31</sup> Beispiel: O wird von drei Männern X, Y und Z angegriffen. N leistet Nothilfe, indem er zunächst gegen X Gewalt anwendet. Um O zu retten, muss er auch noch Y und Z abwehren.

<sup>32</sup> Beispiel: Arzt A fährt im Zustand alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit mit seinem Pkw (§ 316 StGB) zu einem Unfallort, wo ein Schwerverletzter zu versorgen ist; vgl. Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 10 Rn. 20.

<sup>33</sup> Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 15 Rn. 135.

sofort aufgenommen wird. Kann somit der rettende zweite Akt – die lebensrettende Behandlung des wartenden Patienten – nicht zu den objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung gezählt werden, ist wenigstens eine subjektivierende Einbeziehung möglich und nötig. Das bei jedem Rechtfertigungsgrund erforderliche „subjektive Rechtfertigungselement“ ist – als „überschießende Innentendenz“ – auf den Vollzug des zweiten Aktes zu erstrecken.<sup>34</sup> Diese „unvollkommene Zweiaktigkeit“ des Rechtfertigungsgrundes ist – vor allem bei § 127 Abs. 1 StPO<sup>35</sup> – anerkannt, wenngleich sie in den Kommentierungen des § 34 StGB oder der rechtfertigenden Pflichtenkollision nicht recht zur Geltung kommt. Nicht ausreichend ist jedenfalls „die Kenntnis der Rechtfertigungslage und das Bewußtsein der Wahrung des überwiegenden Interesses“.<sup>36</sup> Wenn überhaupt, kann der Abbruch einer lebensrettenden Behandlung allenfalls unter der Bedingung gerechtfertigt ein, dass der Arzt die anschließende lebensrettende Behandlung des anderen Patienten beabsichtigt. Darauf, dass diese Absicht anschließend in die Tat umgesetzt wird, kommt es hingegen nicht mehr an.<sup>37</sup>

#### 4. Rechtliche Möglichkeit als Voraussetzung der Behandlungspflicht

Die Befürworter der Anwendung der rechtfertigenden Pflichtenkollision auf die ex post-Triage argumentieren mit dem Fehlen relevanter Unterschiede zur ex-ante-Triage. Beide Situationen lägen hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen an das ärztliche Handeln gleich.<sup>38</sup> Dem Arzt stünden zwei „rechtlich gleichrangige Verpflichtungsgründe“ gegenüber. Daraus resultiere eine alternativ begründete Pflicht.<sup>39</sup> Nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision müsse der Arzt entscheiden, welche Pflicht er erfüllt. Das könne auch diejenige gegenüber dem nachgerückten Patienten sein. Folglich sei der Abbruch der Behandlung des ersten Patienten durch Pflichtenkollision gerechtfertigt. Einer Erklärung bedarf aber zunächst einmal, wieso überhaupt noch die Ausgangslage zweier Verpflichtungsgründe besteht, nachdem der Arzt bereits begonnen hat, eine der ursprünglich beiden Pflichten<sup>40</sup> zu erfüllen.<sup>41</sup> Ist dann nicht die andere Pflicht erloschen? Offenbar nicht, wenn es rechtlich richtig ist, dass während der ärztlichen Behandlung eines Patienten stets nachträglich eine Kollisionslage entstehen kann, die den Arzt zwingt, die Behandlung

abzubrechen und die Behandlung des anderen Patienten aufzunehmen.<sup>42</sup> Wenn die Rechtslage tatsächlich so ist, dann gehört es gewiss zu den Pflichten des Behandelnden, den Patienten oder einen für ihn handelnden Vertreter darüber aufzuklären, § 630c Abs. 2 S. 1 BGB. Dass die damit verbundenen psychischen Belastungen die ohnehin angespannte Situation nicht gerade erträglicher machen, ist sicher keine übertriebene Schwarzmalerei.<sup>43</sup> Das Behandlungsbedürfnis des anderen Patienten als Quelle einer Behandlungspflicht des Arztes bleibt selbstverständlich existent. Eine andere Frage ist, ob daraus wirklich eine Pflicht zur Behandlung dieses Patienten entspringt, während das Beatmungs- und Intensivpflegebett mit einem Patienten belegt ist, der „zufällig“ ein wenig früher in die Klinik eingeliefert worden ist. Voraussetzung dafür ist die Möglichkeit der Handlungen, mit denen diese Pflicht erfüllt würde. Dass es tatsächlich möglich ist, wird hier vorausgesetzt. Durch Beendigung der Behandlung des versorgten Patienten werden die tatsächlichen Hindernisse beiseitegeräumt. Darüber hinaus erforderlich ist aber die rechtliche Möglichkeit. Das ist eine Paraphrasierung der Erlaubtheit der Handlungen, mit denen der Zustand tatsächlicher Möglichkeit geschaffen wird.<sup>44</sup> Der Abbruch der Behandlung müßte also gerechtfertigt sein. Diese Rechtfertigung kann nicht mit der Pflicht des Arztes zur Rettung des wartenden Patienten begründet werden, denn es soll ja umgekehrt diese Rettungspflicht mit der Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs begründet werden. Dafür steht der Rechtfertigungsgrund Pflichtenkollision also nicht zur Verfügung.<sup>45</sup> An § 34 StGB führt hier also kein Weg vorbei.<sup>46</sup>

#### IV. Schluss

Einen Arzt dafür wegen Totschlags zu bestrafen, dass er in einer ex ante-Triage einen Patienten bevorzugt hat, der – vielleicht nur knapp – hinter einem anderen Patienten zurückstehen müsste, erscheint unverhältnismäßig.<sup>47</sup> Nicht anders fällt das Urteil aus bei einem Behandlungsabbruch in der Situation der ex post-Triage. Beide Taten sind nach der hier vertretenen Ansicht nicht durch Pflichtenkollision gerechtfertigt. Dennoch haben sie nicht den Strafwürdigkeitsgehalt einer nicht privilegierten vorsätzlichen Tötung. Sofern die falsche Entscheidung des Arztes überhaupt das Eingreifen des Strafrechts erfordert, müßte der Gesetzgeber einen dafür passenden Sondertatbestand schaffen.<sup>48</sup> Ansonsten besteht ein dogmatischer Ausweg in der Anerkennung eines „echten Strafunrechtsausschlusses“.

<sup>34</sup> Mitsch, NZV 2021, 545 (549).

<sup>35</sup> Rönnau, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 89.

<sup>36</sup> So z.B. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 105.

<sup>37</sup> Mitsch (Fn. 33), § 14 Rn. 49; Mitsch (Fn. 32), § 10 Rn. 21.

<sup>38</sup> Rostalski (Fn. 13), S. 280.

<sup>39</sup> Rostalski (Fn. 13), S. 281.

<sup>40</sup> Dass der Aufnahme der Behandlung eine Pflichtenkollisions-Entscheidung zugrunde lag, ist nicht zwingend. Der behandelte Patient kann auch ursprünglich der einzige gewesen sein, dessen Behandlung dringlich war. Auf die rechtliche Bewertung des Behandlungsabbruchs hat das keinen Einfluss.

<sup>41</sup> Fateh-Moghadam/Gutmann (Fn. 27), S. 331.

<sup>42</sup> Dagegen zutreffend Sowada (Fn. 19), S. 307.

<sup>43</sup> Sowada, NStZ 2020, 452 (458).

<sup>44</sup> Mitsch (Fn. 33), § 21 Rn. 17; Mitsch (Fn. 32), § 3 Rn. 6.

<sup>45</sup> Anders Hörnle (Fn. 18), S. 171: „Erstens haben Ärzte symmetrische Rettungspflichten für die gefährdeten Patienten [...]“.

<sup>46</sup> Umgekehrt Ast, ZIS 2020, 268 (271), der die Pflicht zur Rettung voraussetzt und sodann die „Gegenprobe“ macht, ob die Unterlassung der rettenden Behandlung durch Notstand gerechtfertigt wäre.

<sup>47</sup> Beck/Cohrs, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 91 (107); Hörnle (Fn. 18), S. 183.

<sup>48</sup> Sowada (Fn. 19), S. 319.

grundes“.<sup>49</sup> Dieser verschafft der Tat zwar kein allgemeines Rechtmäßigkeitsattest,<sup>50</sup> bewahrt sie aber vor dem Makel der Strafrechtswidrigkeit.

---

<sup>49</sup> *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S. 334.

<sup>50</sup> So aber *Kubiciel* (Fn. 12), S. 228.

# The Emergence and Development of the Organisational Perpetration Theory in the Latin American Case Law since the Latter Half of the Twentieth Century

By Attorney-at-law Jan-Willem Prügel, MSt (Cantab), Düsseldorf\*

*He who dominates the system, dominates the anonymous will of all the men in it.*<sup>1</sup>

– Judgment in the Trial of the Juntas by the Buenos Aires Court of Appeals, 1985

*The article discusses the emergence and initial development of the theory of domination of the act by virtue of a hierarchical organisation (“Organisationsherrschaft”) in the Latin American case law. It first delineates the theory’s features and then shows how it has been adopted by Latin American courts since the last quarter of the twentieth century. On the basis of various historiographical models, several possible explanations for its rise are finally offered and discussed.*

## I. Introduction

Long are the shadows cast by deeds past. Since the latter half of the twentieth century, many Latin American nations have for some time fallen into the murky depths of dictatorial military rule. Thousands of dissidents disappeared, were tortured or otherwise disposed of.<sup>2</sup> After those states had returned to democracy, their respective judiciaries followed their newly created constitutional mandates and prosecuted those involved in the state-sanctioned oppression. This often led to sentencing the culprits. However, the military executives usually had not sullied their own hands, but rather had sent foot soldiers, secret agents and mercenaries to do their bidding. While the courts had a straightforward procedural toolbox for convicting those perpetrators directly involved in any crimes, they had difficulties adjudicating commanders and other high-ranking officials as criminal principals rather than mere contributors.<sup>3</sup> The reason for this was that traditional penal codes did not contain provisions for such a constellation: a situation where a state-like apparatus carried out crimes in a professional and structured manner.<sup>4</sup> The judges, bound to the rule of law, faced a conundrum: how to convict the accused as perpetrators without breaking the law themselves?<sup>5</sup> They found their solution in a decades-old, judicially untested legal theory developed by a German scholar named

*Claus Roxin.*<sup>6</sup> Throughout this work it bears the simplified name of ‘Organisational Perpetration Theory’ or OPT. More commonly, it is known by the somewhat cumbersome term of ‘domination of the act by virtue of a hierarchical organization’, or ‘Organisationsherrschaft’ in German.<sup>7</sup> However, as the analysis of its history unfolds in the following pages, the English acronym OPT is helpful to acknowledge the transnationality of this legal concept that has at times mutated during its travels and shed some of its original *Roxinian* conceptual dimensions. If the original German name was kept, this might obfuscate its acquired global features.

This work will attempt to outline how the OPT migrated from Europe to Latin America and thereby answer a line of questions central to the issue. When did it emerge and where? How did it develop? Most important and understudied is the question of why it came to be embraced by the judiciary in some countries. As the historiography section will outline, authors have written much on the story of OPT’s origins. Even more has been produced by scholars around the world discussing its legal merits. There is, however, a lack of discussion both within the larger Latin American historiography and the field of global legal history regarding the developmental causes of this concept. Yet, the OPT has played a substantial role in dealing with many nations’s difficult past, most explicitly so in Peru.<sup>8</sup> The judgments served to give the victims’s descendants some measure of retributive justice and achieved their purpose of deterring others from committing similar crimes. The decisions sent political signals as well. The military leadership received the label of criminality by the newly formed democratic states; most high-ranking incumbents were convicted as principal perpetrators and not only contributors. Thus, the theory is closely intertwined with some of the most important democratic developments in modern Latin American history. There are several hypotheses, which this paper pursues. First, it is likely that there is a connection between German and Latin American law that prejudices jurists to apply a foreign, European theory. *Claus Roxin* is secondly also famous and venerated in Latin America and his status should have reasonably accelerated the spread of his ideas.<sup>9</sup> Third, the lack of legal inhibitors may also have been a contributing factor for the OPT’s dissemination. Finally, when it comes to any legal transfers, Alan Watson’s theory of legal transplants comes to mind to global legal historians. How and if his ideas can be validated with regards to the OPT is therefore another central topic.

---

\* The *author* is attorney-at-law in Düsseldorf and doctoral researcher at the University of Oxford.

<sup>1</sup> „Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.“ Argentine Supreme Court, judgment of 20 December 1986, at 1701 (Trial of the Juntas), p. 269.

<sup>2</sup> *Muñoz Conde*, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, p. 1416 (1418).

<sup>3</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1422.

<sup>4</sup> *Roxin*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 193.

<sup>5</sup> *Roxin*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 193 (195).

---

<sup>6</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1417; *Roxin*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 193 (194); *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10<sup>th</sup> ed. 2019.

<sup>7</sup> *Ambos*, *Treatise on international criminal law*, Vol. 1, *Foundations and general part*, 2<sup>nd</sup> ed. 2021, pp. 142; *Roxin*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 193 (194).

<sup>8</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1435.

<sup>9</sup> *Greco/Leite*, *ZIS* 2014, 285 (291).



## II. Historiography<sup>10</sup>

The outlined historiographical categories provide valuable tools for understanding the history of the OPT. To review briefly, the fields connected to the research at hand are global history, legal history/comparative law, global studies, and intellectual history. They all intersect at a recent field named global legal history, which is also closely tied to Atlantic history, both subsections of global intellectual history.<sup>11</sup> While the expositions above seem to attribute an individual method to specific sub-categories, they are sometimes shared. Determining their precise divisional provenance would not provide any additional value for their use here. In summary, the introduced tools are a de-emphasis on national narratives, legal transplants including gatekeepers and brokers, path dependence, *histoire croisée* with its observer problem, and dialectics of chronicity as well as finally global legal history's concepts of reciprocity and space reconfiguration.

While much has been written on topics similar to the OPT, its own historiographical secondary literature is scant.<sup>12</sup> The closest study of something akin to a 'Latin American history of the OPT' is a 2011 paper by *Francisco Muñoz Conde* and *Héctor Olásolo* in which they list Spain as well as all the South American countries where they believe to have identified explicit judicial evidence for the OPT.<sup>13</sup> Their article explains the decisions and legal reasonings in a succinct manner. It is also one of the few studies where the authors went to the trouble of scanning thousands of court documents from a period of over thirty years. They then translated, synthesised and systematised those findings. Save for a few unsubstantiated remarks, however, their study is largely enumerative and descriptive. What they omit to do is present hypotheses or evidence of why the courts considered and sometimes chose the OPT. Certainly, they commented on the legal arguments and facts of the respective cases. That is what jurists are trained to do and both of the authors were European law professors at the time of publication. Jurists spending little time on thinking about historical circumstances around the law in general has likely been one of the major reasons for the lack of proper historiographical attention to the OPT.<sup>14</sup> Who put the OPT at the judges's disposal? Why did it stay in their methodological repertoire? *Muñoz Conde* and *Olásolo* seem to take it for granted that eminent legal scholar *Claus Roxin* simply conceived of it and that the

courts in Latin American more or less came around to considering it, supposedly because they saw its technical merits. Another secondary source that does seek to analyse the workings of the research object in question is *Christiane Wilke's* 2015 paper 'Law on a Slanted Globe'. This metaphor is supposed to hint at the fact that all or most of the credit for developing and refining legal arguments is unjustly attributed to Western scholars.<sup>15</sup> In her narrative, *Roxin* and the German judiciary play the role of undeserved beneficiaries. She investigates, not unlike this study, the 'travels' of '*Roxin's* theory' in Argentina, the International Criminal Court (ICC) and Germany.<sup>16</sup> Her contribution brings forth a few new clues as to what might have contributed to the OPT's adoption in Argentina. For the most part, her methodology remains unclear. Moreover, she does not discuss the multicausal nature of legal transfers or *Watson's* theory, which she dismisses outright as 'miss[ing] the mark' of contextual influences.<sup>17</sup> So even though her findings are not entirely without merit for illuminating the OPT in its historical context, as the analysis will show, her conclusions are mostly unconvincing and rest on insufficient evidence. Many other papers and books cover the OPT paying homage to *Roxin* and its story of inception.<sup>18</sup> None of those, however, set out or manage to explain its transfer from Europe to Latin America.<sup>19</sup> This is where the historiographical gap lies that this work aims to fill.

## III. Emergence and Development

This section deals with the OPT's historical background. The first part contextualises the events leading up to its dissemination. The second half then showcases the individual spread of the idea within Latin America.

The OPT in its now established form originated in Germany in 1963 from the already mentioned legal scholar, *Claus Roxin*.<sup>20</sup> The spread of the OPT has various potential reasons, some of which are hidden or debatable. An obvious one, however, is its doctrinal utility. While there could have been many factors leading to the theory eventually being available to the Latin American judges, it is most probable that one crucial aspect for its selection was its technical reliability. If the theory did not make any sense or did not solve a difficult problem convincingly, it would most likely not have travelled or caught on at all. In order for the reader to better understand the OPT as well as why and how some of its features have subsequently changed in different legal systems, it becomes therefore necessary to provide a brief overview. This includes both its genesis and the surrounding doctrine to which it is attached.

The area that the OPT belongs to is criminal law. One of its sub-fields is perpetratorship (*Täterschaft*), which has been

<sup>10</sup> Presentation of the historiographical methods have been removed for editorial purposes. These removals are available from the *author* upon request.

<sup>11</sup> *Benton*, *The American Historical Review* 117 (2012), 1092 (1097); *van der Burg*, *Comparative Legal History* 3 (2015), 85 (86).

<sup>12</sup> 'Not many studies pay attention to the circulation of ideas within Latin American countries', *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal*, *Global Legal History, A Comparative Law Perspective*, 2019.

<sup>13</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 113.

<sup>14</sup> In a similar vein: *Watson*, *University of Pennsylvania Law Review* 131 (1983), 1121.

<sup>15</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (557).

<sup>16</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (556).

<sup>17</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (557).

<sup>18</sup> For an overview see *Roxin* (fn. 6 – *Täterschaft*), p. 253.

<sup>19</sup> Voicing a related concern: *Watson*, *University of Pennsylvania Law Review* 131 (1983), 1121.

<sup>20</sup> *Rotsch*, *ZIS* 2009, 549.

the subject of continuous debate for at least 200 years.<sup>21</sup> One thing to keep in mind when discussing these termini is that national legal terms often have either no equivalent in another language or mean something else there.<sup>22</sup> An example for this is the term ‘legal precedent’, whose German equivalent ‘Präzedenzfall’ roughly refers to the same idea but has very different legal connotations. The English stare decisis doctrine of binding precedent for the most part only exists in a weakened form for German judges because of § 25 Deutsches Richtergesetz (DRiG/German Judiciary Act).<sup>23</sup> According to it, the judiciary is bound only by the law, meaning the written legislation, and their conscience. As such, perpetration may not be congruent with any common law term. But what is the subject of perpetration? Many modern civil law countries such as Germany divide suspects into three categories when establishing their criminal liability according to their involvement in the act: perpetrators, instigators, and abettors. Prosecutors and judges decide on one of them for each accused crime depending on the mode of the criminal act. Belonging to a certain category then triggers specific consequences for each of the three categories, for example the degree of punishment. That is why jurists go through the effort of determining the appropriate type. It is also why it matters to have a clear process for establishing the correct form of involvement. Within the first category, the perpetrators, there are several forms of perpetration. The corresponding legal provision of the Reichsstrafgesetzbuch (German Imperial Penal Code/RStGB) of 1871 was § 47. It did not define what was meant by a perpetrator but did distinguish one from an instigator (Anstifter) and an abettor (Gehülfe) codified in the §§ 48 f. RStGB. In many cases, however, the distinction remained nonetheless unclear. The legal scholars and the judiciary had to establish frameworks according to which they assigned perpetration. The nature of the proper framework for assigning perpetration remains a hotly debated topic to this day. By the end of the Nazi regime, the judiciary had come to favor the so-called strict subjective theory, where a perpetrator is only someone who wants the criminal deed primarily as his own and thus acts with the ‘will of an author’ (animus auctoris).<sup>24</sup> Its principal doctrinal antagonist until today is the theory of control of the act (Tatherrschaftslehre).<sup>25</sup> The term first appeared in a publication by August Hegler in 1915, but it was Hans Welzel

who refined and popularised it in the 1930s.<sup>26</sup> According to this theory, a perpetrator is someone who ‘controls the course of events; one who, in contrast, merely stimulates in someone else the decision to act or helps him to do so, but leaves the execution to the attributable act of the other person, is an instigator or abettor.’<sup>27</sup> This theory of control of the act also served as the theoretical foundation for a specific sub-type of perpetration: indirect perpetration (mittelbare Täterschaft), which eventually found its way into the black letter law via § 25 StGB in 1962.<sup>28</sup> Indirect perpetration means that the indirect perpetrator (intraeus) uses another person (extraneus) as a human ‘tool’ to commit a crime for him.<sup>29</sup> A constituent factor has traditionally been the extraneus’s lack of criminal responsibility, meaning they either have no mens rea or are not culpable. An example for the latter would be children as they are exempt from criminal responsibility.<sup>30</sup> The perpetrator in the back wields his necessary control over the person in the front via domination of the act established either through coercion or exploiting misapprehension. If the extraneus is a fully responsible actor, however, then the would-be intraeus is in fact an instigator or abettor, depending on the situation. The reason for this is that there would then be no type of domination present, since according to the Tatherrschaftslehre, there can be no perpetration without domination.

This is the point where *Claus Roxin* and his OPT enter the stage. Its German name is ‘Organisationsherrschaft’, which can be translated to ‘control based on organized power structures’.<sup>31</sup> With it, *Roxin* tackles a doctrinal problem of perpetration that arises around state-sanctioned violence. A simplified example sheds light on this: A high-ranking governmental commander of a dictatorial regime orders the killing of a political dissident. The commander’s orders reach his secretary who passes them on to a captain or someone of a similar rank. He then dispatches one of his men to execute the order. That foot soldier carries out the act, shooting the victim in the street. Both the commander, the people in the middle and the soldier took part in the act. For simplicity’s sake, the focus lies on the top and the bottom end of the command chain. The soldier’s involvement was direct and his perpetration is unproblematic. Pursuing the controversial question of whether he needs to be sentenced for his deed, because he had only acted under orders, would unnecessarily detract from the OPT and is therefore best left aside. What

<sup>21</sup> *Weigend*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 91 (94).

<sup>22</sup> *Legrand*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), 111 (117).

<sup>23</sup> This work follows the tradition of citing legal provisions with ‘§’ instead of the abbreviation ‘Sec.’ This is in line with the local practice from where these provisions originate, and which therefore seems more appropriate.

<sup>24</sup> *Weigend*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 91 (94).

<sup>25</sup> *Weigend*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 91 (94).

<sup>26</sup> *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft), p. 409; *Nino*, *Radical Evil on Trial*, 1998, p. 89.

<sup>27</sup> *Roxin*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 193 (194).

<sup>28</sup> *Roxin*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 193 (196); *Duve*, *forum historiae iuris*, May 2006, retrieved from

<https://forhistiur.net/media/zeitschrift/0605duve-roxin.pdf>.

<sup>29</sup> Cf. *Joecks/Scheinfeld*, in: *Erb/Schäfer* (eds.), *Münchener Kommentar, StGB*, 4<sup>th</sup> ed. 2020, § 25 mn. 59f.

<sup>30</sup> Cf. § 55 RStGB and § 19 StGB.

<sup>31</sup> Cf. *Weigend*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 91 (93).

does matter in this context is the commander's responsibility. One could bring forth the argument that he acted as an indirect perpetrator using the soldier as his human weapon. The latter, however, was well aware of his actions and also fully responsible. That presents a problem because the commander cannot be held criminally responsible as a perpetrator, because the theory of indirect perpetration originally required a deficient extraneous in order to establish control. *Roxin* has always been a strong supporter of the Tatherrschaftslehre after having founded it himself, according to which it is only through control of the act that one can be a perpetrator.<sup>32</sup> He nonetheless argued that a lack of deficiency did not matter in such cases. One could still be an indirect perpetrator even though one's human tool was fully responsible. How was this possible without disavowing the control theory of perpetration? He achieved this result by expanding the forms of control. Beside coercion and exploitation of misapprehension, he created a third way: the OPT or Organisationsherrschaft.<sup>33</sup> A perpetrator who uses the state apparatus acts like someone switching on a machine. He is the first mover and the rest of the organisation simply carries out his order along an established hierarchical route until it reaches the common soldier. The control over the non-deficient soldier comes from his replaceability (Fungibilität).<sup>34</sup> As nothing more than a cog in the state machinery, he has no control over the question of whether the order is executed or not. If he was to disobey, others would take his place instead. Because of this fungibility, *Roxin* argued, the commander exerted control over the act after all and despite the lack of either coercion or exploitation of misapprehension. Whether or not one could always assume such an interchangeability of direct perpetrators or a lack of coercion has rightly been questioned.<sup>35</sup> Nonetheless, the idea garnered attention and eventually found its way into various judicial decisions and even the ICC statute.<sup>36</sup>

*Roxin* had arrived at the notion of the OPT through studying the Eichmann Trial.<sup>37</sup> Adolf Eichmann was a high-ranking member of the National Socialists's 'bureaucracy of destruction'.<sup>38</sup> At the height of his career in the late 1930s and early 1940s, he was head of the Department for Jewish Affairs (Referat IV B4) at the German Reich Security Main Office (Reichssicherheitshauptamt) and responsible for the deportations of Jews to concentration camps. He was the archetype of what *Hannah Arendt* would later refer to as 'desk murderer', someone effectively orchestrating the Holocaust

without physically participating in it.<sup>39</sup> The trial became the subject of her influential book 'Banality of Evil' in which she argued that a system such as the Nazi regime could only function due to the support of seemingly ordinary people such as Eichmann. After the war, he fled to Argentina and lived in hiding. The Israeli secret service eventually captured him in Buenos Aires on 11 May 1960 and illegally brought the former bureaucrat to Israel. There, Eichmann stood trial from April to December of 1961 for his participation in the Jewish genocide, was eventually sentenced to death and executed a few months later.<sup>40</sup> The first instance proceedings at the District Court of Jerusalem is where the legal issues relevant for the OPT arose. *Roxin* identified some arguments by both the defence and the court, which, in his view, illustrated the technical nature behind Eichmann's criminal responsibility, i.e. his perpetratorship. Robert Servatius, Eichmann's attorney, explained to the justices that even if the defendant had refused to follow his order to organise the deportations, they would have still taken place.<sup>41</sup> Against the overpowering collective, he argued, the refusal became irrelevant since it was the state itself that had acted as a perpetrator. Thus, Servatius painted him as a replaceable little wheel in the great Nazi machine and therewith as someone, who according to German doctrine would be an extraneous. The court, on the other hand, stressed Eichmann's function as the Israeli equivalent of an indirect perpetrator, because he had been an integral part in the command hierarchy where he had wielded effective control over a plethora of details. It argued that the further away a perpetrator moved from the crime scene, the more his criminal responsibility increased. Moreover, it emphasised how the traditional classifications for commission in perpetrators and non-perpetrators, i.e. participants, did not fit in the case of organised state violence.<sup>42</sup> Those were trial insights *Roxin* elaborated on and from which he developed the OPT.<sup>43</sup> Israel itself is not part of the civil law space but has a unique mixed legal system with a judicial process tied to precedent in the common law tradition.<sup>44</sup> Hence the Eichmann trial was not as ripe for doctrinal exploration there as in countries like Germany.

*Roxin* published his post-doctoral thesis in 1963, yet the blueprints for the OPT laid out in it remained ignored by the German judiciary for over two decades.<sup>45</sup> It was well-re-

<sup>32</sup> *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft).

<sup>33</sup> *Roxin*, ZIS 2006, 293.

<sup>34</sup> *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft), p. 275.

<sup>35</sup> Cf. *Herzberg*, ZIS 2009, 576.

<sup>36</sup> For a comprehensive overview see *Ambos*, in: *Ambos/Triffterer* (eds.), *Rome statute of the international criminal court – a commentary*, 3<sup>rd</sup> ed. 2016, pp. 994.

<sup>37</sup> *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft), p. 246; *Duve*, *forum historiae iuris*, May 2006 (fn. 28).

<sup>38</sup> *Ambos*, in: *Schabas*, *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, 2015, p. 275; *Osiel*, *Columbia Law Review* 105 (2005), 1751 (1798).

<sup>39</sup> *Arendt*, *Eichmann in Jerusalem, A Report on the Banality of Evil*, 2006

<sup>40</sup> *Ball*, in: *Pearl/Kessel/Ball*, *The Encyclopedia of Jewish Life and Thought*, 1996, p. 114.

<sup>41</sup> *Osiel*, *Columbia Law Review* 105 (2005), 1751 (1780); *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft), p. 246.

<sup>42</sup> *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft), p. 251.

<sup>43</sup> *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft), p. 246.

<sup>44</sup> *Balbuena Ríos*, *Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales* 2017, 214; *Sassoon*, *The American Journal of Comparative Law* 16 (1968), 405 (406).

<sup>45</sup> *Ohlin*, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 325 (333); *Roxin* (fn. 6 – Täterschaft); *Roxin*, GA 1963, 193, english version: *Journal of International Criminal Justice*, Volume 9, Issue 1, 2011, 191.

ceived in the circles of German legal scholars, although many have criticised parts or all of it since.<sup>46</sup> The theory of perpetration of the act is central to the core of German criminal law. *Roxin's* contributions in this field, such as the OPT, have therefore been at the heart of the perpetration debates since 1963.<sup>47</sup> The idea captures the imagination of jurists around the world and even today up-and-coming academics devote their PhD theses to it.<sup>48</sup> German courts, though, did not pick up his ideas explicitly until the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, hereinafter FCJ) mentioned it in a 1988 decision.<sup>49</sup> Even then, it did so without actually resorting to it.<sup>50</sup> This judicial disregard was not to *Roxin's* liking. He and many others saw the OPT as a useful tool to successfully prosecute Nazi functionaries with lower profiles, who had remained outside the scope of the Nuremberg Trials.<sup>51</sup> To a large degree, such an administrative denazification remained incomplete and many former Nazi officers retained their positions of influence. This was also why Eichmann had been able to abscond and hide in Argentina. The German Federal Intelligence Agency had helped him escape. Embracing the OPT would have paved the way for courts to hold many government officials guilty as perpetrators rather than abettors. The latter could, at the court's discretion, be sentenced to non-custodial sanctions or hardly any punishment at all.<sup>52</sup> Perpetrators, on the other hand, would have to receive more severe sanctions. However, that might not only have affected and upset a large part of the population, but also would have vacated many necessary positions in all branches of government. That would have both been uncomfortable on a collegial level and would have deprived the state of a large number of trained professionals as well as their expertise at the same time.<sup>53</sup> It seems therefore likely that members of the West German judiciary found it most practical to shelve such an explosive legal doctrine.<sup>54</sup> Another reason for spurning the OPT might have been the strong status of the strict subjective theory.<sup>55</sup> The judiciary to this day refuses to abandon it fully and has only in part incorporated aspects of the control theory, which led to a moderate subjective theory. But back in the middle of the twentieth century, following a legal concept based on the *Täterschaftslehre*

would have veered too much off the judicial dogma.<sup>56</sup> So not only was the OPT politically inconvenient, it was also unnecessary for adherents of the subjective theory.<sup>57</sup> With the latter, they could simply assume that the administrative Eichmann types had no *animus auctoris*, i.e. no will to be a perpetrator, without any objective evidence necessary.<sup>58</sup> The first time the FCJ did formally apply the OPT was in a 1994 decision.<sup>59</sup> It happened around the controversial case regarding the Berlin Wall shootings. Soldiers stationed at the border between the West Germany and the socialist German Democratic Republic (GDR) were under orders to shoot anyone fleeing the nation. The trial concerned the responsibility of the members of the order issuing body, the National Defense Council of East Germany, for the deaths of the unsuccessful escapees. The FCJ used *Roxin's* concept of control via organised power structures to convict the accused council members and specifically referred to his influence. The judiciary had now applied the theory to crimes, which were much less uncomfortable because they had been committed by members of a politically more or less foreign state.<sup>60</sup>

While it took the FCJ over 30 years to acknowledge the OPT, it was the Argentinian judiciary that had embraced it much earlier and repeatedly so.<sup>61</sup> A brief backstory of Argentina's modern history is necessary to grasp the reasons for the relevant trials. Previously a Spanish colony, it gained independence in 1816 after a war of liberation.<sup>62</sup> What followed was a longer period of authoritarian rule interspersed with periods of a somewhat democratic governments. During the middle of the last century, Argentina faced economic woes exacerbated by inflation. This was one of the reasons why the democratically elected leaders in the 1960s were removed by military coups, which ultimately led to a military dictatorship from 1966 to 1973 under Juan Carlos Onganía. The authoritarian rule eventually ended due to protests by the people. Argentina returned to a semblance of democracy afterwards, but eventually experienced another military coup in 1976 that led to another right-wing military dictatorship under general and president Jorge Rafael Videla. He formed a triumvirate junta tasked with leading the country. It consisted of the highest-ranking officer of the army, the navy, and the air forces, respectively. They implemented the National Reorganisation Process (NRP), an aggressive policy of suppressing the opposing leftist guerrilla and anyone else critical of the system. Tens of thousands of people disappeared and have mostly never been found.<sup>63</sup> Despite citizens trying to initiate the prosecution of certain crimes, not one government

<sup>46</sup> Brief overview *Roxin*, ZIS 2009, 565.

<sup>47</sup> *Roxin* (fn. 6 – *Täterschaft*), p. 251.

<sup>48</sup> Four recent examples listed at *Roxin*, ZIS 2009, 565 (566).

<sup>49</sup> *Ohlin*, Journal of International Criminal Justice 12 (2014), 325 (333); *Roxin* (fn. 6 – *Täterschaft*), p. 243.

<sup>50</sup> *Roxin*, ZIS 2006, 293.

<sup>51</sup> Cf. *Ohlin*, Journal of International Criminal Justice 12 (2014), 325 (326).

<sup>52</sup> *Ross*, in: Grossberg (ed.), The Cambridge History of Law in America, Vol. 3, The Twentieth Century and After (1920–), 2008, p. 1415.

<sup>53</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1415.

<sup>54</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1415.

<sup>55</sup> *Weigend*, Journal of International Criminal Justice, 9 (2011), 91 (94).

<sup>56</sup> *Ohlin*, Journal of International Criminal Justice 12 (2014), 325 (334).

<sup>57</sup> Cf. *Weigend*, Journal of International Criminal Justice, 9 (2011), 91 (94); *Roxin* (fn. 6 – *Täterschaft*), p. 244.

<sup>58</sup> *Roxin* (fn. 6 – *Täterschaft*), p. 244.

<sup>59</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1417.

<sup>60</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1417.

<sup>61</sup> *Rotsch*, ZIS 2009, 549; *Ambos*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 137.

<sup>62</sup> *Nino* (fn. 26), p. 41.

<sup>63</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1418.

official was convicted during the regime. It was only after the loss of the Falklands War against the United Kingdom in the spring of 1982 coupled with an economic downturn that the junta's grasp on government loosened. It was eventually shaken off in 1983, when Argentina returned to a democracy under president Raúl Alfonsín.<sup>64</sup> This time it proved to be more than a rigged system and a truer manifestation of the will of the people. Nonetheless, the new government faced the delicate situation of deciding on the scale of prosecution. Since the military had been a pervasive institution in the years before, it would have proven difficult to adjudicate all the soldiers involved in the acts of state terrorism.<sup>65</sup> Not only would that have antagonised the military and thereby endangered the still nascent democracy.<sup>66</sup> It would also have cost Alfonsín and his party many votes while encumbering both the judiciary and the prison system. The government therefore enacted two impunity laws to placate the belligerent military officers, the Full Stop Law (*Ley de Punto Final*) in 1986 and the Law of Due Obedience (*Ley de Obediencia Debida*) in the following year.<sup>67</sup> The former set a 60-day deadline for initiating new criminal proceedings for human rights violations under the junta rule. The latter piece of legislation created the legal assumption that any government officials, who might have committed criminal acts regarding the NRP were, unless proven otherwise, acting under orders from their superiors and therefore exempt from criminal liability. In 2003, the Argentine Supreme Court declared both laws unconstitutional thereby re-opening the cases for prosecution.

Regardless of the large number of soldiers and mid-ranking officials, the top officers, most notably all nine junta members, stood trial and received prison sentences in five cases, acquittals in the other four. Their case went to two courts successively. The trial court was the Buenos Aires Federal Court of Appeals<sup>68</sup> that pronounced its judgment on 9 December 1985. The defendants appealed to the appropriate chamber of the Argentine Supreme Court, which agreed to the first instance convictions but overturned the decision nonetheless to declare a different type of criminal involvement. These are the circumstances around the first-ever judicial application of the OPT anywhere.<sup>69</sup> The six trial court judges explained their reasoning in a verdict over 300 pages long. According to them, the deeds under legal scrutiny were 'absolutely unusual'.<sup>70</sup> They found it very uncommon to see government agents who pursued violent criminals to effectively adopt the same brutal methods as those that they were

hunting.<sup>71</sup> Neither was it ordinary, they held, that someone would use the state apparatus not only to commit crimes more effectively than any civilian ever could but to then also obscure them afterwards and deny their existence.<sup>72</sup> The court then goes on to elaborate on the various types of perpetratorship and criminal involvement by citing numerous scholars beginning with Ulpian of ancient Rome up to the then relatively recent insights of *Claus Roxin*.<sup>73</sup> At the time, even indirect perpetratorship was not uncontroversial in Argentina. Common judicial practice still followed the so-called formal-objective theory, which required that the perpetrator must have some physical involvement in the act. Whenever any actor bids someone else to do the deed, even if using physical coercion or manipulation, he, the bidder, cannot be a principal. When interpreting the Argentine penal code according to this doctrine, the actor would therefore be considered an instigator or, in this particular case, a necessary contributor.<sup>74</sup> Unlike German law, upon which *Roxin* built some of his OPT arguments and where the type of involvement determines, inter alia, the punishment including the court's obligation or ability to ameliorate the sentence, many former Spanish colonies follow the Iberian model of treating all participants the same in terms of legal consequences.<sup>75</sup> Still, the government including the prosecution felt it necessary to send a signal.<sup>76</sup> They wanted to brand the junta not only as contributors but as 'the head of the spider' conceiving terror rather than simply distributing it.<sup>77</sup> Hence the court, aware of this policy, first aimed to establish that indirect perpetration was compatible with the *lex lata*.<sup>78</sup> It did so through a series of comparisons with other nations and arguing that Argentinian positive law, specifically Art. 45 of the Penal Code, allowed for it.<sup>79</sup> Afterwards, the opinion focused on presenting *Roxin's* idea and how it seemed to be the best technical solution to convict some of the junta commanders as perpetrators.<sup>80</sup> Their line of argument largely followed the template that *Roxin* had laid out about 20 years earlier. They also discussed other modes of involvement such as co-perpetration (*co-autoría*), where the junta and their lower-level soldiers were both direct perpetrators bound by a common objective, plan, and execution.<sup>81</sup> When the Supreme Court issued its appeal judgment one year later, it overturned the convictions as indirect perpetrators. It instead found the accused guilty of being necessary contributors by a narrow majority vote of 3 to 2.<sup>82</sup> Therefore, the nation's highest court rejected the OPT outright, yet did

<sup>64</sup> *Malamud-Goti*, Human Rights Quarterly 12 (1990), 1 (2).

<sup>65</sup> *Malamud-Goti*, Human Rights Quarterly 12 (1990), 1 (2).

<sup>66</sup> *Malamud-Goti*, Human Rights Quarterly 12 (1990), 1 (4).

<sup>67</sup> *Ambos*, in: Nolte (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika* 44 (1996), p. 92; *Malamud-Goti*, Human Rights Quarterly 12 (1990), 1 (4).

<sup>68</sup> Official title in Spanish: Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital de Buenos Aires.

<sup>69</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1428.

<sup>70</sup> *Trials of the Juntas Judgment* 1985, p. 258.

<sup>71</sup> *Trials of the Juntas Judgment* 1985, p. 258.

<sup>72</sup> *Trials of the Juntas Judgment* 1985, p. 258.

<sup>73</sup> *Trials of the Juntas Judgment* 1985, p. 263.

<sup>74</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1419.

<sup>75</sup> Regarding the path dependence aspect for this see *Husa*, *The Chinese Journal of Comparative Law* 6 (2018), 129 (149).

<sup>76</sup> Cf. *Malamud-Goti*, Human Rights Quarterly 12 (1990), 1 (3).

<sup>77</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (563).

<sup>78</sup> *Trials of the Juntas Judgment* 1985, p. 270.

<sup>79</sup> *Trials of the Juntas Judgment* 1985, p. 273.

<sup>80</sup> *Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas*, p. 266.

<sup>81</sup> *Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas*, p. 57.

<sup>82</sup> *Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas*.

discuss its merits. It is noteworthy, however, that the court's decision was not unanimous, but rather contained two dissenting opinions.<sup>83</sup> The reasons for the rejections were mostly of a doctrinal nature. The court, interestingly, cited various foreign scholars, most notably Germans, and used their opinions to attempt to dismantle *Roxin's* approach.<sup>84</sup> In the end, the majority found the OPT to be in violation of the formal-objective theory since none of the junta members physically participated in any of the violations. The two justices issuing a dissenting opinion, Enrique Petracchi and Jorge Antonio Bacqué, did uphold the OPT and its merits for the cases at hand. Their reasoning largely followed the trial court judgment.<sup>85</sup>

That minority opinion gradually became the Argentine majority rule in the following decades. In the 2006 trial against former General Police Commissioner Miguel Osvaldo Etchécolatz the competent court not only specifically referred to *Roxin* but by then also no longer followed the formal-objective theory.<sup>86</sup> It was the first of several trials involving high-ranking military officers below the junta level and after the repeal of the impunity laws in 2003 in which the Argentinian courts would employ the OPT.<sup>87</sup> A few trials also concerned those who helped the NRP process without officially wielding state power. Examples for this were members of the Catholic church whose more influential members were often complicit in the 'Dirty War', i.e. the government practice of unlawfully using state resources against one's own citizens. An example was chaplain Christian von Wernich, who was, among other things, convicted for subjecting members of his congregation to mock executions or otherwise extracting information relevant for the military to find out about its political enemies.<sup>88</sup> He did so by coordinating torture methods in detention centers or by divulging information he obtained during solicited confessions, supposedly thereby even violating his ecclesiastical sacraments. Relevant for determining the acceptance status of the OPT were furthermore those trials where officers did not directly get involved but coordinated human rights violations, particularly those related to the forced disappearances. Illustrative of the OPT's current standing in Argentinian penal doctrine was the 2008 judgment by the trial court in Córdoba where 'Luciano Benjamin Menéndez (former head of the Argentinean Army Third Corps from 1975 to 1979), Hermes Oscar Rodríguez (former head of Intelligence Battalion Num. 141, which operated under the command of Menéndez) and six physical perpetrators' stood trial.<sup>89</sup> The court found them all guilty. However,

it only classified Menéndez and Rodríguez as indirect perpetrators, the others as direct co-perpetrators. This reveals two important insights. First, indirect perpetration was now more established since other courts, such as the one in Córdoba, used it. Second, the courts also applied the OPT, because the two officials convicted for indirect perpetration had not been present at any of the accused violations of human rights in the forms of murders, abductions and so forth. The link between their responsibility and the physical deed was, according to the judges, control via the organised structures of power that Menéndez and Rodríguez wielded at the time.

Chile was the second country in Latin America whose judiciary applied the OPT, Peru followed soon after. The Chilean Supreme Court sentenced Manuel Contreras, former head of the Chilean intelligence agency and military secret police DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) under the dictator Augusto Pinochet, as well as Pedro Espinoza, another executive DINA member, in a 1993 judgment as indirect co-perpetrators.<sup>90</sup> Together they orchestrated the 1976 murder of Orlando Letelier, a former ambassador to the United States in the pre-military government of Salvador Allende. He was living in exile in Washington D.C. and lobbying against the Pinochet regime, when an American expatriate working for the DINA, installed a bomb in Letelier's car that killed him. The Chilean court concluded that the American killer, even though not formally a DINA official, remained sufficiently under the de facto influence of Contreras and Espinoza so that he was following orders as part of the Chilean military apparatus.

The first time Peruvian courts implemented the OPT was in a first instance judgment in 2006 by the Peruvian National Penal Chamber.<sup>91</sup> It concerned the founder and leader of the Peruvian Communist Party (PCP), Abimael Guzmán, and his involvement in several small-town massacres. Since the late 1960s, anti-government, communist and in particular Maoist tendencies had coalesced into the PCP, often also referred to as either the Shining Path or Sendero Luminoso in Spanish. In 1980, they began what is now known as the still ongoing 'internal conflict' of Peru by using guerrilla warfare to expel and destabilise government control in certain 'liberated zones' copying Mao Zedong's revolutionary approach in China from the 1960s. When a PCP commander was killed in 1983 by the so-called Rondas, an armed and government-backed militia of local peasants, Guzmán gave the order for his men to administer what he saw as retributive justice. Within a few weeks Senderistas, i.e. members of the Shining Path, invaded various villages in the Peruvian Andes and killed around seventy to eighty unarmed citizens with edged melee weapons such as machetes and axes. The case was first heard by the National Penal Chamber as trial court and then by the Peruvian Supreme Court. They both found Guzmán criminally responsible as an indirect perpetrator by virtue of

<sup>83</sup> Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas, p. 80.

<sup>84</sup> Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas, p. 73.

<sup>85</sup> Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas, p. 80.

<sup>86</sup> Argentine Supreme Court, Judgment of 18.5.2007 (Etchécolatz Case), p. 192.

<sup>87</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113.

<sup>88</sup> *Brienza*, Maldito tú eres: el caso Von Wernich: iglesia y represión ilegal, 2003.

<sup>89</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113 (118).

<sup>90</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113 (120).

<sup>91</sup> *Ambos*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 137; *Roxin*, ZIS 2009, 565; *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113.

control through organised power structures. It is interesting to note that while the Supreme Court argued in line with *Roxin's* original theory, the National Penal Chamber slightly modified it in a unique way. While Guzmán later claimed moral and organisational responsibility for his actions, during the trial he contested the assumption put forth by the prosecution that he was to be held accountable for the actions of the other Senderistas.<sup>92</sup> One of the defendant's main arguments pertained to the fact that the Shining Path was neither a state institution nor were its members integral to it. He also claimed that they were not interchangeable as only a small number of them would have been capable of carrying out the physically strenuous killings. On the count of the PCP being a non-state entity, the Chamber correctly pointed out that *Roxin* himself did not require the organisation to be a nation-state. It was enough for it to have state-like structures and operate entirely outside of the law. Since the PCP's main policy has been replacing the current governmental system with a communist state through a violent but centrally directed revolution, it falls well within the area of institutional illegality.<sup>93</sup>

Somewhat more convincing was Guzmán's argument that there was a lack of interchangeability among the Senderistas and therefore no basis for applying the OPT. Whether this was the case is a factual question that is probably impossible to answer now as the members's identities at the time were, to a large degree, unknown. It would also be difficult to delineate how many members of an unlawful entity would need to be replaceable and how many replacements would be necessary to constitute a cog being fungible enough. Ignoring certain direct perpetrators's elite training, as would be common with specialised soldiers such as snipers or jet pilots, and referring to them as essentially replaceable has been an oft-mentioned flaw of the OPT.<sup>94</sup> It is clear that no state has an unlimited supply of soldiers, certainly not specialised ones. It seems sensible, however, to assume that in a normal cause of events, it would be reasonably easy for an indirect perpetrator to find one or more similarly capable replacements without changing the organisation. This is so, because the civil law has at its core the task of championing material justice in accordance with the written law. The OPT allows for the most responsible actors in a state-organised regime of well-orchestrated violence to be sentenced as a perpetrator rather than a contributor. As such, the practical limits the OPT faces should be regarded only up to a point where the fungibility of the direct perpetrators seems in question. In most military governments and also in the Shining Path, these limits were not shown to be overstepped. Hence the courts sensibly chose to override the lead Senderista's arguments regarding the replaceability.<sup>95</sup> The Supreme Court did so in

strict adherence to *Roxin's* teachings. The trial court, however, had seemed somewhat concerned by Guzmán's argument and therefore imbued the OPT with a unique Peruvian perspective. Its judges found that while there may not have been interchangeability in the strictest sense of the word, all of its members nonetheless displayed a 'disposition to realise the crimes'.<sup>96</sup> It thereby altered the OPT's requirements on its own and found that rather than fungibility, the organisation only had to meet the test of its members having a general disposition or, as *Muñoz Conde* calls it, a 'favourable attitude' towards following orders.<sup>97</sup> While interchangeability is also somewhat hard to measure, it is still observable by looking at the number of members and its internal structure. The internal disposition, on the other hand, is a subjective criterion very difficult to prove and also almost the opposite of control in the traditional sense of the word. After all, it means that the commander has to rely on the members's willingness to cooperate rather than being able to simply replace them. It follows that the Supreme Court therefore saw no need to alter the OPT and convict Guzmán accordingly thereby disagreeing with the Penal Chamber.

Another important case for establishing the OPT's firm presence and acceptance in what Bernd Schünemann calls 'International Criminal Law Doctrine' was the 2009 conviction of the former president of Peru, Alberto Fujimori.<sup>98</sup> A former mathematics professor, Fujimori rose to the country's highest elective office in 1990 and ruled for around ten years until the Peruvian congress voted to impeach him after a source leaked information regarding the illicit purchase of votes with tax monies resulting in a major corruption scandal.<sup>99</sup> He later faced several charges. The ones related to the OPT have to do with his actions against the Shining Path. When Fujimori came into office, the PCP had created various 'liberated zones' in observance of their Maoist strategy. Terror attacks became increasingly common and the populace was scared. Thus, the president decided to commence an aggressive counteroffensive that led to the apprehension of Guzmán, the creation of the mentioned Rondas, armed peasant patrols, as well as the formation of a clandestine death squad named Grupo Colina. That group became infamous for two deployments in which its members ambushed several unarmed civilian victims who they suspected to be working for the Shining Path. These incidents are commonly referred to as the massacres of Barrios Altos (1991) and La Cantuta (1992). The public was outraged by the unmitigated brutality, violation of due process, and, at least in some cases, the murder of innocent citizens. Tensions increased further, when all government officials involved were later indemnified by an amnesty law. There were some diplomatic complications

<sup>92</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113 (128).

<sup>93</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113.

<sup>94</sup> *Herzberg*, ZIS 2009, 576.

<sup>95</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113 (129).

<sup>96</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113 (130).

<sup>97</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 113 (129).

<sup>98</sup> *Roxin*, ZIS 2009, 565.

<sup>99</sup> BBC News Online from 20.7.2009, retrieved from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/8160150.stm> (17.4.2022).

until Fujimori could finally be tried for his crimes. It marked the first time in history that a country's democratically elected leader would be convicted for human rights violations and sentenced accordingly in a fair trial. In its final verdict, the Supreme Court goes to extreme lengths to show the OPT's doctrinal and judicial validity as well as why it was applicable to the case at hand.

The reception process in Colombia was similar to that of German courts, where the theory was officially considered but rejected before eventually being used to convict an accused perpetrator.<sup>100</sup> Since the doctrinal details are similar to the cases already presented, it is sufficient for the purposes of this research to sketch out some key points.<sup>101</sup> The first Colombian case concerns a large oil spill in the village of Machuca in 1998, which ended up killing over a hundred of its inhabitants. Members working for an oil company affiliated with the paramilitary, communist National Liberation Army of Colombia (Ejército de Liberación Nacional/ELN) aimed at disrupting the government's economy by sabotaging a part of its oil industry. While the police were unable to identify the direct perpetrators who had physically damaged the pipelines, the prosecution did indict some of the ELN's central commanders. The Colombian Supreme Court then discussed the OPT in its corresponding 2007 judgment but chose to convict all of the accused as co-perpetrators. Unlike the German doctrine upon which *Roxin* based his theory, the Colombian penal code does not require a mutual plan for co-perpetration. The decision's divergence from the previously cited cases was therefore legally sound. Furthermore, in the Machuca Case the local ELN-affiliated oil company enjoyed a large measure of hierarchical independence from the organisation's central executive body, the Central Committee. Therefore, it lacked the mechanical cog-like nature typically associated with organised power structures in the *Roxinian* sense. Since the Central Committee set the general policies and had some disciplinary competencies within the ELN, the court found the collective policy of subverting the Colombian government to be a sufficient ideological adhesive for assuming a concerted plan of co-perpetration. The first time a Colombian court did in fact apply the OPT was in a trial against Álvaro Romero in 2010.<sup>102</sup> He was commander of another paramilitary organisation, called the Frente Héroes de los Montes de María. Its members were involved in multiple killings of civilians but due to their more rigid organisation qualified as a power structure making the individual assailants fungible pawns and linking the commander to the crimes as an indirect perpetrator by virtue of control of the act via organised power structures. Furthermore, Romero was neither involved in the

planning nor the execution of the murders, therefore also not liable as a co-perpetrator or instigator under Colombian law.

Finally, and a bit of a special case, the Brazilian judiciary has, as far as is discernible, only mentioned the OPT once. This occurred in a high-profile trial that the Brazilian Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal/STF) decided in late 2012.<sup>103</sup> Titled Mensalão Case it regards the large monthly payments (mensalões) in which high-ranking government members and functionaries of the incumbent worker's party (Partido dos Trabalhadores/PT) under president Luís Lula da Silva had essentially bought the support of congress members from other parties.<sup>104</sup> The money in turn came largely from private parties interested in influencing the legislative process to their advantage. The STF found many of the indicted party members criminally responsible for, inter alia, violation of bribery and money laundering laws. In accordance with the corresponding procedural law, the ten justices chose to submit their own opinions individually. Some of them explicitly referred to the OPT when constructing their arguments for sentencing the accused parties. It becomes obvious, however, that they used the terminology to mean something else. Brazil's criminal code, in difference to the nations presented so far, does not differentiate between perpetration and contribution.<sup>105</sup> Hence it follows what German jurists would call the *Einheitstäterbegriff* meaning a unified concept of perpetration.<sup>106</sup> This fact obviates any discussions on the type of perpetratorship and therefore the OPT. There should have been no doctrinal reason for some of the justices to expound on the merits and provenance of the OPT. Nonetheless, it proved to be its debut within the Brazilian judiciary.<sup>107</sup>

In summary, the Latin American courts in Argentina, Chile, Peru, Colombia, and Brazil have so far chosen to apply the OPT. Argentina's Buenos Aires Federal Court of Appeals was the first judicial body to base a verdict on it. Most other decisions in this category followed over a decade later, whereas the Brazilian STF apparently mistook *Roxin's* theory for something else.

#### IV. Analysis

After introducing both the historiographical frameworks and the OPT's development, the analysis section attempts to connect these two. The goal of that is to understand why the OPT could take hold and flourish in the Latin American, or more specifically the South American, judiciary. When assessing this phenomenon, there appear to emerge three different classes of findings. The first one concerns the necessary

<sup>100</sup> Velásquez, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, 2014, p. 1119 (1121); Muñoz Conde/Olásolo, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 113 (122).

<sup>101</sup> Muñoz Conde/Olásolo, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 113.

<sup>102</sup> Muñoz Conde/Olásolo, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 113 (124).

<sup>103</sup> H.J., *The Economist* from 18.11.2013, available at <https://www.economist.com/the-economist-explains/2013/11/18/what-is-brazils-mensalao> (17.4.2022).

<sup>104</sup> Greco/Leite, *ZIS* 2014, 285.

<sup>105</sup> For an overview of Latin American penal codes regarding this distinction see *Barrueta*, *Autoría mediata en aparatos organizados de poder: fundamentos dogmáticos y consecuencias prácticas*, 2016, p. 142; for Brazil see Greco/Leite, *ZIS* 2014, 285 (287).

<sup>106</sup> Kühl, *JA* 2014, 668.

<sup>107</sup> Cf. Greco/Leite, *ZIS* 2014, 285.



causes. Secondly, the acceleratory factors may not be the root cause for the OPT's international success but they aided its dissemination. Finally, there are the historiographical findings. Synthesising everything presented so far in this research, this third category entails the concrete consequences for the historiographical models outlined above.

There are three necessary causes for the OPT's emergence and development in Latin America. The first one is that its legal traditions have been deeply steeped in European legal theory. Second, *Claus Roxin's* international efforts elevated the OPT to reach a higher level of international awareness. Third, the Buenos Aires Federal Court of Appeal's judgment raised the OPT's profile and made it more accessible to other Latin American legal systems.

Latin America's past is the first necessary condition for the OPT's emergence there. It is no coincidence that today's Ibero-American criminal codes have the structure they do.<sup>108</sup> Most feature a general part outlining the rules of perpetration, intent, guilt etc. as well as a special part listing the individual crimes.<sup>109</sup> Examples for this are the Argentinian or Chilean penal code. Unlike the natural sciences such as Newtonian physics or molecular biology, the structure of criminal codes is not determined by any natural constraints. The variety in legal systems around the world shows that the way lawmakers structure their legislation to regulate society's behaviour is based on local decisions. Nonetheless, there are conventions, which sometimes solidify into immutable rules as time passes by. Spanish legislation becoming the Ibero-American laws was one such process that began during the colonisation period in the sixteenth century and beyond. For the study at hand, the Iberian powers of Spain and Portugal play the relevant role as they generated the lasting connective tissue between Europe and Ibero-America.<sup>110</sup> When the Latin American nations came of age and their people severed their political ties to Europe from the nineteenth century onwards, many of the indigenous cultures had by then been replaced, wiped out or repressed. Thus, the modern Western political models remained and with them the continental civil law.<sup>111</sup> In particular, the French Code civil has been pervasive and influential as the central rule book for Latin American private law. Constitutions were fashioned on French and North American designs as well.<sup>112</sup> For penal law, however, the influence was largely German. When *Duve* asked *Roxin* in a 2006 interview why he thought that the German criminal theorists had been particularly influential in modern Ibero-America, more so than German jurists in other domains, the latter guessed that it might have been for two reasons.<sup>113</sup> The

German criminal doctrine had been refined to a higher degree than those in any other civil law country. Arguably, this enhanced its credibility. Its clarity also made its application more straightforward. Secondly, *Roxin* argued, that criminal deeds across the globe followed a similar path. There were thefts, murders, and arsons in every country. To be fair, he did not pretend to have any precise knowledge on the reasons. Still, it seems not quite satisfactory to assume that the material subject of criminal law is distinct from that of constitutional or private law in its generality. Problems that those legal disciplines and their respective legislators tried to address were just as universal. Every democratic state needed a foundational set of principles, every Latin American community relied on formed contracts and required rules to regulate damages on an intrapersonal level. While the historical analysis of the first successful German legal exports in criminal law to America are not within the scope of this research, it makes sense nonetheless to survey them at least briefly. By doing so, one gains a glimpse of the construction of a road, as it were, between German legal thought and Latin American jurists. Upon that path the OPT would later travel into the American nations. One example for this road-building is Argentina's first criminal code of 1886. It was based largely on the Project of *Carlos Tejedor* by the eponymous Argentinian law professor at the University of Buenos Aires. In this 1864 draft, which remained the doctrinal nucleus despite subsequent modifications and debates, *Tejedor* had mostly taken as inspiration Feuerbach's Bavarian Criminal Code (*Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*) of 1813.<sup>114</sup> Without even having to go into detail why certain doctrinal maxims from this law may have facilitated the OPT's integration into Argentinian law, it is significant that from the first day of its existence, Argentine criminal codification had baked into it some German intellectual DNA. It is not possible in the space allowed here to go into similar detail for all the Ibero-American nations. However, the Argentinian example shows how deep the connections run. It is therefore no surprise that jurists from the same country would be particularly interested in the contemporary ongoing German doctrinal debates across the Atlantic. The two criminal codes were similar and therefore their problems as well as solutions would be cognate, too.

Another point to keep in mind is that the German legal tradition was more established. Otherwise they would hardly have been an attractive model for *Tejedor* and his colleagues.<sup>115</sup> The German empire at the time had a system of educated lawyers, scholars, and judges to apply and analyse the penal code. In contrast, Argentina was a political as well as a doctrinal neophyte. Much like the British colonies in North America that had to rely on English legal scholars and their texts at first, Latin American jurists would have arguably acted inefficiently by not looking towards the best practices and insights that the experts from overseas had devel-

<sup>108</sup> *Meranze*, in: Grossberg (fn. 52), p. 210.

<sup>109</sup> *Duve*, forum historiae iuris, May 2006 (fn. 28).

<sup>110</sup> Cf. *Diamond*, *Guns, Germs and Steel*, A short history of everybody for the last 13,000 years, 2013.

<sup>111</sup> For the connection between political power and space in the colonial context see *Costa*, Max Planck Institute for European Legal History 6 (2016), 27 (44).

<sup>112</sup> *Mirow*, *Latin American Law, A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, 2004, p. 167.

<sup>113</sup> *Duve*, forum historiae iuris, May 2006 (fn. 28).

<sup>114</sup> *Tejedor*, *La Defensa De Buenos Aires, 1878-1880*, 2012, p. 68.

<sup>115</sup> On the general acceptance of German penal doctrine in Ibero-America see *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1421.

oped over decades if not centuries.<sup>116</sup> Thus, they did look across the Atlantic. By relying on foreign insights, it followed that eventually that practice solidified into a part of the Latin legal culture. Otherwise, it seems difficult to explain why not only most Ibero-American textbooks but also all of the cited judgments contain and explicitly quote respected German authors such as Franz von Liszt, Ernst von Beling, Hans Welzel, Günther Jakobs, *Claus Roxin*, and *Kai Ambos*.<sup>117</sup> Referencing foreign scholars and their works by name is not something common. It is hardly conceivable that the German FCJ, the European Court of Justice or the French Cour de cassation would regularly and thoroughly cite ideas and concepts from foreign authors. One might of course interject that Argentina and the others only did so because the legal cleansings from their dictatorial past were extreme cases, unique in their judicial journey to becoming a stable democracy. Still, neither did the European courts resort to similar measures, for example when the FCJ sentenced the functionaries and soldiers from the East German GDR, nor was it uncommon for the Ibero-American courts to cite German and Spanish scholars for other, less politically charged trials. Lastly, until the middle of the last century, it was a rite of passage for ambitious Latin American law students to polish both their resume and knowledge by spending time abroad in Europe.<sup>118</sup> An exchange of this nature would further have increased the influx of European legal ideas into the Ibero-American discourse.<sup>119</sup>

This doctrinal ‘street’ was the transatlantic connection upon which *Roxin* directly and indirectly voiced his message. He has been called the most important criminal scholar of the second half of twentieth century and possibly the most eminent scholar of criminal law alive today.<sup>120</sup> Nonetheless, he has always faced opposition to many of his novel ideas.<sup>121</sup> Even today, there are scholars all around the world, particularly in Germany, who have become his doctrinal rivals and routinely publish dissenting views. Given this perpetual pushback and the major doctrinal paradigm shifts he attempted to induce, *Roxin* became not only a scholar and professor but also an advocate for his ideas. As an academic instructor, he has fostered and supervised generations of young scholars

from all around the world with many of them becoming successful scholars themselves. In a personal communication from 1 May 2020, he wrote that the OPT’s success in Latin America surprised him.<sup>122</sup> Furthermore, he guessed that it was mostly due to his influence on all the Hispanophone scholars, who had researched under his supervision over the previous decades and had returned to their countries with a fervent belief in or at least a familiarisation with their mentor’s doctrines.<sup>123</sup> Another cause he added were the frequent travels to Latin America where he met with foreign colleagues and made speeches at conferences expounding his ideas. Such congresses were often put into written form to be further disseminated and stored for posterity.<sup>124</sup> In later years, some of his appearances became available on Youtube increasing access further.<sup>125</sup> Finally, he mentioned his books and articles, which had officially been translated into Spanish in the 1990s and eventually entered the Ibero-American discourse by way of citations in Latin American law textbooks and judgments.<sup>126</sup> One of the reasons the textbook authors cited *Roxin* more than many of his German contemporaries was, according to him, his unique dogmatic system of criminal law.<sup>127</sup> This seems plausible. When he started his academic career in the 1960s, *Roxin* was at a historic turning point. A new generation of penalists, many of whom favoured the control theory of perpetration, had remained untainted by the Nazi’s influence on legal scholarship.<sup>128</sup> They succeeded the older coterie of scholars, who often rejected the control theory.<sup>129</sup> Since the German criminal legislation had changed significantly after the war, those involved in the doctrinal development had a chance to imprint their ideas into the country’s legal system. Like any young organism, the criminal law of the new Federal Republic of Germany was highly impressionable. This is an important point, which apparently has not yet been made in any secondary literature. *Roxin* had rare talent allowing him to become a tenured professor at 31, an exceptional work ethic leading to a high academic output throughout his tenure and beyond, as well a kind nature, which endeared him to colleagues around the world and inspired fierce loyalty for his ideas as much as for him personally. Yet he also came into his own at a very opportune time. That enabled him to use his abilities to shape the national and

<sup>116</sup> For the English example see *Thayer*, Harvard Law Review 9 (1895), 169; *Bilder*, Yale Journal of Law & the Humanities 11 (1999), 47 (117); *Ross* (fn. 52), p. 122.

<sup>117</sup> Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas, p. 73; *Ambos*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 137.

<sup>118</sup> *Mirow* (fn. 112), p. 168; *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12).

<sup>119</sup> Similarly regarding the effect of legal studies on the dissemination of ideas *Watson*, University of Pennsylvania Law Review 131 (1983), 1121 (1153).

<sup>120</sup> *Bailone*, El autor de escritorio y el ejecutor fungible: una modesta aproximación a la teoría de Claus Roxin, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, 2002.

<sup>121</sup> For dozens of examples see overall *Roxin* (fn. 6 – Täter-schaft).

<sup>122</sup> Personal communication from *Roxin* to the author of this text, Stockdorf, May 2020.

<sup>123</sup> Similarly regarding the impact of educational background *Watson*, University of Pennsylvania Law Review 131 (1983), 1121 (1153); *Duve*, forum historiae iuris, May 2006 (fn. 28); Personal communication from *Roxin* to the author.

<sup>124</sup> One example out of many *Bailone* (fn. 120).

<sup>125</sup> One needs to only type in ‘Claus Roxin Speech’ for several results.

<sup>126</sup> For an overview of his publications and their dates see [www.claus-roxin.de](http://www.claus-roxin.de) under the heading ‘Schriften’ (writings).

<sup>127</sup> *Duve*, forum historiae iuris, May 2006 (fn. 28).

<sup>128</sup> *Ohlin*, Journal of International Criminal Justice 12 (2014), 325 (334).

<sup>129</sup> *Ohlin*, Journal of International Criminal Justice 12 (2014), 325 (334).

eventually the global discourse on matters such as the control theory and the OPT. Had he, *ceteris paribus*, been born during the Third Reich, he might have been disqualified from higher positions of influence by the post-war policy makers. Had he been born later or not been as unusually meteoric in his rise to academic tenure, someone else might have anticipated some of his arguments. Friedrich-Christian Schröder, after all, was developing similar arguments regarding the sentencing of ‘desk murderers’ and published his findings only very shortly after his famous colleague.<sup>130</sup> In summary, it is important to note that *Roxin* not only created a useful intellectual framework.<sup>131</sup> He went beyond that. He actively campaigned for the OPT by speaking at conferences and later having his teachings translated into Spanish for general consumption in Latin America. Indirectly, he instructed a large number of capable and eventually successful jurists trained under his tutelage, who even if they did not share his views, certainly knew of them.<sup>132</sup>

While path dependence and *Roxin*’s activism represent the first and second necessary conditions, the third one can be described as intra-American ‘cross-pollination’.<sup>133</sup> A blind spot of traditional approaches to comparative law and legal history has been their one-directional assessment of relationships.<sup>134</sup> In fact, nations and their legal systems are not epistemically closed to one another.<sup>135</sup> There was an exchange of ideas through various international channels long before the rise of the Internet.<sup>136</sup> In the nineteenth century, various South American scholars from different nations conversed with one another and found inspiration in each other’s legislative drafts. In case of the civil codes, *Joshua Tate* for example notes that ‘Andrés Bello’s first successful effort (the Chilean Civil Code) was studied, analysed, and criticised, but also used, by Teixeira de Freitas in Brazil, and Freitas’ unsuccessful model (the *Esboço* or Draft of the Civil Code) was later used in parts by Vélez Sarsfield’ in Argentina.<sup>137</sup> Since the early twentieth century there have also been professional legal associations such as ‘the IAB [Inter-American Bar As-

sociation], CABA [Buenos Aires Bar Association], FACA [Argentinian Federation of Bar Associations], and the OAB [Order of the Lawyers of Brazil] [, which] all engaged in publishing policies that sought to spread their messages, as well as to perpetuate events such as public talks and conferences’ across the continent.<sup>138</sup> Conferences and academic exchanges have had similar impact on an intra-American flow of ideas.<sup>139</sup> These insights serve as backdrop for the necessary effects that the Argentinian judgments in the 1980s had on the OPT’s Ibero-American development. When the Buenos Aires Federal Court of Appeals convicted the junta officers as perpetrators with the help of the OPT and the Supreme Court then discussed these reasons, it had two effects aiding the OPT’s spread in Latin America. First, it increased its visibility. The two highly publicised trials attracted a lot of attention among jurists in Argentina, Latin America, and the rest of the world. Even though the Supreme Court narrowly decided against applying *Roxin*’s approach, it nonetheless had to discuss it in order to convincingly reject it in favour of a different solution.<sup>140</sup> Second, the trial court decision by the Court of Appeals had bestowed upon the OPT something very few scholarly ideas receive: practical validation. Despite the Supreme Court’s subsequent majority opinion, the Argentine trial judges had given their seal of approval by basing their conviction on it. Since it would become one of the most symbolic trials in the history of Argentina, the prestige an application under such circumstances lent to a theory was proportionally substantial. It is therefore not surprising that some of the other cited verdicts explicitly refer to the junta trials decades later in order to give credence to their own application of the OPT.<sup>141</sup> In conclusion, the three necessary causality complexes are the construction of a path dependence between Ibero-America and Germany, *Roxin*’s activism to enable the transit on this connection and the intra-American exchange of practices.

Aside from those necessary conditions there were other factors, which were probably not a requirement for the OPT’s success but nonetheless facilitated its establishment across Ibero-America. Arguably, there have been at least three aspects, which seem plausible acceleratory agents: *Roxin*’s rising status, governmental signalling policies, and a lack of inhibitory legal circumstances.

The OPT’s popularity rose with its inventor’s fame. *Claus Roxin* has received numerous national and international accolades.<sup>142</sup> He holds almost thirty honorary doctorates from all over the world, especially from Latin American universities.<sup>143</sup> Ibero-American scholars of various generations almost venerate and often refer to him with the greatest of

<sup>130</sup> *Rotsch*, ZIS 2009, 549 (550); *Roxin*, ZIS 2006, 293.

<sup>131</sup> *Ambos*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 137.

<sup>132</sup> Personal communication from *Roxin* to the author.

<sup>133</sup> For the term in the global legal context see *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12).

<sup>134</sup> *van der Burg*, Comparative Legal History 3 (2015), 85 (87); *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12); *Watson*, University of Pennsylvania Law Review 131 (1983), 1121; *Werner/Zimmermann*, History and Theory 45 (2006), 30 (38); *Sastre/Meccarelli*, Spatial and Temporal Dimensions for Legal History Research Experiences and Itineraries, 2016, p. 16.

<sup>135</sup> ‘No legal sphere constituted a closed world’, *Benton*, The American Historical Review 117 (2012), 1092 (1099); *Bilder*, Yale Journal of Law & the Humanities 11 (1999), 47; *Meranze* (fn. 108), p. 183; *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12).

<sup>136</sup> *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12); *Mirow* (fn. 112), p. 167.

<sup>137</sup> *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12).

<sup>138</sup> *Mirow* (fn. 112), p. 170; *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12).

<sup>139</sup> Personal communication from *Roxin* to the author.

<sup>140</sup> Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas, p. 73.

<sup>141</sup> Argentine Supreme Court, Judgment of 18.5.2007 (Etchécolatz Case), p. 193.

<sup>142</sup> *Meliá*, GA 2016, 497.

<sup>143</sup> See his website mentioned above or his Wikipedia page.

praise in their publications.<sup>144</sup> Some of the Argentinian judges in the new millennium even proudly mention that it was an Argentinian court that first applied the OPT in 1985, as if to accentuate how wise they had been to listen to the great teacher first.<sup>145</sup> This would be considered highly unusual behaviour for courts in present-day Europe. Whether it is in interviews, journal articles or even court decisions, penalists from all over the world respect the man and his work.<sup>146</sup> In Germany, it is almost impossible to study Law and not come across his teachings that stretch far beyond the creation of the OPT. This all but guarantees that almost every future German lawyer will have heard of him, not unlike Charles Darwin in biology or Max Weber in sociology. His fame extends beyond Germany and Ibero-America, though. Most emblematically, the majority opinion in a 2008 ICC trial explicitly referred to the OPT's origins and *Roxin's* role in its development. *Wilke* aptly summarises the ICC's standpoint "that "modern doctrine" has generally rejected other approaches [...] the control over the crime approach has been applied in a number of legal systems and is widely recognized in legal doctrine".<sup>147</sup> The footnotes accompanying these statements start with Argentine and Spanish scholarship, followed by a long list of German doctrinal works; overall, the footnote lists 6 references in Spanish, 3 in English, and 22 in German.<sup>148</sup> Therefore, it follows that despite the OPT's doctrinal weaknesses, courts would eventually accept *Roxin's* eminence and therefore be more willing to be swayed by his reputation as much as by his doctrinal arguments.

Another facilitating factor were the Latin American governments' policies to label former dictatorial figures as criminal principals responsible for the terror regimes rather than as mere co-conspirators. From a technical standpoint, most Ibero-American criminal codes treat the different types of involvement equally in terms of the punishment.<sup>149</sup> Hence it did not reduce the prison sentence of Videla or other junta members when the Argentinian Supreme Court convicted them as necessary co-operators rather than indirect perpetrators. Yet, it was arguably important to the new democratic governments to demonstrate two things: first, that the majority of physical offenders such as the soldiers in Argentina or the agents of the *Grupo Colina* in Peru were not the actual masterminds. Especially in the former case this was strategically relevant as there had been increasingly vocal protests

from the military and right-wing civilians to abandon the prosecution and dispense a general amnesty for all parties involved.<sup>150</sup> Second, by judicially cutting off the Hydra's heads and cauterising the stumps, as it were, the Argentinian state sent a signal that it had forever vanquished the old leaders and replaced their totalitarian regime with a democratically elected government of and for the people.<sup>151</sup> *Jaime Malamud-Goti* was a close advisor to Raúl Alfonsín, the first post-dictatorship president.<sup>152</sup> The latter commissioned the former 'to submit outlines for the government's policy on human rights and develop criteria for the prosecution of human rights violators. It was our view that trying the military perpetrators of the worst crimes would contribute to the consolidation of democracy by restoring confidence in its mechanisms'.<sup>153</sup> Thus, they proceeded to draft a plan that, according to a private communication he apparently wrote to *Wilke*, involved travelling to Germany.<sup>154</sup> Once there, he learned about the OPT, which *Malamud-Goti* then relayed to the Alfonsín government. *Wilke* claims that this was how the *Roxinian* approach entered Latin America and, after having been greenlit by the president, was used by the prosecution.<sup>155</sup> It is difficult to gauge the historical relevance of *Malamud-Goti's* import, even if it is true. The chief prosecutor for the junta's trial, Julio César Strassera, mentioned in an interview once how he had been approached by the Attorney General at the time, Carlos Aramburú, for the position and how he had been asked to comply with the governmental line of prosecution.<sup>156</sup> He also intimated that he had had some general doubts as to the legitimacy of a civilian court adjudicating members of the military.<sup>157</sup> This eyewitness account does give credence to what *Malamud-Goti* wrote.<sup>158</sup> Alfonsín and his government wanted to signal a political paradigm shift.<sup>159</sup> A public trial prosecuting the previous heads of state would have been an effective strategy to do so. Whether *Malamud-Goti* actually instructed the judges, *Strassera* or Alfonsín about the OPT is unclear but possible. In his account, *Malamud-Goti* claims to have regularly met with the men who would become judges in both the Court of Appeals and the Supreme Court for deciding the junta trial.<sup>160</sup> It may indeed have played a role in highlighting the profile of the still relatively novel German methodology. Also, *Roxin's* publications had not yet been officially translated into another language. On the other hand, the courts cite both Spanish and German authors including *Roxin* with his German origi-

<sup>144</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 113; *Greco/Leite*, *ZIS* 2014, 285; *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1416; *Bailone* (fn. 120); *Duve*, *forum historiae iuris*, May 2006 (fn. 28); *Balbuena Ríos*, *Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales* 2017, 214; *Ambos*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 137.

<sup>145</sup> Argentine Supreme Court, Judgment of 18.5.2007 (Etchécolatz Case), p. 193.

<sup>146</sup> *Greco/Leite*, *ZIS* 2014, 285 (291).

<sup>147</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1421; cf. Also *Ambos* (fn. 36 – Rome).

<sup>148</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (570).

<sup>149</sup> Cf. for an overview *Balbuena Ríos*, *Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales* 2017, 214.

<sup>150</sup> *Malamud-Goti*, *Human Rights Quarterly* 12 (1990), 1 (4); *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (564).

<sup>151</sup> *Rotsch*, *ZIS* 2009, 549 (551).

<sup>152</sup> *Malamud-Goti*, *Human Rights Quarterly* 12 (1990), 1 (2).

<sup>153</sup> *Malamud-Goti*, *Human Rights Quarterly* 12 (1990), 1 (2).

<sup>154</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (561).

<sup>155</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (561).

<sup>156</sup> *Doria/Durán*, *Revista Exactamente* 1999, 22 (23).

<sup>157</sup> *Doria/Durán*, *Revista Exactamente* 1999, 22 (23).

<sup>158</sup> *Malamud-Goti*, *Human Rights Quarterly* 12 (1990), 1 (2).

<sup>159</sup> *Rotsch*, *ZIS* 2009, 549 (551); *Nino* (fn. 26), p. 62; *Malamud-Goti*, *Human Rights Quarterly* 12 (1990), 1 (2).

<sup>160</sup> *Nino* (fn. 26), p. 61.

nal titles.<sup>161</sup> The cited works match the judgment's arguments. In other words, someone had properly researched the doctrinal basis for both the OPT and other methodological theories from Germany. They might have been able to read German or, more likely, refer to the Spanish textbooks which did feature an account of the original German before it would be translated decades later.<sup>162</sup> Hence there is no certainty as to whether the judges first heard of *Roxin* through *Malamud-Goti* or because they had some of *Roxin*'s books available to them or whether there was another, unknown reason. It was likely a mix of the first two hypotheses. Strassera's indictment from 1985, for example, does not contain any explicit reference to German doctrine or *Roxin*.<sup>163</sup> However, he mentions the Eichmann trial in Jerusalem and defends the application of indirect perpetration for the junta members, something dogmatically only achievable by means of the OPT. It is therefore likely that the prosecution and the judges had doctrinal discussions before and during the trial, a supposition seconded by *Malamud-Goti* as well as *Wilke*.<sup>164</sup> The degree to which this was also true for Chile, Peru, and Colombia must remain outside the scope of this research for brevity's sake and because they may have been influenced by the broad literature around the OPT that had built up by the 1990s and 2000s. For now, it is more important to bring forth the idea of signalling as a reason for the OPT's dissemination and tie it to the first mover, Argentina. *Roxin*, in his private correspondence, did indicate that he guessed that all the judiciaries concerned had some intent to symbolically sacrifice the old leadership and installing themselves in their stead. Offering up someone during a period of unrest when there is a lot of tension in the populace reminds one of *René Girard's* scapegoat mechanism, where someone had to be sacrificed symbolically or actually for the greater good of society.<sup>165</sup> This is not the place to philosophise on the anthropological nature of man in general, but *Girard's* thoughts are in line with what happens in many countries during periods of transitional justice. It is a topic ripe for further investigation.

A third causality complex, which might have been advantageous for the OPT's transfer to and within Latin America was the lack of legal inhibitors in the nations where it was applied. Conversely, they may have prevented or slowed down the reception in other countries.<sup>166</sup> One such inhibitory factor were the impunity laws.<sup>167</sup> The indirect perpetration

through the use of power structures has been mainly applicable for trials in which former high-ranking government officials were indicted for their acts during a military dictatorship. Looking at the history of Latin American states comparatively, it becomes apparent that there have been other nations such as Paraguay, Uruguay, Brazil, El Salvador, and Nicaragua, which experienced similar regimes.<sup>168</sup> How come there have not been any trials and applications of the OPT in those jurisdictions? An obvious answer are the impunity laws. Argentina as well had its Full Stop Law and the Law of Due Obedience, which sheltered most of the perpetrators from the NRP period. Eventually, in 2003 the Supreme Court overturned both pieces of legislation as well as the controversial pardons issued by the former Argentinian president Carlos Menem in 1989 and 1990.<sup>169</sup> In contrast, politicians in Brazil, El Salvador, and Paraguay ensured that their former military personnel remained unencumbered by legal proceedings. The Paraguayan commanders did not even bother with the enactment of any amnesty laws because they knew that their former colleagues in the government would not prosecute them. They were right. Whether this situation of impunity might change in the future is up for debate. For now, these protective laws keep the aging offenders safe from prosecution. Another inhibitory legal custom is the existence of a uniform perpetrator model. As was the case in Brazil, indirect perpetration is not a concept that fits into the uniform framework.<sup>170</sup> Under these circumstances the different types of involvement do not matter for the judge when investigating a defendant's criminal liability; any theories delineating a precise distinction between cooperation and perpetration is superfluous. The fact that Brazil's highest court chose to mention the OPT does not refute this. Rather, it supports two previous arguments. On the one hand, the OPT's application in the Mensalão Case emphasises how many Latin American judges, even those of a Supreme Court, will include *Roxin* into their reasoning to give it more polish and apparent profoundness, even if does not make sense from a doctrinal point of view.<sup>171</sup> On the other hand, the STF provided a good example for an intra-American connectivity as the Brazilian justices may have read some of the judgments featuring the OPT and concluded that the concept was applicable whenever government officials acted flagrantly outside of the law. Finally, one legal inhibitor lacking in Argentina, Peru, Chile, and Colombia is the survival of the now largely obsolete formal-objective theory of perpetration.<sup>172</sup> It requires any actor to have taken part physically in the forbidden behaviour

<sup>161</sup> Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas, p. 266.

<sup>162</sup> *Mirow* (fn. 112), p. 169, 185.

<sup>163</sup> Indictment by Julio César Strassera in the Trial of the Juntas (1985).

<sup>164</sup> *Nino* (fn. 26), p. 61; *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (562).

<sup>165</sup> *Girard*, *Things hidden since the foundation of the world*, 2016, p. 188.

<sup>166</sup> For details on the reception as a legal process see *Costa*, *Max Planck Institute for European Legal History* 6 (2016), 27 (42).

<sup>167</sup> For an early legal analysis, including an explanation of the concept of 'impunity laws' see *Ambos*, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, in Spanish: *Impunidad y*

*derecho penal internacional*. 2a. Ed. Ad-Hoc, Argentina, 1997, available here [https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos\\_Kai\\_Impunidad\\_y\\_derecho\\_penal\\_internacional\\_2a\\_Ed\\_Ad-Hoc\\_Argentina\\_1997.pdf](https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos_Kai_Impunidad_y_derecho_penal_internacional_2a_Ed_Ad-Hoc_Argentina_1997.pdf) (19.4.2022).

<sup>168</sup> See for example *The Economist* 431 (2019), p. 33.

<sup>169</sup> *Ambos* (fn. 67), p. 93.

<sup>170</sup> *Greco/Leite*, *ZIS* 2014, 285 (287).

<sup>171</sup> *Greco/Leite*, *ZIS* 2014, 285 (288).

<sup>172</sup> *Reed/Bohlander*, *Participation in crime domestic and comparative perspectives*, 2013, p. 323.

in order to be considered a principal, i.e. a perpetrator of a crime. For reasons that in the interest of efficiency shall not be discussed here, it lost its former high status globally as well as in the Latin American judiciary, which in turn moved towards either the subjective or control theory of perpetration. It is probable that the South American trend mirrored the German one since many of the textbooks cited and read in the middle of the twentieth century were still largely based on European doctrine. The Argentinian Supreme Court in 1985 still held the objective theory to be the best solution.<sup>173</sup> It found the notion of indirect perpetration and the OPT to be foreign and incompatible with current practice. The same court, albeit with different justices, had no such qualms just roughly twenty years later. In conclusion, the absence of legal inhibitors such as impunity laws, uniform perpetration and the formal-objective theory of perpetration allowed or at least aided the OPT's establishment across various South American countries.

After having presented both the necessary causes and acceleratory factors for the OPTs spread, these insights can be further investigated with the help of the historiographical tools introduced earlier. There are in essence five models to discuss, where some of them have been briefly touched upon already and can be grouped together with one another. These topics are the observer problem within the *histoire croisée*, reciprocity, chronicity, spatial renegotiation and finally the validity of *Watson's* theory of transplants in the research at hand.

Starting with the observer problem, it is helpful to bring to mind its premise again.<sup>174</sup> When studying Latin American legal culture and how it dealt with and incorporated a foreign concept, European researchers run the risk of automatically classifying the receiving non-European country as passive and, by implication, legally underdeveloped.<sup>175</sup> It would be simple to construct a narrative in which the Argentinian government was unable to cope with the intricacies of perpetration and therefore had to call doctrinal reinforcements, as it were, from the 'developed world'. *Wilke* brings forth a criticism of this ilk. According to her, the OPT flowed from the Global North to the underdeveloped South on a 'slanted globe'.<sup>176</sup> She further criticises that all the labor going into the development and the corresponding recognition, supposedly by the global legal community, were unequally distributed.<sup>177</sup> Since she investigated the OPT's role in international criminal law, namely the ICC judgments, it is mostly here where she claims to have identified Northern chauvinism. Most of the literature cited by the ICC in the so-called cases of Katanga and Ngudjolo was by German authors and only a minority by Latin American ones. She concluded that this treatment by the ICC, one of whose chief prosecutors, Luis

Moreno Ocampo, had been the assistant prosecutor in the junta trial, represented an institutional undermining of subaltern voices. First, it is questionable that the highest courts of Latin America's third largest economy by GDP is actually sufficiently marginalised to even pursue this type of post-colonial criticism. This is fortified by the presence of some non-Western judges and prosecutors, who indeed formed part of the allegedly marginalised South. Aside from that, the ICC only cited the German scholars on the subject in relation to the Hispanophone researchers in a larger quantity since they were from the jurisdiction where the OPT was first conceived. It was also incorrect to indict 'the North' for allegedly ignoring the Latin American jurists's efforts. Her remark that the German, and by her extension 'the Northern', legal community had chosen to ignore the doctrinal labours of 'the South', is not convincing. *Wilke* seems to confuse the civil law tradition with the common law one. Statements such as 'each new case changes the meaning, tone, or scope of the concept' and 'without such usages, the legal concept would simply catch dust and become quaint' are typical for common law jurisdictions such as Canada where *Wilke* is currently researching.<sup>178</sup> It is a characteristic of civil law, though, that what matters most is the written law.<sup>179</sup> Much like a digital file, the rules become neither obsolete nor dusty by a lack of use. They stay perpetually primed for application until the legislators change them. Unless a case requires the solution of a previously unknown problem, all verdicts should in theory be uniform. Hence the FCJ acted reasonably when it did not go into detail about the Argentinian notions from ten years prior. German courts need to follow the applicable codified provisions and generally cannot cite foreign case law.<sup>180</sup> Aside from that, the junta trials did not produce any doctrinal novelty that went beyond what *Roxin* had conceived. This, incidentally, was not true of the FCJ. It did elaborate on *Roxinian* doctrine and developed it in crucial ways. Without going into too much detail, it was noteworthy the first court to suggest its application to criminal organisations of any kind, governmental or otherwise.<sup>181</sup> The second error *Wilke* commits is her omission of the German scholarship. In contrast to her claim, German scholars did in fact praise and mention the Ibero-American feats.<sup>182</sup> For example, *Roxin* himself congratulated the Peruvian Supreme Court for its elaboration on his idea.<sup>183</sup> It had not only assessed the OPT's judicial application in the most comprehensive scholarly manner of any court so far, including the German FCJ, but also refined the concept of replaceability.<sup>184</sup> It differentiated between negative and positive fungibility. The

<sup>178</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (560).

<sup>179</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1438.

<sup>180</sup> This is sometimes even the case for common law jurisdictions, see *Siems*, *Legal Studies*, 38 (2018), 103 (116).

<sup>181</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1416.

<sup>182</sup> *Ambos*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 137.

<sup>183</sup> *Roxin*, *ZIS* 2009, 565 (567).

<sup>184</sup> *Muñoz Conde* (fn. 2), p. 1434; *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (571).

<sup>173</sup> Argentinian Supreme Court on the Trial of the Juntas, p. 60.

<sup>174</sup> *Werner/Zimmermann*, *History and Theory* 45 (2006), 30 (41).

<sup>175</sup> 'Divergent patterns in the Global South were a sign of malfunction', *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12).

<sup>176</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (573).

<sup>177</sup> *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (564).

former was to be understood as an intraneus's replenishing fountain of new human tools to do his bidding should the first extraneus fail his task. Positive fungibility, the court argued, was the commander's freedom of choice to select the most appropriate human weapon to carry out his order. Scholars of international criminal law such as *Ambos* have also cited the efforts of Ibero-American courts at length.<sup>185</sup> *Wilke's* overall criticism is therefore misplaced in this regard.

There is but one aspect where her cultural criticism is justified. Generally, there has been a tendency in Western or 'Northern', as *Wilke* puts it, scholarship to view agents in the rest of the world as passive recipients of foreign accomplishments. Not only can this restructuring of reality debase subaltern groups, as *Edward Saïd* explained in his book *Orientalism*.<sup>186</sup> This seminal work is often thought of as modern post-colonial thought's first major study.<sup>187</sup> Cultural paternalism is also prone to obfuscate or at least overshadow developments that run counter to the prevailing Western discourse. *Wilke* has fallen prey to her own predictions in that she postulates a 'slanted globe', but then warps reality to make it fit that narrative as shown above. Nonetheless, her general concerns are not entirely unfounded. A large number of German legal publications portray the Latin American judgments, not necessarily intentionally so, as derivative and a type of quirky validation for *Roxin's* idea.<sup>188</sup> It is uncommon to read about details of how the Latin American judges deviated from the OPT as understood according to the leading German doctrine. Therefore, it seems appropriate to highlight a few Ibero-American doctrinal achievements and idiosyncrasies in order to enrich the debate and provide members of the 'North' with a few examples for their future research. Aside from the Peruvian example of dual fungibility, there are other decisions in which the OPT was considered but rejected. The Argentine Supreme Court deliberately decided against applying it. One of the reasons for that, the court held, was the foreign and incompatible nature of the German approach to establish perpetratorship. The Uruguayan judiciary also could have applied it in 2010 when it sentenced *Juán Bordaberry Arocena*, the country's former president, for human rights violations he oversaw during an episode of state repression in the 1970s.<sup>189</sup> It discussed his control of the acts. None of the judges made an explicit reference to either *Roxin* or the OPT, though. By that time, it is hardly conceivable that the judges had not heard of all the other cited trials, particularly the highly publicised conviction of *Alberto Fujimori* only a few

years earlier. Instead, the Uruguayan judiciary relied on its own judgment, be it based on foreign ideas such as the control theory or because they wanted to emphasise their doctrinal independence. Another example is the already mentioned Peruvian trial court that had chosen to replace *Roxin's* fungibility requirement with its own: a 'favourable attitude' towards carrying out the orders of the PCP. Finally, the current president of the Argentinian Supreme court, *Carlos Rosencrantz*, wrote an article in 2007 in which he criticised the, what he saw as, the exaggerated submissiveness of the Argentine government to foreign political pressures.<sup>190</sup> Specifically, he referred to the impunity laws that the Supreme Court had repealed in a 2003 decision known as the *Caso Simón* after one of the defendants, *Julio Simón*, a former police officer responsible for administering torture during the NRP. Turning away from the amnesty legislation of the 1980s originated in part from the country's constitutional reform of 1994, which enshrined Argentina's commitment to the international community to prosecute any serious human rights violations. *Rosencrantz* saw this as problematic:

'I am not arguing [...] about whether or not international law integrates our law or whether we should apply existing law and honour the commitments that bind us. All I want to do here is to call to mind those who see only goodness in the practice of deferring to foreign or international norms and to contribute to an understanding of the position of those who believe that collective self-government requires us to look much further inward to arrive at solutions that can be seen as the reconstruction of the principles that constitute us as the political community that we are.'<sup>191</sup>

With this remark he, as one of the most prominent jurists in Argentina today, called for a more independent assessment of justice without taking unsolicited foreign policy advice. The chief justice was criticised afterwards by both public and private actors for his indirect support of the impunity legislation, which had been repealed in 2003, i.e. before his tenure at the court began in 2015.<sup>192</sup> It is debatable that he, in fact,

<sup>185</sup> *Ambos*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 137; *ibid.* (fn. 7).

<sup>186</sup> *Saïd*, *Orientalism*, 1979; *ibid.*, *Culture and Imperialism*, 1994; *Costa*, *Max Planck Institute for European Legal History* 6 (2016), 27 (55).

<sup>187</sup> *Spanos*, *The Legacy of Edward W. Said*, 2009, p. 1; *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12); *Chibber*, in: *Abu-Manneh* (ed.), *After Said: Postcolonial Literary Studies in the Twenty-First Century*, 2018, p. 37.

<sup>188</sup> *Meliá*, *GA* 2016, 497 (505).

<sup>189</sup> *Muñoz Conde/Olásolo*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 113 (133).

<sup>190</sup> *Rosencrantz*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 2007, 203.

<sup>191</sup> *Rosencrantz*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 2007, 203 (213), own translation. Spanish original: 'No estoy discutiendo con Filippini acerca de si el derecho internacional integra o no integra nuestro derecho ni si debemos aplicar el derecho vigente y honrar los compromisos que nos vinculan. Lo único que quiero hacer aquí es llamar a la reflexión a aquellos que solo ven bondad en la práctica de diferirse a normas extranjeras o internacionales y contribuir a que se entienda la posición de aquellos que consideran que el autogobierno colectivo requiere que miremos mucho más para adentro para llegar a soluciones que puedan ser vistas como la reconstrucción de los principios que nos constituyen como la comunidad política que somos'.

<sup>192</sup> *Página/12* from 17.12.2015, available at

meant to protect the regime, as some have claimed, rather than rousing support for Argentina's legislative independence. In any case, if the country's highest judge emphasises the importance of a proper national legal culture at the risk of public scorn, it is safe to assume that Latin American judiciaries do not all merely take their cues from the North. They make their own judicial decisions.

Such agency, however, changes in relevance when one adjusts the temporal and spatial scales of investigation.<sup>193</sup> Proponents of global history extol its merits for producing new insights into the past through reconfiguration of both time and space.<sup>194</sup> According to their approach, *Joseph Conrad* notes,

‘attention to the synchronic context is a potential eyeopener. It connects events to others across borders, and it opens the view to entanglements in space. The focus on global contexts can help explain the simultaneity of events that fail to come into view within conventional national frameworks. Moreover, it sensitizes historians to causal factors operating beyond, and across, the society or locality under study [; it also features] the decision to emphasize synchronous factors in space over long-term genealogies and internal temporal continuity.’<sup>195</sup>

When assessing the temporal dimensions of the OPT's development, one can switch between a diachronic and a synchronic view of the past.<sup>196</sup> The former focuses on the linear process of time and symbolises a sort of train track upon which reality, for lack of a better term, has moved towards the present. In the section above, colonisation was portrayed as the starting point for the eventual influx of German criminal doctrine into Latin America. It is possible to go back in time even further. Proponents of so-called big history take into consideration the geographical and ecological formations that led to the environmental factors of why the empires of indigenous peoples were, supposedly, less advanced than contemporary European societies and therefore unable to resist the Iberian invaders in the sixteenth century.<sup>197</sup> *Jared Diamond*, for example, argues that the geological orientation of America with its North-South axis hindered the spread of useful plants and animals due to the narrower passageways and climatic gradients.<sup>198</sup> This was an inhibitory factor not present in Eurasia, he reasoned, explaining European societies' comparatively accelerated growth and development. Regardless of whether that is true, it shows how easily the

agency of the Spanish conquistadores is diminished. Their battles with the indigenous peoples of America would have thus been, in the words of *Conrad*, ‘decided long before [they] took place’.<sup>199</sup> Applying this shift of temporal scale to the OPT, it might no longer seem surprising that the dominant West conquered the comparatively embryonic native civilisations of the Americas. That development would have been the logical consequence of the geological formations and man's biological tendency to conquer. Rephrasing history like this, however, runs the danger of depriving the involved parties of all agency, similar to stipulating that there was no free will and everything happened because events could not have transpired in a different fashion. This sort of critique is usually known and nowadays criticised under the rubrics of deterministic fallacy and historical teleology. While it is plausible that a large temporal frame of reference as in big history does carry a bias for diminished human agency, there is still enough latitude and uncertainty left to account for human contingencies. Otherwise all of the Latin American nations might still be under foreign colonial rule; yet they became independent. Applied to the OPT, there might have been a doctrinal ‘road’ to Germany and Spain, but many judges in Ibero-America chose their own lanes nonetheless. Therefore, the game of scales or jeu d'échelles, where several temporal and spatial levels of inquiry are applied in rotation, yields a multitude of insights that need not contradict the benefits of big history.<sup>200</sup> By applying a large diachronic scale, one can utilise and test big history's assumptions such as the geological predetermination of European conquest or go down all the way micro-history and investigate the personal influences of key figures such as Supreme Court justices, *Alfonsín* or *Roxin*. As long as the historian does not commit the mistake of developing a nomothetic outlook on the past where he attempts to derive immovable laws of history from the natural sciences, switching scales holds much promise.

Aside from this diachronic gaze on the past there is also a synchronic one that generates new knowledge with regard to the OPT.<sup>201</sup> So far, the countries involved with *Roxin's* theory were presented one by one and from a directional perspective where the dynamic flow of events leading up to its adoption was the main focus. It is also possible, however, to freeze time, as it were, and look at the entire world map.<sup>202</sup> Doing this allows the inquirer to spot similarities occurring at the same time but across space.<sup>203</sup> Indeed, it can be an ‘eyeopener’ because such a global comparison highlights phenotypical similarities and differences of the same object. Only Argentina was applying the OPT in the 1980s. In the 1990s Germany

<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-288449-2015-12-17.html> (17.4.2022).

<sup>193</sup> *Costa*, Max Planck Institute for European Legal History 6 (2016), 27 (35).

<sup>194</sup> *Sastre/Meccarelli* (fn. 134); *Costa*, Max Planck Institute for European Legal History 6 (2016), 27.

<sup>195</sup> *Conrad*, What is global history?, 2016, p. 158.

<sup>196</sup> Cf. *Werner/Zimmermann*, History and Theory 45 (2006), 30 (35).

<sup>197</sup> *Conrad* (fn. 194), p. 143.

<sup>198</sup> *Diamond* (fn. 112).

<sup>199</sup> *Conrad* (fn. 194), p. 145.

<sup>200</sup> For more on the term of game of shells see *Drayton/Motadel*, Journal of Global History 13 (2018), 1; *Conrad* (fn. 194), p. 149.

<sup>201</sup> Cf. *Werner/Zimmermann*, History and Theory 45 (2006), 30 (35).

<sup>202</sup> *Sastre/Meccarelli* (fn. 134), p. 18.

<sup>203</sup> ‘A pause in the flow of time’, *Werner/Zimmermann*, History and Theory 45 (2006), 30 (35).



and Peru join. In the 2000s the other mentioned nation-states follow suit. Through this process space is reimagined and reterritorialised.<sup>204</sup> A new ‘imagined community’ in the Andersonian sense materialises.<sup>205</sup> Such a result may lead to new conclusions. Did the OPT-adopting states share some special features that others did not? *Muñoz Conde* hypothesised that German penal doctrine was particularly invasive in countries where there were strong authoritarian and traditional systems such as the catholic church in place. *Roxin* disagrees because the German Imperial Penal Code of 1871 had been entirely secular and was compatible with the rule of law. He errs in that not all Latin American penal codes were based on that.<sup>206</sup> As mentioned, the Argentinian law drew inspiration from an earlier Bavarian regulation. Nonetheless, it does not seem immediately obvious why an authoritarian system should per se prefer German criminal law over, say, the Spanish or Portuguese. It appears more likely that the reasons outlined above, chiefly the German doctrine’s clear structure and comprehensiveness played a major role in its success. Other reasons with regard to the OPT may have been the influence of the Spanish-born Luis Jiménez de Asúa, a law professor at the University of Buenos Aires in the 1960s.<sup>207</sup> He became acquainted with several German scholars of criminal law during journeys to Germany and then instructed a generation of Argentinian jurists in the 1960s. Further study might reveal that some of the judges in the junta trials were his students or listened to his lectures. In any case, looking at the world map and identifying ideologically contiguous spaces regardless of national boundaries is a useful tool for investigating locally unique but globally coherent phenomena. Chronicity also emphasises how the OPT’s international character changed. While it used to be a German influx in the 1960s, the Latin American judiciaries increasingly modified it as seen with the Peruvian courts or *Rosencrantz’s* distrust of overbearing foreign regulatory influences. Synchronically, there appears a shared transatlantic space on the one hand. Diachronically, on the other hand, one detects a strengthening of Latin American judicial agency.

Another typical feature of global history is reciprocity, which the OPT’s development embodies. Analysing global transfers of ideas requires more than the one-directional assessment of past events, because that does not capture reality appropriately.<sup>208</sup> Whenever there is a conversation between two cultures, there usually arises an exchange which affects the sender as much as the recipient had been affected before. An example of this in addition to the ones provided in the historiography section above would be the implementation of

structured time in 1920s Egypt. The British colonisers introduced a special ‘Egyptian time’ in the train timetables which already included a pre-supposed tardiness of Egyptian locals.<sup>209</sup> Eventually, the population got used to this distorted and inflated time measure thereby adopting its inner temporality to the British preconceptions. The latter, in turn, would see the regular Egyptian practice and thereby witnessed the realisation of their previously fictional prejudice. Émile Durkheim introduced this process as the bifurcation of temporal relativity, that is physical and social time.<sup>210</sup> It was a reciprocal process where both the colonisers and the colonised affected one another. Similarly, the OPT also returned to Germany and travelled beyond when European and North American scholars as well as the ICC started to discuss the Latin American findings.<sup>211</sup> These Western scholars may in turn be read again in Latin American publications. Thus, the exchange of information and the circle of mutual influence continues.

Finally, *Watson’s* model of legal transplants harmonises with the OPT’s history. It may be useful to recapitulate the idea. *Watson* formed the hypothesis that laws can function in isolation from the original cultural context in which they had been conceived.<sup>212</sup> Like a software programme, they can be sent from one computer to another where it functions in much the same way, even if the two machines are of different brands. Causes for such transplants to take place were external ‘pressure forces’ and not so much the conscious decision of either the people or a ruling elite.<sup>213</sup> *Watson* introduced the terms of ‘representatives’ bringing in the legal recipes, as it were, and ‘gatekeepers’, who decided, to continue the metaphor, whether the recipes would be used to cook something from them.<sup>214</sup> Beside his empirical research evidence such as the success stories of both Roman civil and English common law around the world, he makes two points that are hard to refute.<sup>215</sup> First, taking advantage of German mathematician Carl Jacobi’s famous aphorism ‘Invert, always invert!’ *Watson* hypothesises what the consequence would be, if his theory was wrong. In that case, how would one explain the striking similarity of legal rules, structures, and even terminology across the world? No explanation comes to mind and

<sup>204</sup> *Husa*, *The Chinese Journal of Comparative Law* 6 (2018), 129 (135); *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12); *van der Burg*, *Comparative Legal History* 3 (2015), 85 (88).

<sup>205</sup> *Anderson*, *Imagined Communities, Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, 2016.

<sup>206</sup> *Duve*, *forum historiae iuris*, May 2006 (fn. 28).

<sup>207</sup> *Duve*, *forum historiae iuris*, May 2006 (fn. 28).

<sup>208</sup> *van der Burg*, *Comparative Legal History* 3 (2015), 85 (91); *Werner/Zimmermann*, *History and Theory* 45 (2006), 30 (38); *Sastre/Meccarelli* (fn. 134), p. 16.

<sup>209</sup> *Barak*, *On Time, Technology and Temporality in Modern Egypt*, 2013.

<sup>210</sup> *Barak* (fn. 209).

<sup>211</sup> *Osiel*, *Columbia Law Review* 105 (2005), 1751 (1831); *Ohlin*, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 325 (327).

<sup>212</sup> *Watson*, *The Cambridge Law Journal*, 37 (1978), 313; similarly, regarding political institutions *Leerssen*, *Nations and Nationalism* 17 (2011), 257.

<sup>213</sup> *Watson*, *The Cambridge Law Journal*, 37 (1978), 313 (322); *ibid.*, *University of Pennsylvania Law Review* 131 (1983), 1121 (1146); in disagreement *Wilke*, *Social & Legal Studies* 24 (2015), 555 (572).

<sup>214</sup> *van der Burg*, *Comparative Legal History* 3 (2015), 85 (92).

<sup>215</sup> *Watson*, *The Cambridge Law Journal*, 37 (1978), 313 (314); *ibid.*, *University of Pennsylvania Law Review* 131 (1983), 1121 (1125).

nothing his contextualist opponents such as Otto Kahn-Freund or *Legrand* brought forward directly disproves this.<sup>216</sup> Second, *Watson* argues that non-legal factors facilitate the transfer, particularly a so-called transplant bias.<sup>217</sup> He goes on to elaborate on this bias with examples of how often legislative power does not carefully evaluate all existing solutions but rather succumbs to choosing the law with either a good reputation itself or which originated in a legal system or country considered prestigious.<sup>218</sup> With regard to the OPT, it was shown above how Argentina not only borrowed the Bavarian criminal code about a hundred years before the junta trial, but also how all the Latin American court decisions extensively reference Spanish and particularly German scholars. This appears to corroborate *Watson's* assumption of how a subjectively high-status legal culture would be able to provide a relatively higher number of doctrinal exports than a low-status one. It also harmonises with the acceleratory nature of *Roxin's* elevated status because his influence is tied to both the German penal reputation and the OPT itself. Another such example is the ICC whose decision to incorporate the OPT both in decisions and even its statutes amplifies *Roxin's* and his creation's prestige.<sup>219</sup> Martijn van der Burg furthermore added the related idea that a resemblance of the two involved legal systems increases the likelihood of transplantation.<sup>220</sup> This seems plausible as his assumption can be supported by the regulatory similarity between many Ibero-American nations and Germany. Lastly, the *Watsonian* 'representatives' of German doctrine would have been *Roxin* himself but also some of the Spanish and Latin American authors who featured his ideas in conferences, textbooks, and potentially other media. The 'gatekeepers' were the government officials tasked with the trials such as Alfonsín, *Malamud-Goti*, Strassera, Moreno Ocampo, and the judges of the first junta trial.

*Watson's* legal transplants theory received much criticism but is nonetheless convincing.<sup>221</sup> One type of critique is that there are examples of failed transplants, where the recipient country or culture caused an adverse 'immune response' to

the foreign legal matter.<sup>222</sup> One example is *Philip Nichols's* study of a Russian foreign investment code that was implemented to Kazakhstan as part of a policy to unify law across the declining Soviet Union in the early 1990s.<sup>223</sup> Ex ante, it did not seem to 'comport with the indigenous laws or culture of Kazakhstan' because it treated commercial transactions as discrete enforceable events and not in accordance with tradition as inseparable units of a complex reciprocal relationship of a longer duration.<sup>224</sup> Eventually, the Kazakhstani people did accept the legal transplant despite its objective foreignness. However, only parts of the Muscovite legislation came to be accepted, therefore both lending credence to *Watson's* theory and tempering its claim for absolute applicability. A case study by *Ahmad Alshorbagy* from 2012 did outline an outright transplant failure, when he researched the attempted integration of French company takeover law into Egypt in 2007.<sup>225</sup> He concluded that a transfer can only occur if the recipient system is sufficiently sophisticated to implement and enforce the foreign rules. That had not been so in Egypt whose 'institutional incompetence' hindered an integration.<sup>226</sup> Nonetheless, *Alshorbagy* supports the idea of legal transplants but cautions that both the policies and legal infrastructures need to be aligned between 'donor' and 'patient'. His conclusion pairs well with *van der Burg's* mentioned request for a structural resemblance between the parties of exchange. This would also fit with *Manuel Meliá's* observation that the development of the rule of law in Latin America aided the OPT's integration.<sup>227</sup> A functioning legal system is, of course, a necessary prerequisite for most doctrinal ideas to be received effectively if they themselves had been conceived in one. It was not mentioned in isolation above because the rule of law should be an obvious requirement for any successful transplant.

In spite of these points, *Legrand* presents an array of theoretical arguments aimed at demonstrating the impossibility of legal transplants.<sup>228</sup> The arguably strongest one against *Watson's* legal positivism is that laws must be context-dependent and are a function of each society's individuality.<sup>229</sup> Customs and cultures are different, he notes; therefore,

<sup>216</sup> *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), 111; *Kahn-Freund*, The Modern Law Review 37 (1974), 27; *Renner*, The institutions of private law and their social functions, 1949; *Minogue*, Philosophy 56 (1981), 533 (543).

<sup>217</sup> *Watson*, University of Pennsylvania Law Review 131 (1983), 1121 (1146).

<sup>218</sup> *Watson*, University of Pennsylvania Law Review 131 (1983), 1121 (1147); *ibid.*, The Cambridge Law Journal, 37 (1978), 313 (315).

<sup>219</sup> *Ambos* (fn. 7); *Roxin*, ZIS 2009, 565 (567).

<sup>220</sup> *van der Burg*, Comparative Legal History 3 (2015), 85 (89).

<sup>221</sup> Somewhat neutral: *van der Burg*, Comparative Legal History 3 (2015), 85 (109); *Ewald*, ZEuP (Journal for European Private Law) 1999, 553; in opposition: *Wilke*, Social & Legal Studies 24 (2015), 555; *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), 111; *Siems*, Legal Studies, 38 (2018), 103; in favour *Cairns*, Georgia Journal of International and Comparative Law 41 (2013), 696.

<sup>222</sup> *Husa*, The Chinese Journal of Comparative Law 6 (2018), 129 (135).

<sup>223</sup> *Nichols*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 18 (1997), 1235.

<sup>224</sup> *Nichols*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 18 (1997), 1235 (1236).

<sup>225</sup> *Alshorbagy*, Indiana International & Comparative Law Review 22 (2012), 237.

<sup>226</sup> *Alshorbagy*, Indiana International & Comparative Law Review 22 (2012), 237 (238).

<sup>227</sup> *Meliá*, GA 2016, 497 (502).

<sup>228</sup> *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), 111; *ders.*, The Journal of the Society of Legal Scholars 16 (1996), 232.

<sup>229</sup> *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), 111 (116); *Minogue*, Philosophy 56 (1981), 533 (543).

their laws must be different as well.<sup>230</sup> This debate has been going on for hundreds of years in some form or another. In eighteenth century France, *Montesquieu* called for individual laws to accommodate regional variances whereas Jean-Jacques Rousseau contradicted him in that only uniform laws could fully express the will of the people.<sup>231</sup> One century later, *von Savigny* postulated that law could only be understood in conjunction with history.<sup>232</sup> National laws, in his view, were the ‘kindred consciousness of an inward necessity, excluding all notion of an accidental and arbitrary origin.’<sup>233</sup> He in turn was opposed by another monumental figure of modern German legal theory, Rudolf v. Jhering, who believed laws were the result of voluntary acts and had to be shaped by the people in their best interests.<sup>234</sup> When it comes to legal transplants, the scale is smaller. Their existence may be tied to a larger legal philosophy and their existence could not be defended in the system of thought devised by *von Savigny*. Nonetheless, legal transplants only concern a small cog in the large machinery of a national legal system. *Legrand* aims to defend a general possibility of contextual laws. *Watson* does not attack this when he proposes legal transplants. Rather, he argues that individual bits and pieces of legislation can travel unchanged.<sup>235</sup> Therefore, *Legrand* and *Watson* are debating a bit like ships passing in the night. The former does not realise that he defends something which *Watson* is not attacking outright. Finally, *Tate* identifies a tension between *Watson’s* legal transplant theory and the tenets of reciprocity within global history. Is the one-directional approach compatible with the multicausality and cross-pollination outlined above? *Jaakko Husa* thinks so because while the direction of intellectual movement may be linear, a historian looking at the transplant process still creates a new synchronous space of transplanting parties rather than comparing two nation-states to one another. At first glance, this seems plausible. However, doing so does not actually create a new space. It merely looks at two nations

again like traditional comparative law. In general, *Watson’s* ideas, which predate the advent of the larger global history trend by at least a decade, do not quite square with the idea of reciprocity.<sup>236</sup> That is not too problematic, however, as it still serves its purpose of explaining and also predicting the transfer of legal concepts across time and space. Moreover, *Watson* did allow for some reciprocity when he anticipated some small alterations in the respective recipient countries.<sup>237</sup> Such a reciprocity did indeed take place with the OPT, where the transplanted concept changed shape under the Brazilian and Peruvian courts which was then discussed in the donor country of Germany.<sup>238</sup>

## V. Conclusion

German legal scholar *Claus Roxin* developed a novel way of attributing criminal responsibility to indirect perpetrators in military and similar regimes in 1963. This so-called Organisational Perpetration Theory (OPT) found its way to the Latin American judiciary. The first court to apply it was the Buenos Aires Federal Court of Appeals during the junta trial in 1985. It was later used in Peruvian, Chilean, Colombian, and Brazilian courts. Necessary causes for the spread from Germany to Latin America were the path dependence created by using German penal codes and doctrine, *Roxin’s* advocacy for his idea and intra-American cross-pollination. Ancillary factors in its dissemination were *Claus Roxin’s* rising influence, governmental signalling policies, and a lack of inhibitory legal circumstances. From a historiographical standpoint, the OPT research gives insight into the topics of the observer problem within the *histoire croisée*, reciprocity, chronicity, spatial renegotiation as well as the validity of *Watson’s* theory of legal transplants.

Numerous promising leads are still left to be pursued for further elucidating the net of causalities responsible for transferring the OPT across Ibero-America. Some nations such as Belize, Honduras or the Francophone regions in Latin America were not investigated due to constraints in remote source availability. It might furthermore be useful to compare *Roxin’s* impact on countries outside of Latin America in more detail such as Portugal, Greece, Spain, and Japan where he is very well-known, too. Researching the codification history of more parts of Ibero-America might shine even more light on transplant biases and enrich the existing knowledge on the path dependence between Germany and Latin America. Finally, it was mentioned that legal textbooks played a substantial role in the consolidation of German doctrinal influence within Latin America. Historians of the book have recently begun to pay closer attention to the global networks in which

<sup>230</sup> *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), 111 (116); similarly, *Mauss*, The Gift, The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies, 2002, p. 274.

<sup>231</sup> *van der Burg*, Comparative Legal History 3 (2015), 85 (94); *Montesquieu*, De l’esprit des lois, 1784.

<sup>232</sup> *Rabban*, Law’s History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History, 2012, p. 92; *van der Burg*, Comparative Legal History 3 (2015), 85 (90); *Watson*, The Cambridge Law Journal, 37 (1978), 313 (322); *Cairns*, Georgia Journal of International and Comparative Law 41 (2013), 637 (692).

<sup>233</sup> *v. Savigny*, Of the Vocation of our age for legislation and jurisprudence translated from the German of Frederick Charles von Savigny by Abraham Hayward, 1999 (Kitchener), p. 24.

<sup>234</sup> *Rabban* (fn. 232), p. 107; *Smith*, A General View of European Legal History and Other Papers, 1927, p. 116.

<sup>235</sup> *Watson*, The Cambridge Law Journal, 37 (1978), 313 (315); in disagreement *Wilke*, Social & Legal Studies 24 (2015), 555 (557).

<sup>236</sup> *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12); *Renner* (fn. 216).

<sup>237</sup> *Watson*, The Cambridge Law Journal, 37 (1978), 313; *Werner/Zimmermann*, History and Theory 45 (2006), 30 (38).

<sup>238</sup> *Watson*, The Cambridge Law Journal, 37 (1978), 313; for an example of another small alteration *van der Burg*, Comparative Legal History 3 (2015), 85 (100).

printed texts flowed.<sup>239</sup> Some of the knowledge from this field may also yield further insights into the OPT.

What this research has attempted to achieve is identifying the relevant factors and frameworks for the transfer of an idea from a global history perspective. So far, there has not been a study that has proposed a three-pronged set of explanations like the one here. Understanding the OPT's past as a gradual causality scheme of necessary, acceleratory and historiographical aspects allows for a more differentiated understanding. Since there are still many conflicts in Latin American politics and the OPT has judicially been expanded to encompass criminal business organisations and mafia-like structures, it is safe to assume that it will continue to be useful to judges within the transatlantic space outlined above. Whether or not they decide to apply the OPT in the appropriate cases may then be analysed or even anticipated with the tool kit presented here.

---

<sup>239</sup> *Bilder*, Yale Journal of Law & the Humanities 11 (1999), 47 (52); Howsam (ed.), The Cambridge Companion to the History of the Book, 2015; *Tate/de Lima Lopes/Botero Bernal* (fn. 12); *Eliot/Rose*, A Companion to the History of the Book, 2008; *Ross* (fn. 52), p. 123.

## Gewinnerzielung als übergeordnetes gemeinsames Interesse einer Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 129 StGB im Zusammenhang mit einer kriminellen wirtschaftlichen Betätigung – zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21\*

Von Wiss. Mit. Judith Marina Heil, Wiss. Mit. Antonia Vogt, Universität Osnabrück\*\*

*Über lange Zeit war umstritten, ob und ggf. inwiefern eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB und Wirtschaftskriminalität zusammentreffen können;<sup>1</sup> auch in der Rechtsprechung gestaltete sich die Anwendung von § 129 StGB auf Fälle der Wirtschaftskriminalität bisher als schwierig.<sup>2</sup> Lange gehörte § 129 StGB daher nicht zu dem üblichen Repertoire in der juristischen Handhabung krimineller wirtschaftlicher Betätigungen. In letzter Zeit sind indes vermehrt Sachverhalte bekannt geworden, in denen (legale) unternehmerische Strukturen in krimineller Weise genutzt wurden, medienwirksam etwa der „Wirecard-Skandal“.<sup>3</sup> Nunmehr hat der BGH gleich in zwei Entscheidungen<sup>4</sup> die Möglichkeit des Zusammentreffens von Wirtschaftskriminalität und § 129 StGB bejaht und einen Prüfungsmaßstab an die Hand gegeben. Er hat dabei aber eine problematische Einschränkung vorgenommen, die bei näherer Betrachtung nicht überzeugend ist.*

### I. Einführung

Eine kriminelle Vereinigung besteht, wenn die in § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB genannten Voraussetzungen erfüllt sind:

---

\* Nachzulesen etwa in BGH NJW 2021, 2813 (m. Anm. Kinzig) = wistra 2021, 441 (m. Anm. Eggers).

\*\* Die Verf. sind als wissenschaftliche Mitarbeiterinnen im BMBF-Verbundprojekt „Organisierte Kriminalität 3.0“ an der Universität Osnabrück tätig.

<sup>1</sup> Zur Subsumtion von Wirtschaftsunternehmen unter § 129 StGB a.F. ablehnend Hohmann, wistra 1992, 85 (88), und Rübenthal, wistra 2014, 166 (170) m.w.N.; zu § 129 StGB n.F. siehe ablehnend Stein/Greco, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 15; anders aber etwa Holzwarth, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungsstrafrechts, 7. Aufl. 2020, Kap. 9 Rn. 11; Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435 (443 f.); Sinn, ZJS 2021, 673 (678).

<sup>2</sup> Vgl. zu § 129 StGB a.F. BGH NJW 1992, 1518; BGH bei Schmidt, MDR 1993, 505; BGH NSTZ 2004, 574; BGH NSTZ 2007, 31; hinsichtlich der n.F. vgl. ablehnend LG Köln, NSTZ-RR 2021, 74.

<sup>3</sup> Eine Einführung zu dem Skandal bei Mohr/Maume, ZRP 2021, 2 (2), und Steiger, CCZ 2021, 12 f. Zu dem aktuellen Stand vgl. LTO v. 13.1.2022, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/wirecard-anklage-staatsanwaltschaft-muenchen-i-geschaeftpartner-jan-marsalek/> (28.3.2022); siehe zur medialen Aufarbeitung die Übersicht über Beiträge mit Bezug zum Wirecard-Skandal auf <https://www.handelsblatt.com/themen/wirecard> (28.3.2022).

<sup>4</sup> BGH wistra 2021, 441; BGH wistra 2021, 448 (m. Anm. Weiß).

„ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“. Während das zeitliche wie personelle Element der Definition wenig Schwierigkeiten in der Handhabung mit sich zu bringen scheinen, herrscht seit langem Uneinigkeit, welche Anforderungen an das organisatorische und an das voluntative Element zu stellen sind.<sup>5</sup> Die zwei aktuellen Entscheidungen des BGH statuieren diesbezügliche Auslegungsansätze und bringen Schwung in die Debatte um die Legaldefinition. Nach der Rechtsprechung soll es für eine Vereinigung unzureichend sein, wenn ein Personenzusammenschluss lediglich gleichgerichtete Individualinteressen verfolgt.<sup>6</sup> Gerade Gewinnerzielungsinteressen eines Personenzusammenschlusses wurden bis dato als solche Individualinteressen eingeordnet<sup>7</sup> und sollen auch nach der neuen Entscheidung des BGH nicht ohne Weiteres unter den Vereinigungsbegriff zu subsumieren sein<sup>8</sup>. Damit gehen auch Einschränkungen hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 129 StGB bei kriminell agierenden Wirtschaftsunternehmen einher.

Im Folgenden wird die Legaldefinition der Vereinigung im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB im Hinblick auf die Auslegungsansätze des BGH beleuchtet. Zunächst wird die Entwicklung des Vereinigungsbegriffs unter besonderer Berücksichtigung des Merkmals des übergeordneten Interesses nachgezeichnet (II.). Danach wird das Urteil des BGH vom 2.6.2021 (3 StR 21/21) rechtlich gewürdigt und festgestellt, dass das weiterhin einschränkende Verständnis des BGH in Bezug auf Gewinnerzielungsinteressen nicht überzeugt (III.).

### II. Der Begriff der Vereinigung

#### 1. Europäische Entwicklung des Vereinigungsbegriffs

§ 129 StGB, genauer die Legaldefinition im zweiten Absatz, wurde europäisch beeinflusst,<sup>9</sup> sodass ein Blick auf das Unionsrecht mit Bezug zu organisierter Kriminalität im Rahmen der Begriffsbestimmung der Norm notwendig ist. Die Formulierung der Legaldefinition der Vereinigung in § 129 Abs. 2

---

<sup>5</sup> Siehe dazu die ausführliche Darstellung bei Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435 (442 ff.).

<sup>6</sup> BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

<sup>7</sup> Etwa in BGHSt 54, 216 (230).

<sup>8</sup> BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 1 ff.; in diesem Entwurf des Gesetzes zur „Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ wurde die Legaldefinition vorgestellt; siehe zu dem europäischen Einfluss auch Schäfer/Anstötz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 129, Rn. 9–12.

StGB wurde zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingefügt.<sup>10</sup> Dieser definiert die „kriminelle Vereinigung“ in Art. 1 als „einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind [...]“.<sup>11</sup>

#### a) Der Weg zum Rahmenbeschluss 2008/841/JI

Dabei beginnt die Geschichte des europäischen Versuchs, organisierte Kriminalität strafrechtlich greifbar zu machen, nicht erst mit dem genannten Rahmenbeschluss, sondern ist Ergebnis einer jahrelangen Entwicklung.<sup>12</sup>

Bereits 1993 einigte sich die Ad-Hoc-Arbeitsgruppe zur internationalen organisierten Kriminalität des Rats der Europäischen Union auf elf Merkmale organisierter Kriminalität.<sup>13</sup> Die Zusammenarbeit von mehr als zwei Personen (1.), mit eigenem Aufgabenbereich (2.), während eines längeren oder unbefristeten Zeitraums bezogen auf die Stabilität und Struktur der Gruppe (3.), das Anwenden gewisser Disziplin und Kontrolle (4.), das Begehen schwerer Straftaten (5.), ein internationales Vorgehen (6.), Gewalt oder Einschüchterung (7.), Einschaltung unternehmensähnlicher oder kommerzieller Strukturen (8.), Beteiligung an Geldwäsche (9.), Einflussnahme auf Politik, Medien, Justiz, Wirtschaft (10.) und das Motiv des Gewinn- und Machtstrebens (11.). Das Motiv des Gewinnstrebens war für die Feststellung organisierter Kriminalität obligatorisch.<sup>14</sup>

Daneben fand auch Bewegung auf legislativer Ebene statt: Um den Aktionsplan zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität aus dem Jahr 1997,<sup>15</sup> in dem die Schaffung eines gemeinsamen Straftatbestands auf Grundlage einer einheitlichen Definition gefordert wurde,<sup>16</sup> umzusetzen, folgte 1998

die Gemeinsame Maßnahme vom Rat aufgrund von Art. K.3 des Vertrags über die Europäische Union betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der EU.<sup>17</sup> Im Rahmen dieser Maßnahme definierte Art. 1 die kriminelle Vereinigung mit Parallelen zur Merkmalsliste: „Im Sinne dieser Gemeinsamen Maßnahme ist eine ‚kriminelle Vereinigung‘ der auf längere Dauer angelegte organisierte Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind, *gleichviel, ob diese Straftaten Hauptzweck oder ein Mittel sind, um geldwerte Vorteile zu erlangen* und gegebenenfalls die Tätigkeit öffentlicher Stellen in unzulässiger Weise zu beeinflussen.“<sup>18</sup>

Diese frühe Legaldefinition sieht das Gewinninteresse als nicht allein kennzeichnend an, genügt doch auch das Begehen einer Straftat mit einer Strafdrohung von mindestens vier Jahren Freiheitsentzug rein um ihrer selbst willen. Dennoch wird das Gewinnerzielungsinteresse als eines der Charakteristika der organisierten Kriminalität berücksichtigt.

#### b) Die kriminelle Vereinigung i.S.d. Rahmenbeschlusses 2008/841/JI

Nicht zuletzt aufgrund des unverbindlichen Charakters der Gemeinsamen Maßnahme<sup>19</sup> trat zehn Jahre später am 24.10.2008 der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Kraft.<sup>20</sup> Beeinflusst durch u.a. das Palermo-Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität,<sup>21</sup> dem die Europäische Gemeinschaft 2004 beigetreten war,<sup>22</sup> sollte abermals

der Kriminalität, die der Aktionsplan bekämpfen möchte, nicht präzise erfaßt und gegenüber anderen Formen der Kriminalität abgegrenzt werden [...]“. Das Europäische Parlament forderte ebenda ein einheitliches Verständnis, in dem u.a. das „[klare] Gewinnstreben als Motiv und [das] Ziel des Transfers des illegalen Gewinns in die legale Wirtschaft“ obligatorisch sein sollten.

<sup>17</sup> ABl. EG 1998 Nr. L 351 v. 29.12.1998, S. 1 f.

<sup>18</sup> ABl. EG 1998 Nr. L 351 v. 29.12.1998, S. 1 (*Hervorhebung* durch die *Verf.*); hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen der Definition und der Merkmalsliste vgl. die Stellungnahme des Europäischen Parlaments, Dok. 8088/98 CRIMORG 64, S. 2.

<sup>19</sup> „Jedoch braucht die Union jetzt ein ehrgeizigeres und verbindlicheres Instrument [...]“, KOM (2005) 6 endg., S. 6.

<sup>20</sup> ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42.

<sup>21</sup> Resolution der Generalversammlung vom 15.11.2000, UN-Dok. A/RES/55/25; BGBl. II 2005, S. 954–1022; vgl. hierzu auch *Sinn*, ZJS 2021, 673 (675); *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (439); ausführlich zu dem Übereinkommen *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014.

<sup>22</sup> Beschluss des Rates v. 29.4.2004 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/11275 in Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42 ff.

<sup>11</sup> ABl. EU 2008 Nr. L v. 11.11.2008, S. 43.

<sup>12</sup> Siehe zu den strukturbezogenen Maßnahmen auf Unionsebene auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (438).

<sup>13</sup> Dok. 9908/2/93 Rev 2 CRIMORG 1, Annex I, S. 2.

<sup>14</sup> Dok. 6204/02/97 ENFOPOL 35 Rev2, Annex II, S. 11; mindestens sechs der elf Merkmale mussten erfüllt sein, dabei obligatorisch die Merkmale Nr. 1, 5 und 11, seit 1997 auch Merkmal Nr. 3.

<sup>15</sup> ABl. EG 1997 Nr. C 251 v. 28.4.1997, S. 1–16; ausführlich dazu *Sinn*, in: Gropp/Huber (Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, S. 287 (311 ff.).

<sup>16</sup> Empfehlung Nr. 17, ABl. 1997 Nr. C 251/11; der Aktionsplan selbst enthielt keine eigenständige Definition organisierter Kriminalität, wie auch das Europäische Parlament in seiner Stellungnahme vom 20.11.1997 ABl. EG 1997 Nr. C 317 auf S. 187 bedauerte, als es „das Fehlen einer Definition als schweres Versäumnis [betrachtete], weil dadurch die Formen

eine Strafrechtsangleichung auf europäischer Ebene stattfinden.<sup>23</sup> Der Ausdruck „organisierte kriminelle Gruppe“ wird in dem Übereinkommen definiert als „eine strukturierte Gruppe von drei oder mehr Personen, die eine gewisse Zeit lang besteht und gemeinsam mit dem Ziel vorgeht, eine oder mehrere schwere Straftaten oder in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten zu begehen, *um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen*“.<sup>24</sup> Hier steht also der finanzielle Vorteil als leitendes Interesse im Vordergrund. In dem Entstehungskontext des Rahmenbeschlusses wurde wiederholt auf das Motiv krimineller Organisationen verwiesen, sich materielle Vorteile zu verschaffen; die Bedeutung des Gewinnerzielungsinteresses, das eine Mindestvoraussetzung<sup>25</sup> der Definition darstellen sollte, wurde unterstrichen.<sup>26</sup> Andere Merkmale, wie etwa die „längere Dauer“ des Zusammenschlusses, wurden durchaus kritisch diskutiert. Hinsichtlich des Motivs des Gewinnstrebens bestand jedoch Einigkeit.<sup>27</sup>

#### c) Zwischenergebnis: Das europäische Begriffsverständnis

Es wird deutlich, dass nach dem europäischen Begriffsverständnis Gewinnerzielungsinteressen als wesentliches Charakteristikum und zugleich Antriebsmotor der organisierten Kriminalität identifiziert wurden. Inhaltlich wird zudem nicht zwischen „organisierter Kriminalität“ und „krimineller Vereinigung“ unterschieden.<sup>28</sup> Damit gibt das europäische Begriffsverständnis eine Auslegung des § 129 Abs. 2 StGB vor, die Gewinnerzielungsinteressen erfasst.

## 2. Entwicklung des Begriffs in Deutschland

### a) Ursprünge des § 129 StGB im politischen Strafrecht

Der Umstand, dass in der deutschen Rechtspraxis dennoch Uneinigkeit besteht, wie die Legaldefinition auszulegen ist, ist mit der Historie des § 129 StGB zu erklären, der das Merkmal der Vereinigung schon weit vor der europäischen Entwicklung vorsah. Während der Vereinigungsbegriff im EU-Rahmenbeschluss 2008/841/JI klar aus dem Bestreben zur Bekämpfung organisierter Kriminalität hervorgegangen ist, liegen die Ursprünge des § 129 StGB im politischen Strafrecht:

---

Kriminalität (2004/579/EG), ABl. EU 2004 Nr. L 261 v. 6.8.2004, S. 69 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Erwägungsgrund 1, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42; siehe auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (438); ausführlich dazu *Sinn*, Organisierte Kriminalität 3,0, 2016, S. 33 ff.

<sup>24</sup> Resolution der Generalversammlung vom 15.11.2000, UN-Dok. A/RES/55/25; BGBl. II 2005, S. 956 (*Hervorhebung durch die Verf.*).

<sup>25</sup> Plenarsitzungsdokument A6-0277/2005, S. 4.

<sup>26</sup> So etwa in KOM (2005) 6 endg., S. 5.

<sup>27</sup> Plenarsitzungsdokument A6-0277/2005, S. 10, 23, 33 f.

<sup>28</sup> Vgl. auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (438).

Die Norm geht zurück auf die §§ 128, 129 RGStGB von 1871.<sup>29</sup> Dabei ging es um „Geheimbündelei“ (§ 128 RGStGB) sowie um staatsfeindliche Verbindungen, „zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehört, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften“ (§ 129 RGStGB).<sup>30</sup> Eine Legaldefinition für den Begriff der „Verbindung“ enthielt der Gesetzestext nicht. Das Reichsgericht identifizierte in Anlehnung an die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals<sup>31</sup> vor allem zwei erforderliche Merkmale: „die Unterordnung des einzelnen unter den irgendwie, z.B. durch Mehrheitsbeschluß, Befehle des Oberen etc., zum Ausdrucke gebrachten Willen der Gesamtheit, also eine gewisse Organisation, wenn auch nicht durch geschriebene Statuten; und Vereinigung auf längere, freilich nur in concreto zu bemessende Dauer, als Gegensatz des bloßen zeitweiligen Zusammentretens mehrerer“.<sup>32</sup> Dazu traten die Bedingung einer Anzahl von Personen und die Verfolgung gemeinsamer Zwecke.<sup>33</sup>

### b) Die Rechtsprechungsdefinition zur Vereinigung

Mit dem 1. Strafrechtsänderungsgesetz wurde § 129 StGB im Jahr 1951 entpolitisiert,<sup>34</sup> im Gesetzestext war nun die Rede von einer „Vereinigung“ (nicht mehr einer „Verbindung“), „deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbare Handlungen zu begehen“.<sup>35</sup> Eine Legaldefinition für diesen neuen Begriff der Vereinigung fehlte weiterhin; der

---

<sup>29</sup> Bzw. die mit diesen nahezu gleichlautenden §§ 98, 99 PreußStGB von 1851.

<sup>30</sup> Vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (436); diese Normen finden ihre Ursprünge ihrerseits in dem preußischen Edikt „wegen Verhütung und Bestrafung geheimer Verbindungen, welche der allgemeinen Sicherheit nachteilig werden könnten“ von 1798 (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl. 1978, S. 63 f.). § 2 Nr. 1 dieses Ediktes verbot Gesellschaften und Verbindungen, „deren Zweck, Haupt- oder Nebengeschäft darin besteht, über gewünschte oder zu bewirkende Veränderungen in der Verfassung oder in der Verwaltung des Staates, oder über die Mittel, wie solche Veränderungen bewirkt werden könnten, oder über die zu diesem Zweck zu ergreifenden Maaßregeln, Berathschlagungen, in welcher Absicht es sey, anzustellen“.

<sup>31</sup> Diese bezogen auf die Preußische Verordnung vom 11.3.1850 über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Missbrauches des Versammlungs- und Vereinsrechtes, abgedruckt bei *Delius*, Das preußische Vereins- und Versammlungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes vom 11. März 1850, 1891, S. 6 ff.

<sup>32</sup> RGSt 13, 273 (277); vgl. auch RGSt 24, 328 (329 f.).

<sup>33</sup> RG JW 1931, 3667. Beide Merkmale finden sich auch bereits in der Rechtsprechung des Obertribunals zum Vereinsgesetz v. 11.3.1850, vgl. Obertribunal GA 17 (1869), 522 (524); Obertribunal GA 18 (1870), 631 (633).

<sup>34</sup> Vgl. auch BVerfGE 17, 155–168.

<sup>35</sup> BGBl. I 1951, S. 739 (744).

BGH griff dafür auf dieselben Merkmale zurück, die das Reichsgericht der Verbindung zugrunde legte.<sup>36</sup>

Der Rechtsprechungsdefinition zufolge war die Vereinigung damit der auf eine gewisse Dauer angelegte, (freiwillige<sup>37</sup>) organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.<sup>38</sup> Enthalten waren damit ein organisatorisches, ein voluntatives, ein personelles und ein zeitliches Element.<sup>39</sup>

Insbesondere das Merkmal der Unterordnung des Willens des Einzelnen unter einen Gesamtwillen führte häufig dazu, dass § 129 StGB nicht zur Anwendung kam, stellte die Rechtsprechung doch hohe Anforderungen an die Willensbildung. Gerade bei hierarchisch organisierten Gruppierungen wurde § 129 StGB verneint, weil bei ihnen nicht ein von der Organisation gebildeter Gesamtwillen, sondern ein autoritärer Anführerwille maßgeblich sei.<sup>40</sup> Dies stellte auch der BGH in seiner Entscheidung zur Gruppierung „Kameradschaft Sturm 34“ fest.<sup>41</sup> Gleichzeitig wies das Gericht aber darauf hin, dass in anderen Entscheidungen (zum Staatsschutzstrafrecht) eine Tendenz zum Ausdruck komme, bei der Beurteilung des notwendigen voluntativen Elements der Vereinigung den Schwerpunkt weniger auf die Regeln zu legen, nach denen sich die Willensbildung vollzieht, sondern vielmehr auf die Zielsetzung der Vereinigung und den Gemeinschaftswillen selbst.<sup>42</sup> Sofern die Mitglieder einer Organisation nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel verfolgten, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, und sie dabei koordiniert zusammen handelten, sei dadurch regelmäßig der notwendige übergeordnete Gemeinschaftswille belegt.<sup>43</sup> Ein derartiges übergeordnetes Ziel verfolgten die Mitglieder einer Gruppierung typischerweise etwa in den Fällen politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierter Kriminalität.<sup>44</sup> Relevante Fallgestaltungen seien zwar darüber hinaus auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität denkbar, dort werde es indes regelmäßig an der Verfolgung eines übergeordneten gemeinschaftlichen Ziels fehlen, denn bei Wirtschaftsstraftaten stehe typischerweise das persönliche Gewinnstreben des einzelnen Täters im Vordergrund.<sup>45</sup> In diesen Fällen seien die hergebrachten Grundsätze zur Feststellung des Gruppenwillens weiterhin

maßgebend.<sup>46</sup> Eine Minderung der Anforderungen speziell für diesen Bereich komme – auch vor dem Hintergrund der Regelungen des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI, der ersichtlich vor allem wirtschaftskriminelle Gruppierungen in den Blick nehme – nicht in Betracht.<sup>47</sup> Die Übertragung der dortigen Definition der kriminellen Vereinigung<sup>48</sup> auf § 129 StGB würde dem BGH zufolge zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken der Strafbarkeit Mehrerer führen, unterscheide sich diese Definition doch allenfalls noch in Randbereichen von derjenigen einer Bande.<sup>49</sup> Eine europarechtsfreundliche Modifikation durch die Rechtsprechung sei deshalb nicht möglich, sondern allein Sache des Gesetzgebers, der aber bei Neuregelung auch dafür Sorge zu tragen habe, dass das deutsche materielle Strafrechtsgefüge in sich stimmig bleibe.<sup>50</sup>

### c) Die Gesetzesänderung

Im Jahr 2017<sup>51</sup> fand schließlich eine Legaldefinition für den Begriff der Vereinigung als neuer § 129 Abs. 2 StGB Eingang in den Gesetzestext. Das zeitliche und personelle Element entsprechen dabei der vorigen Rechtsprechungsdefinition.<sup>52</sup> Zwar finden sich weiterhin ein organisatorisches und ein voluntatives Element, die vormals hohen Anforderungen an die Willensbildung sowie die Organisationsstruktur wurden allerdings abgesenkt.<sup>53</sup> Laut Gesetzesbegründung geht das Tatbestandsmerkmal des übergeordneten Interesses gegenüber der ein Gewinnstreben voraussetzenden Formulierung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI bewusst hinaus.<sup>54</sup>

### 3. Verhältnis des Begriffs der kriminellen Vereinigung zum Begriff der organisierten Kriminalität in Deutschland

Um die Norm richtig interpretieren zu können, ist auch die Frage zu klären, wie der Begriff der kriminellen Vereinigung zum Begriff der organisierten Kriminalität steht.

<sup>36</sup> Vgl. etwa BGHSt 10, 16 (17); 28, 147 (147 f.).

<sup>37</sup> Der Begriff der Freiwilligkeit wird nur sporadisch erwähnt, etwa in BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGHSt 54, 216 (221).

<sup>38</sup> BGHSt 54, 216 (221); BGH NJW 2009, 3448 (3459); BGH NJW 2005, 1668 (1670).

<sup>39</sup> BGHSt 54, 216 (221); *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (436).

<sup>40</sup> BGH NSz 1982, 68; BGH NJW 1992, 1518; *Kress*, JA 2005, 220 (224).

<sup>41</sup> BGHSt 54, 216 (227).

<sup>42</sup> BGHSt 54, 216 (227 f.).

<sup>43</sup> BGHSt 54, 216 (228).

<sup>44</sup> BGHSt 54, 216 (230).

<sup>45</sup> BGHSt 54, 216 (230).

<sup>46</sup> BGHSt 54, 216 (230).

<sup>47</sup> BGHSt 54, 216 (230).

<sup>48</sup> Vgl. oben unter II. 1.

<sup>49</sup> BGHSt 54, 216 (223 f.).

<sup>50</sup> BGHSt 54, 216 (224 f.). Die Definition nur für den Bereich der Wirtschaftskriminalität zu modifizieren, verstieße laut BGH gegen fundamentale Auslegungsgrundsätze, der Begriff der kriminellen Vereinigung könne nur einheitlich verstanden werden, BGHSt 54, 216 (230).

<sup>51</sup> BGBl. I 2017, S. 2440.

<sup>52</sup> *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (301); *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (442).

<sup>53</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11; dort heißt es, die neue Legaldefinition lehne sich an den Rahmenbeschluss an und setze seine Vorgaben vollständig um.

<sup>54</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11; da der Rahmenbeschluss lediglich Mindestvoraussetzungen statuierte, vgl. Plenarsitzungsdokument A6-0277/2005, S. 4, ist die überschießende Umsetzung freilich zulässig.



Unter 2.1 der Anlage E zu den RiStBV<sup>55</sup> heißt es: „Organisierte Kriminalität ist die vom Gewinn- oder Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig a. unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, b. unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder c. unter Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken. Der Begriff umfasst nicht Straftaten des Terrorismus.“

Diese Definition stammt immerhin aus dem Jahr 1990 und wurde von der Gemeinsamen Arbeitsgruppe Justiz/Polizei entwickelt; sie dient noch immer als Arbeitsdefinition in der Polizei- und Justizpraxis, hat aber keine unmittelbare Bedeutung für das materielle Strafrecht.<sup>56</sup>

Im Kontext der Erarbeitung des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG, verkündet 1992)<sup>57</sup> war zeitweise überlegt worden, mit der „organisierten Begehung“ ein Regelbeispiel für besonders schwere Fälle in mehreren Normen des StGB einzuführen.<sup>58</sup> Was der entsprechenden Begründung zufolge unter „organisierter Begehung“ verstanden werden sollte, ähnelt stark der erwähnten Arbeitsdefinition für organisierte Kriminalität.<sup>59</sup> Dabei ging man davon aus, dass die organisierte Begehung durchaus von einer kriminellen Vereinigung i.S.d. § 129 StGB (a.F.) ausgehen könne, dies aber nicht notwendig sei, erfordere die organisierte Begehungsweise im Gegensatz zur kriminellen Vereinigung doch keinen Gesamtwillen.<sup>60</sup> Später nahm man allerdings Abstand vom Vorhaben, die organisierte Begehung ins materielle Strafrecht aufzunehmen, weil man Abgrenzungs- und Bestimmtheitsprobleme befürchtete.<sup>61</sup>

Im Bereich der organisierten Kriminalität finden sich immer wieder auch hierarchische Strukturen.<sup>62</sup> Daher wurde angezweifelt, ob § 129 StGB ein taugliches Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität darstellt, waren nach der früheren Rechtsprechung doch streng hierarchische Ver-

einigungen nicht erfasst.<sup>63</sup> Zudem wurde eine Anwendbarkeit der Norm auf nicht-politische Vereinigungen angesichts der historischen Ursprünge des § 129 StGB zum Teil auch gänzlich abgelehnt.<sup>64</sup>

Jedenfalls mit dem 54. StGBÄndG kommt allerdings der deutliche Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, mit § 129 StGB (auch) die organisierte Kriminalität zu bekämpfen, wollte er doch den Rahmenbeschluss 2008/841/JI umsetzen. Dies schließt eine Erfassung anderer Sachverhalte nicht aus.

Die neue Fassung des § 129 StGB wird teilweise als gesetzliche Definition zur Erfassung organisierter Kriminalität gesehen, die neben der Arbeitsdefinition aus dem Jahr 1990 steht;<sup>65</sup> teilweise wird die Behandlung der Norm als „der OK-Straftatbestand“ mit Verweis auf die engeren Anforderungen der Definition der RiStBV abgelehnt.<sup>66</sup> Dennoch wird durchaus das Potenzial gesehen, dass die Norm die polizeilichen und justiziellen Handlungsoptionen im Bereich der OK-Bekämpfung durch die dem Tatbestand eigene Vorverlagerung und die jetzt mögliche Einbeziehung eines größeren Personenkreises (OK-Struktur) erweitern bzw. ergänzen könnte.<sup>67</sup>

Wenn also § 129 StGB insbesondere (auch) der Bekämpfung der organisierten Kriminalität dienen soll, muss die Norm in einer Weise verstanden werden, die die Hauptcharakteristika der organisierten Kriminalität, insbesondere die Gewinnerzielungsinteressen, erfassen kann.

### III. Das Verständnis von Gewinnerzielungsinteressen in BGH 3 StR 21/21

#### 1. Vereinfachte Darstellung des Urteils<sup>68</sup>

Im Jahr 2017 schlossen sich mehrere Personen, darunter die Angeklagten Ö und J, zusammen, um sich telefonisch gegenüber älteren, in Deutschland lebenden Menschen als Polizeibeamte auszugeben und diese unter Vortäuschung einer Gefahrenlage zur Herausgabe von Vermögenswerten zu bewegen. Die Täter wollten sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Gewicht verschaffen. Hierzu mieteten sie Büroräume an und beschafften sich die erforderliche technische Ausrüstung. Sie gingen arbeitsteilig vor und verteilten verschiedene Rollen („Abholer“, „Logistiker“).

Entsprechend dem allgemein vereinbarten Vorgehen brachte ein in der Türkei ansässiges Mitglied der Gruppierung eine 91-Jährige dazu, Bargeld und Gegenstände im Wert von 17.190 Euro zur vermeintlichen Sicherstellung durch Polizeibeamte in einer Tasche vor ihre Wohnungstür zu legen. Der entsprechend instruierte Angeklagte Ö nahm die Dinge an sich und gab sie an einen „Logistiker“ weiter. Durch eine

<sup>55</sup> Zu finden etwa in Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 64. Aufl. 2021, S. 2562; auch abrufbar unter

<https://bravors.brandenburg.de/verwaltungsvorschriften/rlok> (28.3.2022).

<sup>56</sup> Die BT-Drs. 13/4942, S. 5, legt nahe, dass die Definition auch Einfluss auf die bereits vorgestellte Merkmalsliste hatte, die die Grundlage des europäischen Begriffsverständnisses bildete, vgl. 1. a).

<sup>57</sup> BGBl. I 1992, S. 1302.

<sup>58</sup> Vgl. BR-Drs. 74/1/90, S. 11 f., 18; vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (437 f.).

<sup>59</sup> BR-Drs. 74/1/90, S. 94 f.

<sup>60</sup> BR-Drs. 74/1/90, S. 95.

<sup>61</sup> BT-Drs. 11/7663, S. 23; auch BT-Drs. 12/989, S. 24.

<sup>62</sup> Vgl. zur empirischen Forschung über organisierte Kriminalität in Deutschland *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 243–265.

<sup>63</sup> *Maletz*, Kriminalistik 2010, 428 (431); *Kinzig* (Fn. 62), S. 169; *Kress*, JA 2005, 220 (224); anders *Rübenstahl*, wistra 2014, 166 (171), dem zufolge die Erscheinungsformen „echter“ organisierter Kriminalität ohne ernstlichen Zweifel von § 129 StGB (a.F.) (ggf. i.V.m. § 129b StGB) erfasst sind.

<sup>64</sup> *Hohmann*, wistra 1992, 85.

<sup>65</sup> *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (441).

<sup>66</sup> *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (302).

<sup>67</sup> Vgl. *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (302).

<sup>68</sup> Nach BGH wistra 2021, 441 (gekürzt, vereinfacht, teilweise wörtlich).

ähnliche Vorgehensweise wurde kurz darauf eine weitere Geschädigte dazu bewegt, Wertsachen an den Ö auszuhändigen, welcher sich wie abgesprochen als Polizeibeamter ausgab.

Die Angeklagten wurden vom LG Köln am 20.3.2020 wegen verschiedener Delikte, insbesondere gewerbsmäßigen Bandenbetruges in zwei Fällen, verurteilt; § 129 StGB wurde dabei nicht in den Blick genommen. Unter anderem deshalb hatte die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt.

Der BGH stellt fest, dass eine Verurteilung weder wegen Amtsanmaßung noch wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung auszuschließen und die Anklage damit nicht i.S.d. § 264 Abs. 1 StPO erschöpft worden sei. Grundsätzlich sei es möglich, Tätergruppierungen der organisierten Kriminalität ebenso wie der Wirtschaftskriminalität zu erfassen – erforderlich sei nach neuer Rechtslage insbesondere ein übergeordnetes gemeinsames Interesse. Lediglich individuelle Einzelinteressen der Mitglieder genügten angesichts des Wortlautes („übergeordnet“) und aus systematischen Gründen nicht: Ließe man Einzelinteressen ausreichen, stelle eine Bande häufig, wenn nicht gar im Regelfall, zugleich eine Vereinigung dar. Das Erfordernis einer gewissen Organisation sei allein kein taugliches Abgrenzungskriterium, weil auch eine Bande gewisse Organisationsstrukturen aufweise. Ein weitgehender Gleichlauf von Bande und Vereinigung füge sich aber nicht in die Gesamtsystematik des materiellen Strafrechts ein.

Die beabsichtigte Begehung von Straftaten könne für sich genommen kein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen, ansonsten käme den unterschiedlichen Merkmalen des übergeordneten gemeinsamen Interesses nach § 129 Abs. 2 StGB und der Ausrichtung der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten nach § 129 Abs. 1 StGB jeweils keine eigenständige Bedeutung zu.

Auch in der Gesetzesbegründung zeige sich, dass neben der möglicherweise nur rudimentären Organisationsstruktur gerade das übergeordnete gemeinsame Interesse eine Unterscheidung zwischen Bande und Vereinigung ermöglichen solle, weshalb man dieses nicht zu weit verstehen dürfe. Während bei Zusammenschlüssen zur Verfolgung weltanschaulich-ideologischer, religiöser oder politischer Ziele regelmäßig ein übergeordnetes gemeinsames Interesse vorliege, sei dies bei gemeinsamer Begehung von Taten, die auf Gewinnerzielung gerichtet sind, nicht ohne Weiteres der Fall, gehe es dabei doch vor allem um individuelle wirtschaftliche Vorteile. Zur Ermittlung des übergeordneten gemeinsamen Interesses sei eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände vorzunehmen. Je ausgeprägter Indizien für eine gefestigte Struktur vorlägen, desto eher lasse sich der Schluss ziehen, dass es den einzelnen Personen – gerade im Bereich allgemeiner, auf Gewinnerzielung gerichteter Kriminalität – um weitergehende Ziele gehe.

Schließlich bemerkt der BGH in teleologischer Auslegung, dass § 129 StGB speziell der Gefährlichkeit durch eine vereinigungsspezifische Dynamik begegne, die über eine bloße gemeinsame, auf Wiederholung angelegte Tatbegehung wie bei der Bande hinausgehe.

Der BGH weist die Sache im Hinblick auf diese Ausführungen zur neuen Verhandlung an das Landgericht zurück.<sup>69</sup>

## 2. Rechtliche Würdigung

Dem BGH zufolge stellen also Gewinnerzielungsinteressen nur dann ein übergeordnetes gemeinsames Interesse im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB dar, wenn eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände dies stützt – anderenfalls handele es sich regelmäßig nur um die Verfolgung individueller Interessen, die er als nicht ausreichend ansieht. Im Folgenden werden dem zwei wesentliche Thesen entgegengesetzt: Zunächst wird dargelegt, dass es zur systematischen Abgrenzung zur Bande keiner Begrenzung des Merkmals des übergeordneten Interesses bedarf – auch unter Berücksichtigung von Gewinnerzielungsinteressen gelingt es, die Legaldefinition in das System des StGB zu integrieren, indem das organisatorische Element fruchtbar gemacht wird.<sup>70</sup> Sodann wird eine systematische Ungenauigkeit des BGH aufgezeigt, die darin besteht, dass er nicht hinreichend zwischen der Legaldefinition und dem eigentlichen Tatbestand differenziert: Wird die Norm ihrer Struktur nach richtig ausgelegt, droht weder eine Verschleifung noch ufer der Tatbestand im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen aus, auch wenn man Gewinnerzielungsinteressen als übergeordnetes Interesse versteht. Wirtschaftsunternehmen können also Vereinigungen i.S.d. Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB sein, ohne zugleich den Tatbestand zu erfüllen.

### a) Gewinninteressen sind vom Wortlaut erfasst

Der BGH betont, dass es aufgrund der notwendigen „Überordnung“ des Interesses nicht auf individuelle Interessen ankommen könne, seien diese auch ähnlich. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Der BGH stellt daneben fest, dass Straftaten, die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind, überwiegend den jeweiligen Einzelpersonen wirtschaftliche Vorteile brächten.<sup>71</sup> Indes verhindert die Notwendigkeit eines *übergeordneten* Interesses die Subsumtion von Gewinninteressen unter den Wortlaut der Legaldefinition nicht, denn auch ein Gewinninteresse muss sich nicht auf eine Einzelperson beziehen; es kann ebenso „übergeordnet“, zugunsten eines Personenzusammenschlusses bestehen.<sup>72</sup> Die vom BGH vorgenommene Differenzierung zwischen Gewinnerzielungsinteressen und politischen, religiösen oder ideologischen Interessen, die nach dessen Ansicht ohne Weiteres übergeordnete gemeinsame Interessen darstellen<sup>73</sup>, ist nicht im Wortlaut angelegt. Dieser gibt vielmehr einen Rahmen vor, in dem Gewinnerzielungsinteressen ohne Einschränkung unter das Merkmal des übergeordneten gemeinsamen Interesses gefasst werden können.

<sup>69</sup> Auf die übrigen Punkte des Urteils soll hier nicht eingegangen werden; vgl. u.a. zur Amtsanmaßung *Heintschel-Heinegg*, JA 2021, 961 (961 f.).

<sup>70</sup> Vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435.

<sup>71</sup> BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

<sup>72</sup> Vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (443); *Niemann*, wistra 2021, 425 (426).

<sup>73</sup> BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

## 2. Abgrenzung zur Bande über voluntatives oder organisatorisches Element

Der 3. Senat argumentiert, dass ähnliche Interessen mehrerer Personen kein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen können, weil sonst keine Abgrenzung zwischen krimineller Vereinigung und Bande möglich sei.<sup>74</sup> Er begründet die Bedeutung einer klaren Trennung damit, dass die Bandenmitgliedschaft einen vertypen Strafschärfungsgrund darstellt, während § 129 Abs. 1 StGB die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung als solche unter Strafe stellt.<sup>75</sup>

Die Bande wird laut Rechtsprechung definiert als ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen, wobei ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse nicht erforderlich ist.<sup>76</sup> Nach alter Rechtslage unterschied sich die kriminelle Vereinigung von der Bande durch das Erfordernis der Organisiertheit und die Unterordnung des Einzelnen unter den Gesamtwillen. Das personelle und das zeitliche Element eigneten sich weder vor noch nach der Gesetzesänderung von 2017 zur Abgrenzung, setzen doch beide Konstrukte drei Personen und ein Verbundensein auf eine gewisse Dauer voraus.<sup>77</sup>

Die neue Legaldefinition der Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB verlangt allerdings keinen Gesamtwillen mehr, sondern stellt keine besonderen Anforderungen an die Festlegung von Mitgliederrollen, die Kontinuität der Mitgliedschaft und die Ausprägung der Struktur.

Der BGH nimmt die Abgrenzung anhand des übergeordneten gemeinsamen Interesses vor. Ist die gemeinsame Begehung von Taten allerdings auf Gewinnerzielung gerichtet, sieht der BGH darin vor allem eine Verfolgung von individuellen wirtschaftlichen Vorteilen und verlangt für die Ermittlung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände.<sup>78</sup> Als Gesichtspunkte nennt er Umfang und Ausmaß genutzter, ggf. auch grenzüberschreitender, organisatorischer Strukturen sowie sachlicher Mittel, eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, die Anzahl der Mitglieder, einen von den konkreten Personen losgelösten Bestand, eine etwaige Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasistaatlicher Auto-

rität und die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure.<sup>79</sup>

Diese Anhaltspunkte sind ersichtlich objektiver Natur und nicht unmittelbar auf der voluntativen Ebene verortet. Grundsätzlich ist es natürlich nicht falsch, für die Feststellung voluntativer Merkmale auf äußere Umstände abzustellen. Allerdings sind die Aspekte, auf die der BGH in dieser Entscheidung abstellt, klar der Sphäre der Organisation zuzuordnen.

Eine gewisse Organisation ist jedoch ebenfalls Merkmal der neuen Legaldefinition, spricht diese doch von einem „organisierten Zusammenschluss“.<sup>80</sup> Die Formulierung in § 129 Abs. 2 StGB, der organisierte Zusammenschluss sei unabhängig „von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur“, ist auf die Vorgaben aus dem Rahmenbeschluss 2008/841/JI und der Palermo-Konvention zurückzuführen.<sup>81</sup> Dies ist nicht so zu verstehen, dass nun keine Anforderungen an die Organisation mehr gestellt werden; vielmehr sollen durch die bewusst offene Formulierung verschiedene Organisationsstrukturen abgedeckt werden.<sup>82</sup> Auch laut Gesetzesbegründung unterscheidet sich die Vereinigung von der Bande „durch eine – möglicherweise nur rudimentäre – Organisationsstruktur und die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“.<sup>83</sup> Daher erscheint es naheliegend, dieses Element selbst zur Abgrenzung heranzuziehen<sup>84</sup>, statt mithilfe organisatorischer Gesichtspunkte ein übergeordnetes gemeinsames Interesse zu begründen; ansonsten verlöre auch das Merkmal der Organisiertheit an eigenständiger Bedeutung.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> BGH wistra 2021, 441 (444 f., Rn. 33); krit. zum umfangreichen Vorliegen dieser Merkmale bei diesem Urteil und bei BGH wistra 2021, 448, und daher die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung betonend *Niemann*, wistra 2021, 425 (427).

<sup>80</sup> Vgl. dazu auch *Montenegro*, GA 2019, 489 (503 f.).

<sup>81</sup> Vgl. Art. 2 lit. c Palermo-Übereinkommen: „Structured group“ shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure“; vgl. auch Art. 1 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI: „[O]rganisierter Zusammenschluss“ [bezeichnet] einen Zusammenschluss, der nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens gebildet wird und der auch nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat“, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 43.

<sup>82</sup> *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (444). Kritisch zur Formulierung des Normtextes vgl. *Stein/Greco* (Fn. 1), § 129 Rn. 26; für eine Aufteilung des Absatzes auf zwei Sätze zur Klarstellung vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/11275, Anlage 2.

<sup>83</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11 (*Hervorhebung durch die Verf.*).

<sup>84</sup> Für eine Abgrenzung anhand des Organisationselements auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (446 f.).

<sup>85</sup> *Eggers* sieht darin gar eine drohende Verschleifung, vgl. *Eggers*, wistra 2021, 441 (448).

<sup>74</sup> BGH wistra 2021, 441 (443 f., Rn. 24 ff.).

<sup>75</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 27); auch schon BGHSt 54, 216 (223 f.).

<sup>76</sup> BGHSt 46, 321. Zuvor nahm die Rechtsprechung die Erforderlichkeit eines Bandeninteresses durchaus an, vgl. BGHSt 42, 255 (259 f.).

<sup>77</sup> *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (442 f.); vgl. auch *Lohse*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmeier*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 129 Rn. 20.

<sup>78</sup> BGH wistra 2021, 441 (443–445, Rn. 21, 33).

Eine solche Abgrenzung ist möglich: Die kriminelle Vereinigung zeichnet sich gerade durch eine Bündelung von kriminellen Kompetenzen und Ressourcen sowie eine arbeits-teilige Nutzung derselben aus; ebenso kommt ein Mindestmaß an geordnetem Vorgehen zum Ausdruck.<sup>86</sup> Dies widerspricht, wie gezeigt, nicht der offenen Formulierung des § 129 Abs. 2 StGB. Demgegenüber ist ein solches Organisationsniveau bei einer Bande gerade nicht erforderlich.<sup>87</sup> Auch wenn es in einer solchen durchaus eine gewisse Organisation geben kann (ohne dass diese erforderlich wäre), bleiben angesichts der typischerweise weniger ausgeprägten Interdependenzen doch nicht nur Randbereiche übrig. Ein Vorschlag für einen Kriterienkatalog mit organisationsbezogenen Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung zwischen Bande und krimineller Vereinigung findet sich bei *Sinn/Iden/Pörtner*.<sup>88</sup>

Nicht zuletzt ist die Abgrenzung über ein objektives Kriterium – die Organisation – weniger willküranfällig als die Begründung des voluntativen Elements durch eine Gesamtwertung äußerer Umstände.

Aus diesen Gründen ist dem 3. Senat in seiner Einschätzung nicht zuzustimmen.

### c) Keine Verschleifung von (Tatbestands-)Merkmalen

Der BGH stellt auch fest, dass die beabsichtigte Begehung von Straftaten kein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen könne, anderenfalls würden die Merkmale des illegitimen Vereinigungszwecks in § 129 Abs. 1 StGB und des übergeordneten Interesses verfassungswidrig ausgelegt: „verschliffen“.<sup>89</sup> Befürchtet wird, dass das Tatbestandsmerkmal des Vereinigungszwecks (Straftatbegehung) in dem Merkmal des übergeordneten Interesses aufgeht, wenn bereits das gemeinsame Begehen von (Wirtschafts-)Straftaten das übergeordnete Interesse des Zusammenschlusses darstellt. Eine Schnittstelle, die zu einer verfassungswidrigen Auslegung führen würde, kann aber nicht vorliegen: Auf erster Stufe sind die einzelnen legaldefinitiven<sup>90</sup> Merkmale der Ver-

einigung, wie das übergeordnete Interesse, festzustellen,<sup>91</sup> und erst auf zweiter Stufe trifft die „fertige“ Vereinigung als Tatbestandsmerkmal auf die weiteren Tatbestandsmerkmale des ersten Absatzes, ohne dass es erneut auf die gemeinsamen übergeordneten Interessen ankäme. Eine Verschleifung ließe sich nur begründen, wenn man von vornherein beide Absätze (systemwidrig) vermischt.

Eine solche vermischende Herangehensweise des BGH insinuiert bereits der erste Leitsatz des Urteils, in dem von der „Legaldefinition der kriminellen Vereinigung“ die Rede ist – es liegt nahe, dass bei der Prüfung einer etwaigen Verschleifung nicht hinreichend zwischen den Absätzen 1 (Tatbestand) und 2 (Legaldefinition) differenziert wurde: Absatz 2 definiert zunächst nur die Vereinigung, nicht die *kriminelle* Vereinigung. Zwar wird in der Argumentation des BGH auf die verschiedenen Absätze Bezug genommen.<sup>92</sup> Jedoch geht die Argumentation insgesamt ersichtlich von einer kriminell handelnden Gruppe aus, die auf ihre Subsumierbarkeit unter die Vereinigungsdefinition untersucht wird, der Vereinigungsbegriff wird nicht abstrakt geprüft. Dies zeigt auch die Ausführung zum Rahmenbeschluss 2008/841/JI.<sup>93</sup> Der BGH befürchtet eine „allgemeine Strafverfolgung“<sup>94</sup> des Zusammenschlusses Mehrerer, die auch der Rahmenbeschluss nicht anstrebt. Dabei wird verkannt, dass der Rahmenbeschluss die *kriminelle* Vereinigung definiert, während § 129 Abs. 2 StGB zunächst „nur“ neutral die Vereinigung definiert, losgelöst von der Zweckbestimmung des Zusammenschlusses. Der Begriff der *kriminellen* Vereinigung ergibt sich im deutschen Strafrecht erst durch die Subsumtion unter Abs. 1, in dem es auf die Zweckbestimmung des Zusammenschlusses ankommt. Grund hierfür ist u.a. die Notwendigkeit einer losgelösten Definition der Vereinigung, da diese auch in § 129a StGB (terroristische Vereinigung) ein Tatbestandsmerkmal darstellt.<sup>95</sup> Hätte man in § 129 Abs. 2 StGB statt von einem übergeordneten Interesse von finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteilen wie im Rahmenbeschluss 2008/841/JI gesprochen, hätte es für § 129a StGB einer eigenen Definition bedurft. Aufgrund der neutralen Definition wird eine Vereinigung erst dadurch zu einer kriminellen (§ 129 Abs. 1 StGB) oder einer terroristischen (§ 129a Abs. 1, 2 StGB), dass ihr Zweck oder ihre Tätigkeit auf die Begehung gewisser Straftaten gerichtet ist.

Mithin droht die vom BGH befürchtete allgemeine Strafverfolgung von Personenzusammenschlüssen nicht. Auch wird es zu keiner verschleifenden, verfassungswidrigen Auslegung kommen, wenn die Straftatbegehung als übergeordnetes, gemeinsames Interesse eingeordnet wird. Der Gesetzge-

einem Tatbestandsmerkmal überhaupt „verschliffen“ werden kann, ist, soweit ersichtlich, noch nicht beantwortet; ablehnend *Sinn*, ebenda; das Konzept auf die Legaldefinition anwendend *Eggers*, wistra 2021, 441 (448).

<sup>91</sup> Nach hier vertretener Ansicht in einer weiten Auslegung unter Einbeziehung von Gewinnerzielungsinteressen.

<sup>92</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 28).

<sup>93</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31).

<sup>94</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 32).

<sup>95</sup> Siehe hierzu auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (446).

<sup>86</sup> *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (447).

<sup>87</sup> BGHSt 31, 202 (205) = BGH NJW 1983, 1334; BGH NStZ 1982, 68; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 40. Dem steht etwa § 98a Abs. 1 Nr. 6 StPO (Formulierung dort: „von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert“) nicht entgegen, vgl. dazu *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (446).

<sup>88</sup> *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (451); eine Abgrenzung über Organisationsmerkmale bei Anerkennung einer jedenfalls grundlegenden Organisation auch bei Banden findet sich ebenfalls etwa bei *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 121 f.; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (696 f.).

<sup>89</sup> BGH wistra 2021, 441 (444), Rn. 28; gemeint ist das sog. Verschleifungsverbot, vgl. hierzu ausführlich BVerfG, Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. = NJW 2015, 2949; *Mehl*, Das Verschleifungsverbot, 2020.

<sup>90</sup> Zu Recht weist *Sinn*, ZJS 2021, 673 (678), darauf hin, dass es sich bei einer Legaldefinition nicht um einen Tatbestand handelt. Die Frage, ob ein legaldefinitives Merkmal mit

ber lege ein offenes Verständnis des Vereinigungsbegriffs fest.

d) *Gewinninteressen und die „vereinigungsspezifische Dynamik“*

Der BGH führt zudem aus, dass auch das Telos der Norm die Feststellung trage, gemeinsame Gewinnerzielungsinteressen könnten nicht ohne Weiteres ein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen.<sup>96</sup> Andersherum betrachtet fürchtet der BGH den Verlust der mit dem übergeordneten Interesse einhergehenden<sup>97</sup> „spezifischen Eigendynamik“ einer Vereinigung, wenn das übergeordnete gemeinsame Interesse weit verstanden wird,<sup>98</sup> etwa wenn Gewinnerzielungsinteressen ohne Weiteres subsumiert werden<sup>99</sup>. Zweck der Norm sei es, die „Gefährlichkeit durch eine vereinigungsspezifische Dynamik“ zu erfassen.<sup>100</sup> Die Ausführungen zu dieser erschöpfen sich darin, dass sie über die bloße Wiederholung, wie bei einer Bande, hinausgehe.<sup>101</sup>

Das Telos des Schutzes vor der Eigendynamik einer etwaigen Vereinigung hilft bei der Auslegung der Norm indes wenig. Eigendynamik bzw. vereinigungsspezifische Dynamik sind zunächst konturenlose Begriffe, die wenig zur Normklarheit beitragen oder einschlägige von nicht einschlägigen Sachverhalten abgrenzen können,<sup>102</sup> auch im Hinblick auf die Abgrenzung zu einer Bande. Jede Personenansammlung bringt gewisse Eigendynamiken mit sich.<sup>103</sup> Auch zwei Personen, die sich zusammentun, entwickeln eine Dynamik.<sup>104</sup> Nicht ohne Grund bestraft der Gesetzgeber das Zusammenwirken nach § 30 StGB, das durch die gegenseitige Bestärkung und die damit einhergehende Selbstbindungskraft zu der erhöhten Gefährlichkeit führt.<sup>105</sup>

Die Untauglichkeit des Kriteriums der Eigendynamik lässt sich gut illustrieren, wenn man den Blick von der Rechtsprechungslinie mit Bezug zur kriminellen Vereinigung abwendet und dieselbe Abgrenzungsfrage in der Rechtsprechung zu Bandendelikten betrachtet. Der BGH selbst weist hinsichtlich

der Strafschärfung bei bandenmäßiger Deliktsbegehung auf die „spezifische Gefährlichkeit der Bande hin, immer wieder neue Taten zu generieren“.<sup>106</sup> Der Grund der Strafschärfung ist nach ständiger Rechtsprechung in der Organisationsgefahr zu sehen, die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der Bande setze.<sup>107</sup> So wird dasselbe Argument der Eigendynamik sowohl für die Gefährlichkeit der Bande als auch für die der Vereinigung verwendet, ohne dass auf diesen Widerspruch im Urteil eingegangen würde.

Letztendlich scheint der BGH eine ausufernde Auslegung zu befürchten, etwa dass Wirtschaftsunternehmen vorschnell unter § 129 StGB subsumiert werden könnten, und sucht einen Anknüpfungspunkt für eine Einschränkung: Unter Heranziehung organisatorischer Elemente zur Feststellung des übergeordneten, gemeinsamen Interesses stellt der BGH bspw. fest, dass allein ein „hoher betrieblicher Organisationsgrad [nicht] den Rückschluss auf ein übergeordnetes Interesse“ eines legal am Markt agierenden Unternehmens zulasse, mithin darüberhinausgehende Indizien gegeben sein müssen.<sup>108</sup>

Eine Einschränkung auf Ebene des Merkmals des übergeordneten gemeinsamen Interesses der Legaldefinition ist indes nicht notwendig, sodass es der teleologischen Auslegung des BGH gar nicht bedurft hätte. Im Fall eines auf Gewinne ausgerichteten, gut organisierten Unternehmens liegt eine Vereinigung vor, wenn man entgegen der Ansicht des BGH Gewinnerzielungsinteressen ohne Weiteres als übergeordnetes Interesse genügen lässt. Ob daneben auch ein *krimineller* Zusammenschluss vorliegt, ergibt sich erst aus der Zweckbestimmung der Straftatbegehung i.S.d. § 129 Abs. 1 StGB, die zugleich den Strafgrund der Norm<sup>109</sup> darstellt. Wenn der BGH einen organisierten religiösen Zusammenschluss ohne eine weitere Gesamtwürdigung als hinreichende Vereinigung erachtet,<sup>110</sup> wird deutlich, dass in diesen Fällen auch der BGH erst mittels der in § 129 Abs. 1 StGB festzustellenden Zweckbestimmung der religiösen Vereinigung gefährliche von ungefährlichen, kriminelle von nicht kriminellen Vereinigungen abgrenzt. Das kriminelle Unrecht resultiert nicht aus einem Zusammenschluss als solchem, sondern aus der Ausrichtung auf die Straftatbegehung. Insgesamt droht demnach keine vorschnelle Kriminalisierung von (wirtschaftlich ausgerichteten) Personenzusammenschlüssen; nach hier bevorzugter – Gewinninteressen stets einschließender – Auslegung des Merkmals des übergeordneten Interesses kann ein Wirtschaftsunternehmen mithin eine Vereinigung i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB darstellen. Die Feststellung der Organi-

<sup>96</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 32).

<sup>97</sup> So beschrieben in BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 33).

<sup>98</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 30, 32).

<sup>99</sup> BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 33).

<sup>100</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 32).

<sup>101</sup> BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 32).

<sup>102</sup> Ähnlich *Krauß*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 13. Aufl. 2021, § 129 Rn. 41; *Montenegro*, GA 2019, 489 f.

<sup>103</sup> *Kosmalla*, Bandenmäßigkeit im Strafrecht, 2005, S. 100; *Schumacher*, NJW 1989, 1880, der eine Gruppendynamik im Rahmen der Mittäterschaft darlegt; *Eidam*, StV 2012, 373 (375 f.).

<sup>104</sup> So wird in der Sozialpsychologie im Kontext der Gruppendynamik etwa von Gruppen gesprochen, wenn „zwei oder mehr Individuen sich als Mitglieder einer Gruppe verstehen“, vgl. *Nijstad/Knippenberg*, in: Jonas/Stroebe/Hewstone (Hrsg.), Sozialpsychologie, 6. Aufl. 2014, S. 439 (441).

<sup>105</sup> Vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 30 Rn. 1 m.w.N.

<sup>106</sup> BGH NStZ 2019, 310 (311).

<sup>107</sup> BGH NStZ 2019, 310 (311); siehe auch BGH NStZ 2007, 33 (34); *Knaupe*, Unionsrechtskonforme Auslegung, 2020, S. 591.

<sup>108</sup> BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 33).

<sup>109</sup> v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2021, § 129 Rn. 7; *Krauß* (Fn. 102), § 129 Rn. 2: „[E]ine ganz andere kriminelle Qualität“ aufgrund der „spezifischen Organisation und Zielsetzung“; *Kosmalla* (Fn. 103), S. 113.

<sup>110</sup> BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

siertheit und des Vorliegens eines übergeordneten (Gewinn-) Interesses ist lediglich die Subsumtion unter die Legaldefinition. Würde der BGH im Falle der Zusammenschlüsse mit Gewinnerzielungsinteressen keine vermischende Gesamtbetrachtung der Absätze 1 und 2 vornehmen, müsste er zu demselben Ergebnis kommen. Schließlich trägt eine Gesamtbetrachtung auch nicht zu einer Konturierung des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ bei.<sup>111</sup> Eine, wenn auch zu einem weiten Verständnis der Legaldefinition führende, klare Orientierung an der Systematik der Norm ist einer vermischenden Gesamtbetrachtung vorzuziehen. Als einschränken- des Tatbestandsmerkmal fungiert dann die Zweckbestimmung der Vereinigung.

#### e) Historische Argumentation

Der BGH argumentiert auch mit der Gesetzesbegründung zur Einführung der Legaldefinition sowie mit dem Rahmenbeschluss 2008/841/JI. Er verweist darauf, dass die kriminelle Vereinigung laut Gesetzesbegründung „mehr verlangt als die bloße Übereinkunft von mindestens drei Personen, miteinander bestimmte Straftaten begehen zu wollen“.<sup>112</sup> Dabei sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass im Bereich der organisierten Wirtschaftskriminalität das übergeordnete gemeinsame Ziel in dem von den Mitgliedern der Vereinigung geteilten gemeinsamen Gewinn- oder Machtstreben liege, „das sich in der Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, der Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder dem (Versuch) der Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft“ zeige.<sup>113</sup> Daraus schließt der BGH, dass der Gesetzgeber nicht bereits die geplante Begehung von (Wirtschafts-)Straftaten als gemeinsames Interesse erfasst sehen wollte, seien doch sonst diese genannten Beispiele entbehrlich gewesen.<sup>114</sup>

Zwar weicht § 129 Abs. 2 StGB durch die Aufnahme eines übergeordneten gemeinsamen Interesses anstelle der materiellen Vorteile vom Rahmenbeschluss 2008/841/JI ab, darin liegt aber, wie auch der BGH erkennt, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs. Aus der Gesetzeshistorie lässt sich gerade nicht der Schluss ziehen, dass ausgerechnet an ein übergeordnetes gemeinsames Interesse an der Verfolgung

finanzieller oder materieller Vorteile höhere Anforderungen zu stellen sind als an andere Ausprägungen des übergeordneten Interesses. Sowohl im europäischen als auch im nationalen Kontext wird immer wieder gerade das Gewinnstreben als eine der wichtigsten Motivationen organisierter Kriminalität, deren Bekämpfung das 54. StGBÄndG dienen sollte, herausgestellt.<sup>115</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es unstimmt, wenn der BGH ausgerechnet bei Gruppierungen, die zum Zwecke der Gewinnerzielung tätig werden, ein übergeordnetes gemeinsames Interesse nicht ohne Weiteres bejahen will, gleichzeitig aber annimmt, dass ein solches bei Zusammenschlüssen zur Verfolgung weltanschaulich-ideologischer, religiöser oder politischer Ziele regelmäßig gegeben ist, ohne dass eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände erforderlich wäre.<sup>116</sup>

Das übergeordnete gemeinsame Interesse ist darüber hinaus, wie sich aus dem deutlichen Willen des Gesetzgebers, auch hierarchische Strukturen zu erfassen,<sup>117</sup> ergibt, gerade nicht als gleichbedeutend mit dem Gruppenwillen der alten Rechtsprechungsdefinition zu verstehen,<sup>118</sup> für den der BGH in seiner Entscheidung zur „Kameradschaft Sturm 34“ annahm, bei der Verfolgung von Gewinninteressen sei kein Gesamtwille indiziert und ein solcher müsse gesondert festgestellt werden.<sup>119</sup>

Auch Teile der Literatur sprechen sich explizit dagegen aus, im Zusammenhang mit Vereinigungen nach § 129 Abs. 2 StGB ein über die finanzielle Motivation hinausgehendes übergeordnetes Interesse zu verlangen, könne ein solches doch im Rahmen organisierter Kriminalität lediglich bei mafiosen Gruppen aufgrund des Machtstrebens angenommen werden.<sup>120</sup> In Deutschland werde die organisierte Krimi-

<sup>111</sup> So auch *Eggers*, wistra 2021, 441 (448), der gar eine verschleifende Auslegung des BGH befürchtet, wenn dieser organisatorische Merkmale zur Feststellung des übergeordneten Interesses heranzieht. Andererseits begrüßt *Eggers* insgesamt die aufgestellte Einschränkung zugunsten von Wirtschaftsunternehmen, die primär legale Geschäfte bezwecken, um eine Ausnutzung als „Türöffner“ für strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse zu vermeiden, obgleich sich dieser primär legale Zweck schwer in praxi feststellen lasse. Zu möglichen Auswirkungen auf die strafprozessuale Ermittlungspraxis im Wirtschaftsstrafrecht vgl. auch *Niemann*, wistra 2021, 425 (428).

<sup>112</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31), unter Verweis auf BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>113</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31).

<sup>114</sup> BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31).

<sup>115</sup> Vgl. dazu nur auf europäischer Ebene die oben vorgestellte Merkmalsliste, vgl. II. 1. a), die Mitteilung der Kommission über eine EU-Strategie zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität 2021–2025, KOM (2021) 170 endg., S. 2: „Das organisierte Verbrechen ist durch ein vernetztes Umfeld gekennzeichnet [...] und gewinnorientiert ausgerichtet [...]“ oder den Rahmenbeschluss vom 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten (2005/212/JI), ABl. EU 2005 Nr. L 68 v. 15.3.2005, S. 49: „Das Hauptmotiv für grenzüberschreitende Kriminalität ist wirtschaftlicher Gewinn“ sowie auf nationaler Ebene das obligatorische Merkmal des „Gewinn- oder Machtstrebens“ der OK-Definition der Gemeinsamen Arbeitsgruppe Justiz/Polizei aus dem Jahr 1990. Auch bezeichnet der Gesetzgeber das Gewinnstreben als Triebfeder oder vorherrschendes Motiv der Organisierten Kriminalität in den Materialien zum OrgKG (etwa BT-Drs. 12/989, S. 1; BT-Drs. 12/2720, S. 2; auch schon BR-Drs. 83/90, S. 1).

<sup>116</sup> So aber BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

<sup>117</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 7.

<sup>118</sup> *Sinn*, ZJS 2021, 673 (676); anders wohl LG Köln, NStZ-RR 2021, 74; *Greier*, jurisPR-StrafR 19/2021 Anm. 1; *Montenegro*, GA 2019, 489 (502).

<sup>119</sup> BGHSt 54, 216 (230).

<sup>120</sup> *Selzer*, KriPoZ 2018, 224 (228).

nalität aber vor allem durch Netzwerkstrukturen geprägt<sup>121</sup> und eine Beschränkung auf Mafiastrukturen sei auch durch den Rahmenbeschluss gerade nicht vorgesehen, erkennbar am Verzicht auf das Erfordernis kontinuierlicher Mitgliedschaft und ausgeprägter Organisationsstruktur.<sup>122</sup>

#### **IV. Fazit und Einordnung**

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass Gewinnerzielungsinteressen als übergeordnetes, gemeinsames Interesse einzuordnen sind. Eine solche Lesart entspricht zunächst der Entwicklung des Vereinigungsbegriffs – besonders auf europäischer Ebene wurden stets die Gewinninteressen krimineller Vereinigungen in den Fokus genommen. Insofern ist es zweifelhaft, ob die Auslegung des BGH mit dem europarechtlichen Hintergrund der Legaldefinition zu vereinbaren ist. Das Ergebnis folgt aber vor allem aus einer stringenten Subsumtion unter den Wortlaut der an sich neutralen Legaldefinition der Vereinigung. Die systemwidrige Vermischung der Absätze, wie der BGH sie vornimmt, ist abzulehnen.

Eine korrekte Einordnung, nach der im Übrigen auch keine Überschneidung des übergeordneten gemeinsamen Interesses und der Zweckbestimmung droht, gelingt, wenn zunächst ein etwaiger Zusammenschluss unter die Legaldefinition des Abs. 2 subsumiert wird und erst dann die Frage gestellt wird, ob der Hauptzweck der Vereinigung die Straftatbegehung ist, sie mithin eine kriminelle ist.

Statt die Abgrenzung zur Bande über das übergeordnete gemeinsame Interesse mittels Feststellung organisatorischer Elemente zu unternehmen, ist es vorzugswürdig, sich direkt an dem organisatorischen Element zu orientieren. Damit kann einerseits zu einer Begriffsschärfung der Legaldefinition beigetragen werden, andererseits gelingt eine bessere Handhabung der besonderen Struktur der ersten zwei Absätze des § 129 StGB in der Praxis.

---

<sup>121</sup> Vgl. etwa das aktuelle BKA Lagebild OK 2020, S. 35, 53.

<sup>122</sup> Selzer, KriPoZ 2018, 224 (228).

# Rechtshilfe bei instrumentalisierten oder durch Korruption beeinflussten Strafverfahren

## Prinzipien der schweizerischen Rechtshilfe auf dem Prüfstand

Von RA Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), St. Gallen, RAin PD Dr. iur. Madeleine Camprubi, Zürich\*

*Das Schweizer Rechtshilferecht sieht keinen besonderen Ausschlussgrund für ausländische Ersuchen vor, die auf instrumentalisierte oder durch Korruption beeinflusste Strafverfahren zurückgehen. Es ist formell vielmehr auf die Rechtshilfe für rechtsstaatlich einwandfreie ausländische Strafprozesse zugeschnitten. Die Autoren gehen der Frage nach, ob und inwiefern die geltende Praxis zur Rechtshilfe in der Sache dennoch verhindern kann, dass die Schweiz nicht schutzwürdigen ausländischen Strafverfahren Hand bietet. Dabei soll auch der besonderen Situation Rechnung getragen werden, in der sich die Betroffenen befinden.*

### I. Unterschiedliche Standards der Unabhängigkeit der Justiz und Korruptionsbekämpfung

International herrschen selbst innerhalb des Europarates keine gleich hohe Standards in Bezug auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz, wie sich namentlich aus den Berichten der Staatengruppe gegen Korruption (GRECO)<sup>1</sup> ergibt.<sup>2</sup> Letztere stellt insbesondere für die osteuropäischen Staaten trotz Fortschritten in den letzten Jahren noch Verbesserungsbedarf fest, namentlich in Bezug auf die Transparenz und Korruptionsbekämpfung an den Gerichten und Staatsanwaltschaften.<sup>3</sup> Damit besteht ein erhöhtes Risiko, dass Poli-

\* Der Verf. ist Managing Partner, Rechtsanwalt und Notar bei der Teichmann International (Schweiz) AG und Lehrbeauftragter an der Universität Kassel, der Internationalen Anti-Korruptions-Akademie in Wien und der Hochschule für Wirtschaft Zürich. Die Verf. ist Rechtsanwältin bei der Teichmann International (Schweiz) AG und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

<sup>1</sup> Staatengruppe des Europarates, die 1999 von 17 Mitgliedern des Europarates zur Bekämpfung der Korruption europaweit gegründet wurde und heute 48 europäische Staaten und die Vereinigten Staaten zählt, siehe [www.coe.int/fr/web/greco/home](https://www.coe.int/fr/web/greco/home) (30.3.2022).

<sup>2</sup> Vgl. die Praxis des Bundesgerichts zur brisanten Frage, ob bei einer Auslieferung das Risiko einer menschenrechtswidrigen Behandlung im Ausland bestehe. Es teilt dabei die Staaten grob in drei Gruppen; zur ersten Gruppe, wozu vermutlich keine solche Zusicherung nötig sei, zählt es im Allgemeinen die Staaten aus Westeuropa (dazu namentlich BGE 134 IV 156 E. 6.7.). Eine solche Klassifizierung besteht hingegen im Rahmen der hier besprochenen Thematik nicht.

<sup>3</sup> Siehe z.B. Compliance Report GRECO v. 26.3.2020 betreffend die Bekämpfung der Korruption der Parlamentsmitglieder, der Richter und der Staatsanwälte in der Ukraine, abrufbar unter <https://rm.coe.int/grecoeval4rep-2016-9-fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-1680737207> (30.3.2022), dort S. 29 f.; Compliance Report GRECO v. 27.9.2021 betreffend Polen, abrufbar unter

zei, Staatsanwälte, Strafgerichte und Rechtsmittelinstanzen durch Private dazu korrumpiert werden, Strafverfahren gegen z.B. Geschäftskonkurrenten, Belastungszeugen oder zur Abwendung drohender Gerichtsniederlagen parteiisch und ohne legitimen Grund zu führen. Auch Mängel im Bereich der Unabhängigkeit der Justiz führen dazu, dass diese z.B. durch die Regierung oder andere Behörden zur Führung von Strafverfahren genötigt werden kann, um Regimegegner, Whistleblower<sup>4</sup> oder sonst Menschen, die politischen Zielen der Regierung im Weg stehen, zu diskreditieren, außer Gefecht zu setzen oder ihnen ihr Vermögen im In- und Ausland wegzunehmen.<sup>5</sup> Bei der Instrumentalisierung von Strafverfahren steht das System der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen Kopf. Das gilt umso mehr im Anwendungsbereich eines internationalen Abkommens, wie insbesondere des EUeR, das den Weg für eine schnelle und unkomplizierte Rechtshilfe ebnet. Der Anschein der Rechtsstaatlichkeit mag bei durch Korruption beeinflussten oder vom Staat instrumentalisierten Strafverfahren gewahrt sein; in der Sache werden die internationale Kooperation jedoch missbraucht und damit nicht nur die Individualrechte, sondern im Grunde genommen auch die Souveränität des ersuchten Staates verletzt. Dies steht zudem den aktuellen europäischen und weltweiten Bestrebungen zum Schutz von Whistleblowern im privaten und im öffentlichen Sektor, die namentlich nicht durch die Eröffnung von Strafverfahren eingeschüchtert oder bestraft werden sollen, entgegen.<sup>6</sup>

Für Aufsehen hat in der Schweiz der Fall Yukos/Chodorowsky gesorgt, in welchem das Rechtshilfeverfahren nach vier Jahren und verschiedenen Gerichtsverfahren in der Schweiz schließlich im Jahre 2007 zulasten der russischen Föderation abgeschlossen wurde.<sup>7</sup> Im Wesentlichen wurde

<https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/1680a3eeef> (30.3.2022), dort S. 25 f. Siehe dazu auch Teichmann, Kriminalistik 2021, 536 m.w.N.; Kühne, GA 2020, 356.

<sup>4</sup> Zum Begriff siehe z.B. BGer 6B\_305/2011 E. 4; Teichmann, GA 2021, 41; Oberholzer, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2018, Art. 320 Rn. 17.

<sup>5</sup> Siehe Anwendungsbeispiele bei Teichmann, Kriminalistik, 2021, 61 f.

<sup>6</sup> Siehe z.B. für die Europäische Union die Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern v. 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Richtlinie EU 2019/1937, am 17.12.2019 in Kraft getreten). Dazu Teichmann, GA 2021, 41 ff., insbesondere 49 f.

<sup>7</sup> BGer 1A.29/2007; BGer 1A.215-217/2005; BGer 1A.249 und BGer 257/2006, 24.1.2006. Der Entscheid sticht insbesondere deshalb heraus, weil er zu den wenigen gehört, in



die Rechtshilfe verweigert, weil die Strafverfahren zwar keine politischen Straftatbestände im engeren Sinn betreffen würden, jedoch gegen die Beschuldigten als „Oligarchen“ gerichtet und deshalb diskriminierend seien.<sup>8</sup> Aufgrund der Besonderheiten des individuell-konkreten Einzelfalls lässt sich die dort entworfene Praxis im Allgemeinen nicht auf die Fälle anwenden, in denen die Beschuldigten nicht als politische Gegner des ersuchenden Staates eingestuft werden können, aber dennoch Zielscheiben von durch Korruption beeinflussten oder sonstwie missbräuchlichen, schikanösen Strafverfahren sind.<sup>9</sup> Zur Identifizierung solcher Fälle ist das geltende System der Rechtshilfe in der Schweiz nach der hier vertretenen Meinung schlecht gewappnet, obwohl diese mit Blick namentlich auf den Schweizer *ordre public* verpönt sind (nachfolgend II.). Eine zum Teil ähnliche Kritik wurde von *Fiolka* 2017<sup>10</sup> geäußert, ohne dass sich die Praxis mit dieser auseinandergesetzt hätte. Das Problem hängt nach der hier vertretenen Meinung mit der grundsätzlichen Gestaltung und den Tragsäulen der Rechtshilfe in der Schweiz (III.) und insbesondere mit der Geltung der verwaltungsrechtlichen Grundsätze zur Abklärung des einschlägigen Sachverhalts zusammen, die nicht im gleichen Ausmaß wie im Strafrecht die Nähe zur Wahrheit des festgestellten Sachverhalts gewährleisten. Das Problem ließe sich *de lege lata* etwas entschärfen, wobei Anpassungen *de lege ferenda* auch empfehlenswert wären (IV.).

## II. Ausschluss von Rechtshilfebegehren zu politischen Zwecken

Das Problem, dass Strafverfahren instrumentalisiert sein können, bildet nicht Gegenstand eines besonderen Ausschlussgrundes; entsprechende Rechtshilfebegehren sind dennoch unter verschiedenen Titeln abzulehnen.

### 1. Schweizer und internationaler *ordre public*

Die Schweiz nimmt sich bereits im Einstieg ins IRSG das Recht, die Rechtshilfe mit Rücksicht auf die Hoheitsrechte, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz zu verweigern.<sup>11</sup> Das steht im Einklang mit den von der Schweiz ratifizierten Staatsverträgen.<sup>12</sup> Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang

denen die Rechtshilfe im Zusammenhang mit einem nicht im engeren Sinne politischen Strafverfahren abgelehnt wurde.

<sup>8</sup> BGer 1A.29/2007 E. 2.6, 3, 4.

<sup>9</sup> In aller Regel wird die Einwendung eines missbräuchlichen ausländischen Strafverfahrens abgewiesen (siehe z.B. BGer 1C\_505/2015; BStrGer RR.2013.77; BStrGer RR.2013.112).

<sup>10</sup> *Fiolka*, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlens (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 605.

<sup>11</sup> Art. 1a IRSG.

<sup>12</sup> Siehe namentlich Art. 3 Abs. 1 lit. a Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (RVUS; SR 0.351.933.6); Art. 2 lit. b Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (EUEr);

auf die prozeduralen Garantien gemäß der EMRK und dem UNO-Pakt II, wozu es auch das Diskriminierungsverbot zählt. Diese ordnet es dem internationalen *ordre public* bzw., soweit sich die Einhaltung der entsprechenden Individualrechte aus dem Verweis im IRSG ergibt, dem nationalen *ordre public*, zu.<sup>13</sup> Ein direktes Verbot des missbräuchlichen Einsatzes von Strafverfahren bzw. von Rechtshilfebegehren wird nicht thematisiert. Der Ausschluss der Rechtshilfe wird vielmehr mit einem Verstoß gegen die prozeduralen Individualrechte begründet.<sup>14</sup>

### 2. Straftaten nach „gemeinem Recht“

Rechtshilfe wird allgemein nur für apolitische Straftatbestände geleistet. So bezieht sich das EUEr von vornherein nur auf Straftatbestände, die „nach gemeinem Recht“ strafbar sind.<sup>15</sup> Die Schweiz beschreibt im nationalen Recht etwas konkreter die nicht rechtshilfezugänglichen Straftatbestände. Das sind Taten, die nach schweizerischer Auffassung vorwiegend politischen Charakter haben oder im Zusammenhang mit militärischen Dienstleistungen, der Landesverteidigung oder der Wehrkraft des ersuchenden Staates stehen.<sup>16</sup> Desgleichen wird die Verfolgung von fiskalischen, währungs-, handels-, und wirtschaftspolitischen Gesetzesverstößen nicht unterstützt.<sup>17</sup> Eine andere Voraussetzung des EUEr in diesem Zusammenhang, wonach Organe der Justiz für die betreffende Strafverfolgung zuständig sein müssen,<sup>18</sup> begrenzt im Ergebnis auch die zulässige Rechtshilfe, wobei sie im Vordergrund dem Anspruch auf ein unabhängiges, unparteiisches und gesetzliches Gericht<sup>19</sup> Rechnung trägt.

Wie das Bundesgericht hervorhebt, überlässt der Gesetzgeber mit den obengenannten Kriterien den Rechtsanwendungsbehörden einen größeren Auslegungsspielraum.<sup>20</sup> Dieser Spielraum wird in systematischer Hinsicht durch die Vor-

SR 0.351.1); Art. 18 Abs. 1 lit. b Geldwäschereübereinkommen (GwÜ; SR 0.311.53).

<sup>13</sup> BGE 130 II 217 E. 8.1; BGer 1A.15/2007 E. 2.4.

<sup>14</sup> BGE 130 II 217 E. 8.1; BGer 1A.15/2007 E. 2.4.

<sup>15</sup> Art. 1 Abs. 2 EUEr (Das Abkommen „findet keine Anwendung auf Verhaftungen, auf die Vollstreckung verurteilender Erkenntnisse sowie auf militärische strafbare Handlungen, die nicht nach gemeinem Recht strafbar sind“). Siehe auch Art. 1 Abs. 2 Zweites Zusatzprotokoll zum EUEr vom 08.11.2005 (SR 0.351.12; II. ZP EUEr).

<sup>16</sup> Art. 3 Abs. 1 IRSG.

<sup>17</sup> Art. 3 Abs. 3 IRSG. Zu den wirtschaftspolitischen Maßnahmen gehören vor allem protektionistische Ein-, Aus- und Durchführverbote (Botschaft des Bundesrats zum IPRG, BBl. II 1976, S. 455).

<sup>18</sup> Art. 1 Abs. 1 EUEr (siehe auch Art. 1 Abs. 1 II. ZP EUEr).

<sup>19</sup> Vgl. Art. 30 BV, Art. 6 EMRK.

<sup>20</sup> BGE 131 II 235 E. 3.4. Siehe auch *Forster*, in: Niggli/Heimgartner (Hrsg.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, 2015, IRSG Art. 3 Rn. 4; *Gless*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 345 („Wann ein Delikt als politische Straftat gilt und wann als gemeine Straftat, lässt sich nicht immer trennscharf festlegen [...]“).

aussetzung der doppelten Strafbarkeit,<sup>21</sup> die sich die Schweiz bemerkenswerterweise auch im Rahmen des EUeR für die Rechtshilfe ausbedungen hat,<sup>22</sup> etwas eingegrenzt, auch wenn es damit nicht direkt darum geht, den Bereich der Straftaten, die nicht als „gemeines“ Strafrecht zu gelten hätten, abzustecken.<sup>23</sup> Die Bedingung der doppelten Strafbarkeit spiegelt den gesetzgeberischen Willen wider, nur dort Hand zu bieten, wo auch nach schweizerischer Auffassung strafbares Verhalten vorliegt oder vorliegen könnte.<sup>24</sup> Diesem Anliegen, das im Gedanken der schweizerischen Staatssouveränität fußt, wird besonderes Gewicht beigemessen.<sup>25</sup> Der Grundsatz des Ausschlusses der Rechtshilfe für Strafen und Maßnahmen außerhalb des „gemeinen“ Rechts wird ferner durch den Spezialitätsvorbehalt unterstützt,<sup>26</sup> der den ersuchenden Staat dazu anhält, die gewährten Rechtshilfemaßnahmen exklusiv zur Verfolgung der beantragten zulässigen Straftaten einzusetzen.<sup>27</sup>

Der Kreis der ausgeschlossenen Straftatbestände hilft bei instrumentalisierten Strafverfahren im Allgemeinen kaum, weil die Instrumentalisierung gerade darin besteht, dass keine politischen Handlungen (wie z.B. Verstöße gegen Einschränkungen der politischen Meinung) offiziell verfolgt werden. Für solche Strafverfahren eignet sich aber auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den „relativ politischen“ Straftaten nicht ohne Weiteres. Mit Blick auf den Sinn und

Zweck der Grenzen der Rechtshilfe stützt sich das Bundesgericht nicht auf eine restriktive Auslegung des Begriffs des politischen Charakters von Straftaten. In Anlehnung an die delikate Unterscheidung zwischen Terrorismus und Widerstandskämpfen gem. Art. 260<sup>quinquies</sup> schwStGB<sup>28</sup> nimmt es an, dass auch Straftaten des gemeinen Rechts politischer Charakter zukommen könne. Das hängt von den Umständen, den Beweggründen und Zielen, die die Beschuldigten mit ihren strafrechtlich verfolgten Handlungen bezweckten, ab.<sup>29</sup> Staaten können jedoch auch Rechtssubjekte bremsen wollen, die nicht aus politischen Gründen handeln, aber aus anderen Gründen oder aufgrund nur ihnen bekannten Informationen politischen Interessen eines Regimes entgegenstehen. Das trifft z.B. bei Bürgern, die zufällig Zeugen von skandalträchtigen Tatsachen geworden sind oder die es unternehmen, hochstellige Haftungsansprüche oder sonstige begründete Rechtsmittel gegen den Staat geltend zu machen; zu denken ist auch an in Ungnade gefallene Beamte, die über kompromittierende Informationen verfügen. In solchen Fällen liegen nach der genannten Rechtsprechung des Bundesgerichts mangels politischer Beweggründe der Betroffenen keine politischen Straftaten vor. Im erwähnten Fall Yukos/Chodorkowsky wurde die Rechtshilfe auch nicht wegen der Art der verfolgten Straftat, sondern wegen der diskriminierenden Wirkung des Strafverfahrens verweigert.

### 3. Verfahrensfehler und Diskriminierung

Missbräuchliche oder korrupte Strafverfahren können unter Umständen unter den Ausschlussgrund der Diskriminierung fallen oder wegen Verstößen gegen die Verfahrensgarantien gemäß EMRK und UNO-Pakt II unzulässig sein.<sup>30</sup> Im Sonderfall Yukos/Chodorkowsky hat sich das Bundesgericht auf Diskriminierung gem. Art. 2 lit. b und lit. c IRSG berufen, weil die ausländischen Strafverfahren als Bestandteile eines politischen Kampfes der russischen Föderation gegen die Oligarchen, die in den 90er-Jahren des 20. Jahrhunderts unter undurchsichtigen Umständen zu enormen Reichtümern gekommen waren, zu verstehen seien.<sup>31</sup> Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber unter der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe auch die Eigenschaft als „schwerreich“ vor Auge hatte, aber die im betreffenden Fall gewählte Lösung ist vertretbar und überzeugend. Das Bundesgericht sah diese Diskriminierung zudem durch verschiedene Verletzungen der Verfahrensgarantien der Beschuldigten sowie durch den insgesamt unklaren Sachverhalt trotz ergangener Strafurteile bestätigt.<sup>32</sup> Eine solche Konstruktion dürfte nur in besonderen Situationen möglich sein. Im Übrigen taugen diese Rechts-

<sup>21</sup> Vgl. Erfordernis der doppelseitigen Androhung einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr für die Auslieferung (Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG); Erfordernis der doppelten Strafbarkeit für die Anordnung von Zwangsmaßnahmen (Art. 64 Abs. 1 IRSG); stellvertretende Beurteilung nach Maßgabe des Schweizer Rechts (Art. 86 Abs. 1 IRSG); stellvertretende Strafvollstreckung in der Schweiz, wenn die Straftat in der Schweiz strafbar wäre (Art. 94 Abs. 1 lit. b IRSG). Siehe dazu z.B. *Gless* (Fn. 20), Rn. 312 m.w.N.

<sup>22</sup> Vorbehalt in Bezug auf Durchsuchungen und Beschlagnahmen von Gegenständen gem. Art. 5 EUeR (siehe für die Schweiz unter Geltungsbereich am 1. April 2010, Vorbehalte und Erklärungen).

<sup>23</sup> Vgl. *Forster* (Fn. 20), IRSG Art. 3 Rn. 4.

<sup>24</sup> So namentlich *Gless* (Fn. 20), Rn. 319.

<sup>25</sup> Vereinzelt gibt es Bestrebungen, den Grundsatz der doppelten Strafbarkeit in der Verfassung zu verankern; siehe die parlamentarische Initiative NR 09.419 v. 20.3.2009 („Verankerung der doppelten Strafbarkeit in der Verfassung“ unter anderem mit der Begründung: „Damit die Interessen der Schweiz im internationalen Umfeld gewahrt bleiben und unser Land nicht von fremden Richtern oder Gesetzen dominiert wird [...]“). Die Kommission für Rechtsfragen lehnte die Initiative mit Blick auf die Vorschriften im IRSG zum Prinzip der doppelten Strafbarkeit und zum Spezialitätsvorbehalt ab, siehe

[https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2009/Kommissionsbericht\\_RK-N\\_09.419\\_2009-06-26.pdf](https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2009/Kommissionsbericht_RK-N_09.419_2009-06-26.pdf) (30.3.2022).

<sup>26</sup> Vgl. *Forster* (Fn. 20), IRSG Art. 3 Rn. 4.

<sup>27</sup> Siehe Art. 38 Abs. 1 lit. a, b (für die Auslieferung), Art. 67 IRSG (für die kleine Rechtshilfe). Aus der Praxis: BGE 128 II 305 E. 3.1.

<sup>28</sup> Näheres zu dieser Abgrenzung u.a. bei *Teichmann*, Strafprozessuale Schranken und Hürden in der Kriminalitätsbekämpfung und -prävention, untersucht am Beispiel der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, 2020, S. 19 ff. m.w.N.

<sup>29</sup> Siehe namentlich BGE 131 II 235 E. 3.4; *Forster* (Fn. 20), IRSG Art. 3 Rn. 4.

<sup>30</sup> Siehe Art. 2 lit. b bzw. lit. a IRSG; Art. 3 Abs. 2 EAUe.

<sup>31</sup> BGer 1A.15/2007 E. 3.4.

<sup>32</sup> BGer 1A.15/200 E. 3.

hilfervoraussetzungen zur Vermeidung der Unterstützung von rein politisch motivierten ausländischen Strafverfahren nur, wenn dem ersuchenden Staat bei der Durchführung der Strafverfahren gröbere prozessuale Fehler unterlaufen und diese nachgewiesen werden können.

#### 4. Der „wesentliche“ Sachverhalt

Die Rechtshilfervoraussetzungen erfordern vielfach Hintergrundinformationen, weshalb der ersuchende Staat eine kurze Darstellung des wesentlichen Sachverhalts beifügen muss.<sup>33</sup> Der Sachverhalt ist vor allem zur Beurteilung der Frage der beidseitigen Strafbarkeit sowie des Vorhandenseins eines auslieferungsfähigen Straftatbestands (d.h. eines mit einer Strafdrohung von mindestens einem Jahr Freiheitsentzug<sup>34</sup>) unentbehrlich.<sup>35</sup> Er dient aber auch der Abklärung der Frage, ob ein rechtshilfezugänglicher Straftatbestand vorliegt. Die Sachverhaltsdarstellung wird deshalb in der Regel auch in den internationalen Abkommen ausdrücklich genannt.<sup>36</sup>

Bei missbräuchlichen Strafverfahren können Mängel an der Sachverhaltsdarstellung erwartet werden, insbesondere wenn der Staat Verdachtsmomente fingiert. So hat das Bundesgericht im Fall Yukos/Chodorkowsky Unzulänglichkeiten des Sachverhalts festgestellt (dieser bleibe unklar/„obscur“, obwohl Strafurteile gefällt worden seien), was den unzulässigen diskriminierenden Charakter des Strafverfahrens bestätigte.<sup>37</sup> Sachverhaltsdarstellungen dürften insbesondere mangelhaft sein, wenn das ausländische Strafverfahren aufgrund fingierter Verdachtsmomente eröffnet wurde, um als Vorwand für Rechtshilfeabnahmen zu dienen, die ihrerseits Informationen, mit denen die Vorwürfe im Strafverfahren ergänzt und plausibler gemacht werden können, abwerfen sollen (sog. „fishing expedition“).<sup>38</sup>

Das Erfordernis der Darstellung des wesentlichen Sachverhalts taugt jedoch insgesamt nur bedingt, um politisch motivierte Strafverfahren zu identifizieren. Zum einen kommt es darauf an, wie gut die ausländischen Behörden das Strafverfahren als echt und legitim erscheinen zu lassen vermögen. Der politische, instrumentalisierte Charakter eines Strafverfahrens ergibt sich aus den Tatsachen und Umständen gerade außerhalb des „kurzen wesentlichen Sachverhalts“. Dabei dürfte deren Ermittlung und fachmännische Einschätzung ressourcenintensiv sein. Das gilt insbesondere mit Blick auf die Gefahren elektronischer Desinformationskampagnen

<sup>33</sup> Art. 28 Abs. 3 lit. a IRSG; siehe auch Art. 64 IRSG betreffend Maßnahmen der sog. kleinen Rechtshilfe; siehe auch *Fiolka* (Fn. 10), S. 606.

<sup>34</sup> Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG.

<sup>35</sup> BGE 129 II 97 E. 3.1; *Engler*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 20), IRSG Art. 28 Rn. 18.

<sup>36</sup> Art. 12, 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 EAUE; Art. 14 Abs. 2 i.V.m. Art. 3-5 EUeR; Art. 29 Abs. 1 lit. a RVUS; Art. 27 Abs. 1 lit. c GwÜ.

<sup>37</sup> BGER 1A.15/2007 E. 3.

<sup>38</sup> Zu dieser Problematik siehe *Teichmann/Castelnuovo*, Assistenza giudiziaria internazionale nel contesto di procedimenti penali a sfondo politico con focus sull'Europa dell'est, 2021.

(„fake news“), die zur Unterstützung instrumentalisierter Strafverfahren eingesetzt werden.<sup>39</sup>

Zum anderen muss der ersuchte Staat bei einem ungenügenden Sachverhalt zunächst ergänzende Informationen verlangen,<sup>40</sup> sodass das Rechtshilfeverfahren im Ergebnis vielfach nur verlangsamt werden dürfte. Vorsorgliche Maßnahmen sind dabei bis zur entsprechenden Ergänzung oder Verbesserung durch den ersuchenden Staat immer noch möglich,<sup>41</sup> sodass der ersuchende Staat seine anvisierten Staatsbürger bereits beträchtlich einschränken und unter Druck setzen kann, selbst wenn sein Rechtshilfeersuchen von der Schweiz schließlich abgelehnt wird.

### III. Tragsäulen der schweizerischen Rechtshilfe in Strafsachen

Die Vermeidung der Unterstützung ausländischer Strafverfahren durch die Schweiz, die nicht dem legitimen Zweck der Verfolgung strafbarer Handlungen dienen oder ohne genügenden Tatverdacht geführt werden, wird durch verschiedene Säulen im schweizerischen Rechtshilferecht erschwert. Der Kern des Problems liegt nach hier vertretener Meinung in den fehlenden rechtlichen Instrumenten und praktischen Ressourcen zur Abklärung des einschlägigen Sachverhalts.

#### 1. Trennungsmodell

Zur Beschleunigung der Rechtshilfeleistung wird die Verantwortlichkeit für die rechtmäßige Durchführung der Rechtshilfe von derjenigen für die rechtmäßige Ausführung des Strafverfahrens abgetrennt. Gemäß diesem Modell vertraut die Schweiz grundsätzlich darauf, dass das ausländische Strafverfahren rechtmäßig ist (sog. rechtshilfeberechtigtes Vertrauensprinzip).<sup>42</sup> Die Rechtshilfe für Straftatbestände des gemeinen Rechts soll deshalb nach nationalem Recht grundsätzlich nur bei Verstößen gegen die EMRK oder den UNO-Pakt II, bei diskriminierenden Strafverfahren oder bei sonstigen schweren Mängeln verweigert werden.<sup>43</sup> Die Überwachung über die Gesetzmäßigkeit des ausländischen Strafverfahrens wird nicht parallel oder gar gemeinsam durch den ersuchenden und den ersuchten Staat ausgeführt, sondern jeder Staat ist grundsätzlich nur in seinem Aufgabenbereich<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Im jährlichen Bericht des estnischen Nachrichtendienstes (International Security and Estonia 2020, S. 42 ff.) wird z.B. über die systematische Anwendung von elektronischen Desinformationskampagnen durch die russischen Geheimdienste berichtet, abrufbar unter <https://www.valisluureamet.ee/doc/raport/2020-en.pdf> (30.3.2022).

<sup>40</sup> Art. 28 Abs. 6 IRSG; Art. 28 Abs. 1 GwÜ; vgl. Art. 31 Abs. 1 RVUS.

<sup>41</sup> Art. 28 Abs. 6 IRSG.

<sup>42</sup> Dazu namentlich *Zimmermann*, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl. 2019, S. 197, 235 f.

<sup>43</sup> Art. 2 IRSG.

<sup>44</sup> D.h. für den ersuchenden ausländischen Staat die Durchführung des Strafverfahrens und für den ersuchten Staat die Ausführung der Rechtshilfe: Auslieferung, kleine Rechtshilfe, stellvertretende Strafverfolgung, Urteilsvollstreckung.

dafür zuständig. Im strengen Trennungsmodell, wie es die Schweiz kennt, wird dies nur bei gröberen Gesetzesverstößen unterbrochen. Wie erwähnt, muss die Schweiz die Rechtshilfe verweigern, wenn das ausländische Strafverfahren den Verfahrensgrundsätzen der EMRK und des UNO-Pakts II widerspricht, diskriminierend ist, oder andere schwere Mängel aufweist.<sup>45</sup> Dabei müssen solche Mängel wegen der Souveränität des ersuchenden Staates<sup>46</sup> offensichtlich sein. Rügen betreffend das ausländische Verfahren sind prinzipiell im ersuchenden Staat zu erheben.<sup>47</sup> Die Praxis überträgt diese restriktive Auslegung aus u.E. nicht ersichtlichen Gründen auch auf die Legitimation zur Anrufung solcher Mängel, die im Prinzip nur natürlichen Personen zusteht.<sup>48</sup> Die Frage der Rechtmäßigkeit des ausländischen Strafverfahrens hat die Schweiz in diesem Sinn nur mit beschränkter Kognition zu überprüfen. Die Rechtshilfeinstanz darf und muss sich z.B. auf die Zuständigkeit der ausländischen Behörden, die Wahrheit der Sachverhaltsdarstellung, den Nutzen und die Zulässigkeit der ersuchten Maßnahmen grundsätzlich verlassen.<sup>49</sup> Desgleichen hat das Bundesamt für Justiz die Rechtshilfege-suche nur im Hinblick auf die formellen Voraussetzungen der Rechtshilfe zu überprüfen. Ansonsten leitet es sie an die zuständigen Behörden weiter, es sei denn sie sind „offensichtlich unzulässig“.<sup>50</sup> Dieses Konzept findet in der Schweiz in der grundsätzlichen Zuordnung der Rechtshilfe zu den verwaltungsrechtlichen Aufgaben seinen Niederschlag.

## 2. Vertrauen in die Sachverhaltsdarstellung des ersuchenden Staates

Entsprechend dem Trennungsmodell ist der an die Sachverhaltsdarstellung angelegte Standard nicht hoch: Der wesentliche Sachverhalt, wozu mindestens Angaben über Ort, Zeit und Art der Begehung gehören, soll kurz dargestellt werden.<sup>51</sup> Aufgrund des Günstigkeitsprinzips soll diese Anforderung allfällig weitergehende Staatsverträge verdrängen.<sup>52</sup> Das Vertrauensprinzip erheischt dabei gemäß der Praxis, dass Angaben und Feststellungen des ersuchenden Staates nicht ohne Grund in Frage gestellt werden. Insgesamt und unabhängig davon, wie man zum Vertrauensprinzip steht<sup>53</sup> und

wie das Erfordernis der kurzen Sachverhaltsdarstellung in der Praxis gehandhabt wird, ist u.E. kaum ersichtlich, wozu die kurze Darstellung des Sachverhalts wirklich dienen soll. Sie reicht wohl, um die Frage der beidseitigen Strafbarkeit zu überprüfen. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Sachverhaltsdarstellung darüber hinaus auch noch der Prüfung aller anderen Ausschlussgründe dient: Sie stelle die Grundlage für die Prüfung dar, ob es sich nicht um eine Straftat mit politischem oder fiskalischem Charakter handelt und ob die Kooperation nicht die Hoheitsrechte, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz gefährdet und ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip eingehalten wird.<sup>54</sup> Die Rechtsordnung sieht jedenfalls keine besonderen Instrumente zur Feststellung des Sachverhalts vor. Die Rechtshilfebehörden dürften demnach praktisch vielfach nicht über viel mehr Grundlagen als über die Sachverhaltsdarstellung des ersuchenden Staates verfügen, die sie allenfalls durch allgemein zugängliche Quellen und durch die Informationen der Teilnahmeberechtigten ergänzen können. Das gilt sowohl für die kantonalen Rechtshilfeinstanzen als auch für die Gerichtsorgane, die später im Laufe des Verfahrens eingeschaltet werden können. Da der ersuchende Staat bei einer instrumentalisierten Justiz gerade nicht unparteiisch ist, ist die zentrale Bedeutung seiner Sachverhaltsbeschreibung problematisch.

## 3. Administrativer Charakter des Rechtshilfeverfahrens

Allgemein gilt, dass die anwendbaren Voraussetzungen der Rechtshilfe nach dem Günstigkeitsprinzip zu ermitteln sind<sup>55</sup> und dass bei Kollisionen zwischen Staatsvertrags- und nationalem Recht die Norm vorgeht, die für die Rechtshilfe günstiger ist.<sup>56</sup> Der administrative Charakter des Rechtshilfeverfahrens kommt dadurch zum Ausdruck, dass bei einer Lücke im IRSG und in den einschlägigen Staatsverträgen grundsätz-

---

dass weder die Tatsache, dass am Anfang der Untersuchung der Sachverhalt von der Sache her lückenhaft sei, noch dass der ersuchte Staat die Schuldfrage nicht vorwegnehmen solle, die Zurückhaltung bei der Überprüfung der kurzen Sachverhaltsdarstellung rechtfertige (a.a.O., S. 609 f.).

<sup>54</sup> Ausdrücklich namentlich in BGE 129 II 97 E. 3.1.

<sup>55</sup> So z.B. BGE 137 IV 33 E. 2.2.2; *Gless* (Fn. 20), Rn. 269; *Dangubic/Keshelava*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 20), IRSG Art. 12 Rn. 1. Das Bundesgesetz zum RVUS v. 3.10.1975 (BG-RVUS; SR. 351.93) nennt einen entsprechenden Auslegungsgrundsatz in Art. 7 Abs. 3: „Abweichende Vorschriften dieses Gesetzes oder des Vertrags bleiben vorbehalten. Die nach den Absätzen 1 und 2 massgebenden Vorschriften sind so anzuwenden, dass daraus weder ein Widerspruch zu den vertraglichen Verpflichtungen entsteht noch der Zweck der Rechtshilfe oder des dazu Anlass gebenden Untersuchungsverfahrens gefährdet wird.“

<sup>56</sup> Im Rahmen des nationalen Rechts geht bei einer Kollision zwischen dem IRSG und der schwStPO das IRSG als *lex specialis* vor, auch wenn es weniger günstig sein sollte (*Zimmermann* [Fn. 42], S. 287).

<sup>45</sup> Art. 2 lit. a–d IRSG.

<sup>46</sup> *Zimmermann* (Fn. 42), S. 748.

<sup>47</sup> So z.B. *Summers*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 20), IRSG Art. 2 Rn. 12 f.; *Zimmermann* (Fn. 42), S. 760 f.; je mit Hinweisen zur Praxis.

<sup>48</sup> BGE 130 II 217 E. 8.2; *Summers* (Fn. 47), IRSG Art. 2 Rn. 5; *Zimmermann* (Fn. 42), S. 761 m.w.N. in Fn. 1354 zu einzelnen kritischen Stimmen in der Lehre.

<sup>49</sup> Siehe z.B. *Glutz*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 20), IRSG Art. 67a Rn. 52; BGE 132 II 81 E. 2.1; *Zimmermann* (Fn. 42), S. 744 bei Fn. 1242.

<sup>50</sup> Art. 78 Abs. 2 IRSG.

<sup>51</sup> Art. 28 Abs. 3 lit. a IRSG; Art. 10 Abs. 2 schwIRSV.

<sup>52</sup> Siehe z.B. Art. 27 Abs. 1 lit. c GwÜ (die „rechtserheblichen Tatsachen“); zum Günstigkeitsprinzip namentlich *Fiolka*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 20), IRSG Art. 1 Rn. 24.

<sup>53</sup> Siehe Kritik zum Vertrauensprinzip bei *Fiolka* (Fn. 10), S. 609 ff., 615 f. Dieser Autor macht unter anderem geltend,

lich das schwVwVG des Bundes anwendbar ist.<sup>57</sup> Das schwVwVG gilt nach der Lehre und Praxis nicht nur für die Rechtshilfeverfahren, die ausnahmsweise dem Bund übertragen sind, sondern auch für die Gesamtheit der anderen Rechtshilfeverfahren, die durch die kantonalen Rechtshilfebehörden ausgeführt werden.<sup>58</sup>

Bei diesem Konzept spielen die strafrechtlichen Verfahrensgrundsätze mit ihren verstärkten Mitwirkungsrechten, umfassenderen persönlichen und sachlichen Ermittlungsinstrumenten sowie weiterreichenden prozessualen Befugnissen<sup>59</sup> höchstens nebenbei oder indirekt eine Rolle. Insbesondere ist der Grundsatz „in dubio pro reo“, der unter anderem dem Gebot der gleichmäßigen Aufklärung der belastenden und entlastenden Sachverhaltsaspekte zugrunde liegt, im Rechtshilfeverfahren nicht direkt anwendbar.<sup>60</sup> Faktisch tritt an dessen Stelle das oben genannte rechtshilferechtliche Vertrauensprinzip, das gewissermaßen als dessen Gegenteil bezeichnet werden kann und das im Interesse der Rechtshilfe namentlich gebietet, dass Feststellungen und Angaben des ersuchenden Staates im Prinzip nicht hinterfragt werden.

Die Ausführung der Rechtshilfe hat zur Wahrung der Souveränität der Schweiz stets nach schweizerischem Recht zu erfolgen.<sup>61</sup> Dass das IRSG dabei für die „Prozesshandlungen“, womit strafprozessuale Verfahrenshandlungen gem. Art. 63 ff. IRSG gemeint sind,<sup>62</sup> die schwStPO für anwendbar erklärt,<sup>63</sup> ändert wenig am Grundsatz des administrativen Charakters der Rechtshilfe in der Schweiz. Denn die erforderlichen Rechtshilfehandlungen (z.B. Ausführung einer Hausdurchsuchung, Durchführung einer Beschlagnahme, Versiegelung) sind dem Verwaltungsrecht fremd. Aus ähnlichen Überlegungen zieht die Praxis die schwStPO auch in Einzelfällen (wie z.B. Anspruch auf Amtsverteidigung, Einvernahmeprotokolle, Sistierung des Verfahrens, etc.) heran, auf die das VwVG nicht zugeschnitten ist.<sup>64</sup> Das bedeutet zudem wie erwähnt nicht, dass die innerstaatlichen Maßstäbe, wie insbe-

sondere das Erfordernis eines Tatverdachts, der die Intensität der Zwangsmaßnahme rechtfertigen könne (vgl. Art. 197 Abs. 2 lit. b schwStPO), maßgeblich wären. Im Sinne des Trennungsmodells geht die Praxis davon aus, dass unter Vorbehalt der Ausschlussgründe grundsätzlich der ersuchende Staat für die Einhaltung der Verfahrensgarantien verantwortlich ist.<sup>65</sup>

Das Konzept der grundsätzlichen Geltung des Verwaltungsverfahrenrechts, das nicht derselben Formstrenge unterliegt und nicht im gleichen Ausmaß wie das Strafverfahren Gewähr dafür bietet, dass die Sachverhaltsfeststellung nahe bei der materiellen Wahrheit liegt,<sup>66</sup> hat weitgehende praktische Auswirkungen, die die Rechtshilfe freilich begünstigen, für die Erkennung von missbräuchlichen Rechtshilfesuchen jedoch besonders nachteilig sind.

#### 4. Möglichkeit der erneuten Einreichung von Rechtshilfesuchen

Der administrative Charakter der Rechtshilfe sowie die klare thematische Abtrennung des Rechtshilfeverfahrens vom ausländischen Strafverfahren führen im Interesse der Rechtshilfe dazu, dass der Begriff der *res iudicata* auf dem Gebiet der Rechtshilfe nicht die gleiche praktische Tragweite hat wie im Strafrecht.<sup>67</sup> Anders als im strafrechtlichen Vorverfahren, dessen Ausgang völlig offen ist, sollen Rechtshilfebegehren nur als *ultima ratio* abgelehnt werden, nachdem namentlich vergebens um Ergänzungen und fehlende Unterlagen gebeten wurde. Ein abgelehntes Rechtshilfebegehren kann zwar nicht nochmals bezogen auf identische Grundlagen eingebracht werden. Nur schon wenige Verbesserungen und Anpassungen reichen jedoch für das Vorliegen eines zulässigen, anderen, Rechtshilfebegehrens aus.<sup>68</sup> Im Interesse der Rechtshilfe können zudem vorsorgliche Maßnahmen für eine befristete Dauer selbst aufrechterhalten bleiben, nachdem ein Rechtshilfebegehren wegen Nichterfüllung der einschlägigen Voraussetzungen abgelehnt wurde. So schützte das Bundesgericht (gestützt auf eine analoge Anwendung der Vorschriften zur Auslieferung) die Weitergeltung der umstrittenen Beschlagnahme für eine Dauer von sechs Monaten nach der Feststellung der Mangelhaftigkeit des Rechtshilfesuchs.<sup>69</sup> Freilich besteht diese Möglichkeit von vornherein nur, soweit

<sup>57</sup> Art. 12 Abs. 1 S. 1 IRSG; Art. 7 Abs. 1 RVUS. Zum verwaltungsrechtlichen Charakter des Rechtshilfeverfahrens kritisch *Fiolka* (Fn. 10), S. 614 f.

<sup>58</sup> *Dangubic/Keshelava* (Fn. 55), IRSG Art. 12 Rn. 5, heben hervor, dass dies dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 S. 1 IRSG („die kantonalen Behörden die für sie geltenden Vorschriften“) widerspricht, stimmen dieser Lösung allerdings zu.

<sup>59</sup> Vgl. die Rechtsprechung zur Bindung der Verwaltungsbehörden an die Sachverhaltsfeststellung des Strafgerichts (z.B. BGE 119 Ib 158 E. 2. c) bb). *Fiolka* (Fn. 10), S. 611 ff., verweist in diesem Zusammenhang auf die Unschuldsvermutung, auf das Erfordernis des genügenden Tatverdachts und auf die Anforderungen an den Tatverdacht bei Zwangsmaßnahmen (Art. 197 Abs. 1 lit. b und Art. 221 Abs. 1 schwStPO).

<sup>60</sup> Vgl. *Zimmermann* (Fn. 42), S. 761; *Fiolka* (Fn. 10), S. 611.

<sup>61</sup> Vgl. *Zimmermann* (Fn. 42), S. 289.

<sup>62</sup> *Dangubic/Keshelava* (Fn. 55), IRSG Art. 12 Rn. 2; *Zimmermann* (Fn. 42), S. 282.

<sup>63</sup> Art. 12 Abs. 1 S. 2 IRSG; Art. 7 Abs. 2 RVUS. Im Normenkonfliktfall geht das IRSG der schwStPO als *lex specialis* vor (*Zimmermann* [Fn. 42], S. 285).

<sup>64</sup> *Zimmermann* (Fn. 42), S. 175 m.w.N. zur Rechtsprechung.

<sup>65</sup> So auch *Fiolka* (Fn. 10), S. 610 (kritisch).

<sup>66</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen Strafverfahren und Verwaltungsverfahren BGE 119 Ib 158 E. 2. c) bb).

<sup>67</sup> *Engler* (Fn. 35), IRSG Art. 28 Rn. 27.

<sup>68</sup> So BGE 111 Ib 242 E. 6 m.w.N. („Urteilen, mit denen einem Rechtshilfebegehren nicht stattgegeben wird, kommt nur in sehr eingeschränktem Masse materielle Rechtskraft zu. Das Gesuch kann vielmehr erneuert werden, wenn zu denjenigen Tatsachen, die im Urteil behandelt worden sind, weitere Umstände von einer gewissen Bedeutung hinzutreten.“). Im betreffenden Fall ging es darum, dass die Tatbestandsdarstellung ergänzt worden war. Siehe auch *Engler* (Fn. 35), IRSG Art. 28 Rn. 27; *Fiolka* (Fn. 10), S. 608.

<sup>69</sup> BGE 111 Ib 242 E. 6 (unter analogem Hinweis auf Art. 45 IRSG, der das Recht, vorsorgliche Maßnahmen anzuordnen, im Bereich der Auslieferung regelt).

heilbare Mängel zur Diskussion stehen. Ist die im Ausland verfolgte Tat beispielsweise nicht nach schweizerischem Recht strafbar, dürfte ein neues Rechtshilfebegehren kaum Erfolgsaussichten haben. Wenn der Mangel jedoch nicht an der verfolgten Tat, sondern am ausländischen Strafverfahren liegt, ist eine Heilung denkbar, sodass ein erneutes Rechtshilfesuch nach Aufhebung des Fehlers durchaus erfolgreich sein kann.<sup>70</sup> Das kommt ersuchenden Staaten, die Strafverfahren zu zweckwidrigen Zielen durchführen, gelegen.

##### 5. Beteiligungsrechte der Betroffenen ex post

Die Beteiligungsrechte der Betroffenen sind aufgrund des Trennungsmodells und des administrativen Charakters der Rechtshilfe weniger ausgebaut als im Strafverfahren. Beispielsweise bestehen im Untersuchungsverfahren keine zeitlichen Grenzen für die Einbringung von Argumenten und Beweismitteln; in Verwirklichung des rechtlichen Gehörs dürfen Stellungnahmen des Beschuldigten und Beweismittelanträge bis zur Hauptverhandlung uneingeschränkt gestellt werden, was im Gesetz auch ausdrücklich erwähnt wird.<sup>71</sup> Da bei der Rechtshilfe hingegen mit der Vermutung gearbeitet wird, dass das ausländische Strafverfahren rechtmäßig durchgeführt werde, werden die Betroffenen im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens frühestens ins Verfahren einbezogen, nachdem Eintretens- und allfällige Ausführungsverfügungen bereits erlassen wurden.<sup>72</sup> Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich dabei lediglich auf die Akten des Rechtshilfeverfahrens, da die Schweiz am ausländischen Verfahren nicht beteiligt ist.<sup>73</sup>

In qualifizierten Fällen können Informationen und Beweismittel an ausländische Staaten sogar bereits übermittelt werden, bevor die Betroffenen dazu Stellung nehmen können<sup>74</sup> bzw. bevor der betreffende Staat überhaupt ein Rechtshilfebegehren gestellt hat (sog. spontane Übermittlung).<sup>75</sup> Ein solcher Informationstransfer ohne Mitwirkung der Betroffenen und ohne richterliche Überprüfungsmöglichkeit birgt offensichtlich Missbrauchsgefahren in sich, die jedoch aufgrund des Vertrauensprinzips (außer für den Geheimbereich, wofür der Amtshilfespezialitätsvorbehalt gemacht wird<sup>76</sup>) in Kauf genommen werden. Es gibt insbesondere keine Gewähr dafür, dass die vermittelten Informationen und Beweismittel im Ausland nicht zweckwidrig, allein um der betreffenden

Person und deren Ruf und Ehre zu schädigen, eingesetzt werden.

Auch in den übrigen Fällen, in denen der Informationstransfer erst am Ende des Rechtshilfeverfahrens erfolgt, steht der Zeitpunkt des Einbezugs der Betroffenen einer frühzeitigen Erkennung von missbräuchlichen ausländischen Strafverfahren entgegen. So können unter Umständen unzulässige Zwangsmaßnahmen jahrelang andauern und das vom ersuchenden Staat mit dem Rechtshilfebegehren erstrebte Ziel – z.B. der wirtschaftlichen Lahmlegung der Betroffenen – erfüllt sein, selbst wenn die Rechtshilfe am Ende verweigert wird. Mit Blick auf die beschränkten Anforderungen an Informationen und Unterlagen bei Rechtshilfesuchen dürften Verletzungen der prozessualen Garantien gemäß der EMRK und dem UNO-Pakt II oder „andere schwere Mängel“ (z.B. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot) wie in Art. 2 lit. a bzw. lit. d IRSG vorgesehen<sup>77</sup> kaum am Anfang des Verfahrens aufgedeckt werden können. Das hängt vor allem damit zusammen, dass der ersuchende Staat keine prozessualen Informationen über das Strafverfahren anzugeben braucht. Faktisch sind die Rechtshilfebehörden für solche Tatsachen damit weitgehend auf die Mitwirkung der Betroffenen angewiesen. Diese ist jedoch frühestens ex post möglich, nachdem die Eintretensverfügung und allfällige Rechtshilfe Maßnahmen bereits ausgeführt wurden.

##### 6. Ungünstige Position der Betroffenen zur Geltendmachung von Ausschlussgründen

Wenn die Betroffenen zur Mitwirkung befugt sind, stehen sie vor einer *fait accompli*, weil die Eintretens- und Ausführungsverfügungen bereits erlassen wurden. In der Sache muss die Aufhebung von bereits ergangenen Verfügungen erkämpft werden, was namentlich mit der Offenheit, die im strafrechtlichen Vorverfahren noch herrscht, kontrastiert. Die Betroffenen müssen zudem die grundsätzliche Wahrheit des Sachverhalts, wie er vom ersuchenden Staat dargelegt wird, in Frage stellen und offensichtliche Mängel des Sachverhalts aufzeigen.<sup>78</sup> Die Abwehr gegen ein missbräuchliches Rechtshilfebegehren gestaltet sich dadurch als anspruchsvoll und erfordert einen besonderen Einsatz der Betroffenen, was noch schwieriger wird, wenn sie ihren Wohnsitz oder Sitz im Ausland haben. Dabei ist seit der Revision des IRSG im Jahr 1996, die den Rechtsschutz stark reduzierte, eine gerichtliche Überprüfung im Anschluss an den Erlass der Eintretens- und Ausführungsverfügungen nur ausnahmsweise, beim Vorliegen eines unmittelbaren und nichtwiedergutzumachenden Nachteils, möglich.<sup>79</sup> Aufgrund des gesetzgeberischen Wil-

<sup>70</sup> Wegen des Trennungsmodells wäre eine Heilung der Mängel durch die hiesigen Behörden jedoch nicht statthaft.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 318 Abs. 1 schwStPO.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 80b IRSG. Der RVUS sieht die Anwesenheit des Beschuldigten oder Angeklagten (oder dessen Rechtsbeistandes) ausnahmsweise vor, wenn es der ersuchende Staat verlangt (Art. 12 RVUS).

<sup>73</sup> Heimgartner/Niggli, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 20), IRSG Art. 80b Rn. 1.

<sup>74</sup> Art. 80d bis Abs. 4 lit. b und Abs. 5 IRSG.

<sup>75</sup> Art. 67a IRSG; siehe auch Art. 80dbis IRSG (ausnahmsweise Übermittlung von Informationen vor Erlass der Schlussverfügung).

<sup>76</sup> Art. 67a Abs. 4 und 5 IRSG.

<sup>77</sup> Der Ausschlussgrund gem. Art. 2 lit. d IRSG ist für den Anwendungsbereich des EUeR und des RVUS nicht vorgesehen (dazu namentlich Zimmermann [Fn. 42], S. 760 m.w.N.). Im Übrigen kann im Prinzip nur der Angeklagte auf diese Mängel hinweisen.

<sup>78</sup> Siehe auch Fiolka (Fn. 10), S. 608 (die Position des Verfolgten sei „denkbar ungünstig“).

<sup>79</sup> Art. 80e Abs. 2 IRSG. Zur Revision des Rechtsschutzes und deren negativen Auswirkungen für die Betroffenen heute siehe Teichmann/Campubi, ZfStw 1/2022, 127 (129 ff.).

lens, Rechtsmittel gegen Zwischenverfügungen nur ausnahmsweise zuzulassen, wird diese Voraussetzung von den Gerichten restriktiv ausgelegt. So bedarf es z.B. gemäß der geltenden Praxis nebst den von einer Kontosperrung bewirkten Einschränkungen der Eigentumsgarantie darüberhinausgehender Nachteile.<sup>80</sup> In aller Regel bleibt den Betroffenen nach der Anordnung der Rechtshilfeabnahmen in der Schweiz nur übrig, die erste Rechtshilfeinstanz zu einem Widerruf ihrer bereits ergangenen Verfügungen zu bewegen; der Ermessensspielraum der Behörden ist dabei groß.<sup>81</sup> Anders als im Strafverfahren gelten dabei erhöhte Anforderungen an die Beweismittel. Diese müssen grundsätzlich in einer Amtssprache eingereicht werden,<sup>82</sup> während die umfassende Untersuchungsmaxime im Strafverfahren einer solchen Übersetzungspflicht entgegensteht.

Das IRSG sieht kein bestimmtes Verfahren für Einwendungen betreffend allfälliger Ausschlussgründe bei der erstinstanzlichen Behörde vor. So sehen sich die von politisch motivierten Rechtshilfebegehren Betroffenen damit konfrontiert, nach verwaltungsrechtlichen Prinzipien den Widerruf der betreffenden Verfügungen<sup>83</sup> beantragen zu müssen, wofür weder Fristen noch eine Wiedererwägungspflicht der Behörden im Gesetz verankert sind. Bis wann und inwiefern Rechtshilfeabnahmen widerrufen werden können, ist praktisch weitgehend den Rechtsanwendungsbehörden überlassen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör und die Praxis zum beschränkten Anspruch auf Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch<sup>84</sup> bieten diesbezüglich nur einen losen Rahmen, dessen Nichteinhaltung für sich allein kaum einen unmittelbaren nichtwiedergutzumachenden Nachteil und mithin Gegenstand einer Beschwerde<sup>85</sup> bilden dürfte. Dabei ist jedoch hervorzuheben, dass die zuständigen Rechtshilfebehörden vor allem mit Blick auf die subsidiäre Anwendbarkeit des schwVwVG erlassene Eintretens- und Ausführungsverfügungen durchaus zurücknehmen dürften. Nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Lehren bestünde jedenfalls eine Wiedererwägungspflicht, wenn die Rechtshilfebehörden durch die Mitwirkung der Betroffenen auf Sachverhaltselemente aufmerksam gemacht werden, die für das Vorhandensein von Ausschlussgründen sprechen. Mangels entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen (das Gesetz sieht keinen Devolutiveffekt der Beschwerde gem. Art. 80e IRSG ff. vor) sollten

Rechtshilfeabnahmen entsprechend Art. 58 Abs. 1 schwVwVG jedenfalls bis zur Vernehmlassung der erlassenden Rechtshilfebehörde im Beschwerdeverfahren widerrufen werden können.<sup>86</sup> Dieses wird dadurch zwar gegenstandslos, was jedoch weder überwiegenden privaten noch öffentlichen Interessen entgegensteht.<sup>87</sup>

Diese Rechtslage nach dem Erlass der Eintretens- und Ausführungsverfügungen dauert grundsätzlich so lange an, bis eine Schlussverfügung, unter Umständen Jahre später, erlassen wird und die Zulässigkeit der Rechtshilfe von einem Gericht überprüft werden kann<sup>88</sup> – falls die Betroffenen nach den verheerenden direkten und indirekten Wirkungen der ausländischen Strafverfahren und der Zwangsmaßnahmen in der Schweiz mental und finanziell überhaupt noch in der Lage sind,<sup>89</sup> das hiesige Rechtsmittelverfahren durchzuziehen.

Es ist selbst dann auch nicht garantiert, dass die Gerichte in der Lage sind, missbräuchliche Strafverfahren zu identifizieren, vor allem nicht, wenn der Anschein der Rechtsstaatlichkeit gut gewahrt ist,<sup>90</sup> was vertiefte Fakten und Informationen zu den Hintergründen des ausländischen Strafverfahrens erforderlich macht.

#### 7. Beschränkte Möglichkeiten zur Abklärung des Sachverhalts

Die Abklärung des einschlägigen Sachverhalts in Bezug auf Elemente, die gegen die Zulässigkeit der Rechtshilfe sprechen, hängt ab von der Prüfungsdichte, die die Rechtshilfebehörden bei der Analyse des Rechtshilfebegehrens und ihrer Beilagen anwenden. Für alle Tatsachen und Ereignisse außerhalb dieser Rechtshilfeunterlagen ist die Sachverhaltsabklärung weitgehend von der Mitwirkung der betroffenen Personen und im Übrigen von allgemein zugänglichen Quellen abhängig.

Im Gegensatz zum Strafverfahren wird die Untersuchungsmaxime durch eine Mitwirkungspflicht der Parteien gemäß dem anwendbaren Art. 13 schwVwVG relativiert, wobei die Beweisführungslast bei der Behörde bleibt, da die Rechtshilfeabnahmen in aller Regel die Rechtssubjekte belasten.<sup>91</sup> Das IRSG knüpft das vom rechtlichen Gehör abgeleitete Teilnahmerecht anders als im schwVwVG zu Recht nicht an den engen Parteibegriff bzw. an die Beschwerdelegitimation,<sup>92</sup> weil dies den Kreis der berechtigten Personen zu eng ziehen würde. Inwiefern diese Personen ein Teil-

<sup>80</sup> Dazu *Eymann*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 20), IRSG Art. 80e Rn. 5 mit Hinweisen zur Praxis.

<sup>81</sup> Ähnlich *Fiolka* (Fn. 10), S. 608 (der Verfolgte sei darauf angewiesen, die Behörden davon zu überzeugen, gleichsam von sich aus grobe Widersprüche im Rechtshilfeersuchen zu entdecken).

<sup>82</sup> Art. 12 IRSG i.V.m. Art. 33a schwVwVG.

<sup>83</sup> Siehe dazu namentlich *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 1224 ff.; BGE 137 I 69 E. 2.3 ff.

<sup>84</sup> Dazu *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 83), Rn. 1273 ff.; *Mächler*, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 58 Rn. 15.

<sup>85</sup> Siehe Art. 80e Abs. 2 IRSG.

<sup>86</sup> *Zimmermann* (Fn. 42), S. 175; BStrGer RR.2014.116 E. 1.3.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 3 schwVwVG.

<sup>88</sup> Art. 80e Abs. 1 IRSG.

<sup>89</sup> Auch *Fiolka* (Fn. 10), S. 610, hebt das Risiko hervor, dass die Zwangsmaßnahmen den Betroffenen „möglicherweise irreparable Nachteile zufügen“.

<sup>90</sup> Vgl. *Fiolka* (Fn. 10), S. 615 f., unter Hinweis namentlich auf die Möglichkeit, dass der ersuchende Staat den Sachverhalt tendenziös darstellt oder den ersuchten Staat schlicht anlügt, und dass die Lügen in sich konsistent und keine Verfahrensmängel ersichtlich sind.

<sup>91</sup> *Auer/Binder*, in: Auer/Müller/Schindler (Fn. 84), Art. 13 Rn. 15 f.

<sup>92</sup> *Zimmermann* (Fn. 42), S. 295.

nahmerecht am Rechtshilfeverfahren genießen, definiert allerdings das IRSG, das nur von „Berechtigten“ spricht, nicht.<sup>93</sup> Die Praxis stützt sich bei der Auslegung der Teilnahmeberechtigten nicht auf Art. 264 Abs. 3 schwStPO,<sup>94</sup> was sich mit dem administrativen Charakter des Verfahrens rechtfertigen lässt. Stattdessen sollen nur die Verfahrensparteien bzw. und die in ihren Rechten direkt Betroffenen die Teilnahmerechte wahrnehmen können. Dazu gehören namentlich die Inhaber von beschlagnahmten Bankkonten<sup>95</sup> und Besitzer und Eigentümer von Gegenständen; Banken als Inhaber von Bankunterlagen gelten hingegen nach der Rechtsprechung nicht als direkt Betroffene.<sup>96</sup>

Besondere Rechte und Pflichten für die Partei, die im ausländischen Strafverfahren beschuldigt wird, sind im Rechtshilfeverfahren nicht vorgesehen.<sup>97</sup> Entsprechend dem Trennungsmodell gelten diese strafprozessualen Garantien im schweizerischen Rechtshilfeverfahren nur indirekt, und zwar im Rahmen der Prüfung, ob das ausländische Strafverfahren schwerere Mängel aufweist. Sie können somit nicht ohne Weiteres als teilnahmeberechtigt betrachtet werden, zumal das IRSG ihre Beschwerdelegitimation nur für den Fall zulässt, dass sie durch eine Rechtshilfemaßnahme persönlich und direkt betroffen sind.<sup>98</sup> Da die Teilnahmeberechtigung nicht an die Beschwerdelegitimation gebunden ist, wäre es zum Zweck der Abklärung, ob ein Ausschlussgrund vorliege, sinnvoll, auch den am ausländischen Strafverfahren Beteiligten, zumindest dem Beschuldigten, die Teilnahme zu erlauben,<sup>99</sup> wobei mangels entsprechender Gesetzesbestimmung die Rechtshilfebehörden nicht dazu verpflichtet werden können, diese Beteiligten proaktiv zu suchen und in das Schweizer Verfahren einzubeziehen.

Diese Ausgangslage kontrastiert mit dem Strafverfahren, der namentlich vom Grundsatz „nemo tenetur se ipse prodere vel accusare“ beherrscht wird und wonach die beschuldigte Person nicht verpflichtet ist, an der Erstellung des Sachverhalts aktiv mitzuwirken und zu ihrer eigenen Überführung beizutragen.<sup>100</sup> Im hier interessierenden Bereich politisch motivierter Strafverfahren stellt sich das Problem der Selbst-

belastung wohl eher wenig. Problematisch ist vielmehr, dass die schweizerische Rechtshilfebehörde nur über beschränkte Möglichkeiten verfügt, um den Sachverhalt in Bezug auf das Vorhandensein der Rechtshilfevoraussetzungen abzuklären. Die strafrechtlichen Untersuchungsinstrumente stehen ihr nicht zur Verfügung; beispielsweise kann sie nicht auf Zwangsmaßnahmen zurückgreifen, um Einzelheiten über das ausländische Strafverfahren herauszufinden. Sie muss sich gemäß den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen im Wesentlichen auf Urkunden, auf Auskünfte der Parteien oder Dritter, allenfalls auf Gutachten stützen.<sup>101</sup> Damit kommt den vom ersuchenden Staat eingereichten Begehren und Beilagen eine zentrale Bedeutung zu. Insbesondere haben ausländische Behörden die Möglichkeit, die Sachverhaltsdarstellung durch die selektive Übermittlung von Sachverhaltselementen und Beweismitteln zu verzerren. Auch wurde in der Vergangenheit von gänzlich konstruierten Fällen berichtet.<sup>102</sup> Die Rechtshilfebehörde ist mit Blick auf das in der Schweiz geltende Trennungsmodell jedoch verpflichtet, sich auf die Wahrheit und Vollständigkeit der darin enthaltenen Angaben zu verlassen, was einer neutralen, unvoreingenommenen Abklärung des Sachverhalts widerspricht; *Fiolka* kritisiert dies als „so absurd wie eines Rechtsstaats unwürdig“.<sup>103</sup>

Der Rechtshilfebehörde steht dabei die Option zu, zusätzliche Informationen oder Klarstellungen vom ersuchenden Staat zu verlangen, was in der erwähnten Sache Yukos/Chodorkowsky auch verschiedentlich erfolgte. Aufgrund der geltenden Gestaltung des Rechtshilfeverfahrens und der zurzeit herrschenden allgemeinen Priorisierung der Rechtshilfe dürfte dies ihr jedoch tendenziell schwerfallen. Die Anforderung ergänzender Informationen bedeutet zudem einen zusätzlichen Aufwand und verzögert entgegen dem Gebot der raschen Erledigung<sup>104</sup> das Rechtshilfeverfahren, auch wenn provisorische Maßnahmen vorübergehend zulässig sind. Ob die Einholung weiterer Informationen zur Aufdeckung missbräuchlicher Motive hinter den Strafverfahren nützt, ist schließlich offen, weil der ersuchende Staat gerade in solchen Fällen nicht unparteiisch ist, sondern an der Anordnung der begehrten Maßnahmen ein Interesse hat.

#### IV. Fazit und Schlussfolgerungen

##### 1. Anfälligkeit für missbräuchliche Rechtshilfebegehren

Obwohl die Kooperation bei instrumentalisierten Strafverfahren unter mehreren Titeln verpönt ist, können solche Fälle nach der geltenden Regelung und Praxis der Rechtshilfe in der Schweiz u.E. insgesamt nicht optimal und vielfach erst zu spät, nachdem die mit dem Rechtshilfeantrag verfolgte illegitime Schädigung des Rufs und des persönlichen, politischen oder wirtschaftlichen Fortkommens der Betroffenen bereits eingetreten sind, herausfiltriert werden. Die Ursachen dafür sind mannigfaltig. Im Vordergrund steht das Vertrauensprinzip, das die Schweiz in ausgeprägter Form umsetzt, indem sie

<sup>93</sup> Art. 80b IRSG.

<sup>94</sup> *Heimgartner/Niggli* (Fn. 73), IRSG Art. 80b Rn. 3.

<sup>95</sup> Ausdrücklich in Art. 9a lit. a IRSV.

<sup>96</sup> *Heimgartner/Niggli* (Fn. 73), IRSG Art. 80b Rn. 3 m.w.N. zur Praxis.

<sup>97</sup> Gewisse Ausschlussgründe können von der Sache her im Prinzip nur von den am ausländischen Verfahren Beteiligten vorgebracht werden; siehe dazu z.B. *Zimmermann* (Fn. 42), S. 761 bei Fn. 1354.

<sup>98</sup> Art. 21 Abs. 3 IRSG.

<sup>99</sup> Vgl. *Heimgartner/Niggli* (Fn. 73), IRSG Art. 80b Rn. 4, die die Parteien des ausländischen Verfahrens zu den Teilnahmeberechtigten zählen, soweit der ausländische Strafprozess deren Teilnahme zur Wahrung der Verteidigungsrechte erfordert.

<sup>100</sup> Art. 113 schwStPO. Dazu siehe *Auer/Binder* (Fn. 91), Art. 13 Rn. 11; *Ott*, Der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“, unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, 2012, S. 1; *Teichmann/Galliker*, Strassenverkehr 2021, 27 m.w.N.

<sup>101</sup> Art. 12 schwVwVG.

<sup>102</sup> Siehe dazu namentlich *Teichmann*, Journal für Strafrecht 2021, 253 f.

<sup>103</sup> *Fiolka* (Fn. 10), S. 616, siehe auch S. 607 ff., 615.

<sup>104</sup> Siehe Art. 17a IRSG.



z.B. das Rechtshilfeverfahren als Verwaltungsverfahren gestaltet, das von den ausländischen Strafverfahren klar abgetrennt ist und in welchem die Sachverhaltsdarstellung durch den ersuchenden Staat prinzipiell nicht hinterfragt wird, obwohl er gerade in solchen Fällen nicht unparteiisch ist. Unzulänglichkeiten des ausländischen Rechtsbegehrens dürfen zudem ergänzt und verbessert werden, womit mögliche Schwächen, die mit dem missbräuchlichen Charakter zusammenhängen, dem Anschein nach korrigiert werden können. Die Betroffenen, die am ehesten in der Lage sind, Ungeheimheiten der ausländischen Strafverfahren aufzuzeigen, können jedoch erst an der Sachverhaltsfeststellung mitwirken, nachdem dem Rechtshilfeersuchen bereits stattgegeben wurde und Zwangsmaßnahmen vollstreckt wurden. Ein besonderes Verfahren zur Feststellung des Sachverhalts über die Unterlagen des ersuchenden Staates hinaus ist nicht vorgesehen, was die Aufdeckung von Mängeln des ausländischen Strafverfahrens erschwert. Eine gerichtliche Überprüfung der Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit des Rechtshilfeersuchens ist dennoch grundsätzlich erst am Ende des Rechtshilfeverfahrens, womöglich Jahre später, zulässig. Die Identifizierung missbräuchlicher Rechtshilfebegehren bedarf in der Sache zudem häufig besonderer Hintergrundinformationen, deren Beschaffung und Auswertung ressourcenintensiv sein dürften, ohne dass dafür besondere Instrumente vorgesehen werden. Es besteht ein ernstzunehmendes Risiko, dass nicht alle missbräuchlichen Rechtshilfebegehren (rechtzeitig) abgelehnt werden.

## 2. Schlussfolgerungen de lege lata und de lege ferenda

Die Problematik instrumentalisierter Strafverfahren soll vermehrt in das Augenmerk der Rechtshilfebehörden rücken. Sie erfordert namentlich, dass die wenigen Ausschlussgründe, die es gibt, sachlich und umfassend untersucht werden. Auch wenn das Vertrauensprinzip gebietet, dass die Legitimität des ausländischen Strafverfahrens grundsätzlich vermutet werden soll, bedeutet es de lege lata nicht, dass sich die Rechtshilfebehörde ausschließlich auf die wenigen vom ersuchenden Staat eingereichten Unterlagen verlassen müssten. Sie sollen vielmehr ihr bestehendes Ermessen bei der Feststellung des Sachverhalts vollständig ausschöpfen. Nach der hier vertretenen Meinung sollte das bereits genügen, um rechtsmissbräuchliche Rechtshilfeersuchen herauszufiltern, ohne die strafprozessualen Maßstäbe als anwendbar deklarieren zu müssen.<sup>105</sup> Diese Pflicht zur sorgfältigen Abklärung des für die Ausschlussgründe relevanten Sachverhalts gilt umso mehr in Bezug auf Staaten, die nach seriösen Quellen die Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz nicht ohne Weiteres erfüllen, selbst wenn sie internationale Rechtshilfeabkommen ratifiziert haben. Hervorzuheben ist, dass das Vertrauensprinzip dabei nicht ausdrücklich verankert ist, während die Untersuchungsmaxime über

den Verweis auf das schwVwVG ausdrücklich vorgesehen ist. Bei der Überprüfung der Eintretensvoraussetzungen soll ferner nur Rechtshilfeersuchen, die zweifelsfrei genügend sind, stattgegeben werden, und ansonsten sollen zusätzliche Informationen, nötigenfalls unter Anordnung vorsorglicher Maßnahmen, verlangt werden. Der Vertrauensgrundsatz, falls er überhaupt beibehalten werden sollte,<sup>106</sup> hört jedenfalls dort auf, wo Zweifel an der Rechtmäßigkeit der ausländischen Strafverfahren objektiv vertretbar sind. Die am Verfahren Beteiligten sollen deshalb im Allgemeinen möglichst schnell in Bezug auf vertretbare Verdachtsmomente angehört werden; allfällig behaupteten konkreten Missbrauchsindizien muss sodann unvoreingenommen nachgegangen werden. Außerdem sollen die Rechtshilfebehörden von der Möglichkeit, Verfügungen zu widerrufen, vermehrt Gebrauch machen. Das Gebot der raschen Erledigung von Rechtshilfeersuchen rechtfertigt schnelles Handeln. Die Einhaltung des Legalitätsprinzips und der Schutz der Souveränität der Schweiz verlangen ihrerseits jedoch, dass unter Zeitdruck und in Ermangelung weitergehender Informationen erlassene Verfügungen gestützt auf einen ergänzten Sachverhalt widerrufen werden und dies selbst während eines laufenden Beschwerdeverfahrens.

Um die Gefahr der Kooperation bei instrumentalisierten Strafverfahren zu reduzieren, müssten darüber hinaus einige Grundpfeiler der geltenden Regelung der Rechtshilfe de lege ferenda überdacht werden. Insbesondere wäre u.E. eine Klarstellung und Ausweitung der Ermittlungskompetenzen der Rechtshilfebehörden sowie eine Stärkung der Mitwirkungsrechte der Betroffenen und Beteiligten erwägenswert, um eine sicherere Feststellung des für die Ausschlussgründe einschlägigen Sachverhalts zu gewährleisten. Zur Förderung der Sensibilisierung für die Problematik wäre darüber hinaus eine gesetzliche Verankerung eines auf instrumentalisierte bzw. korrupte Strafverfahren zugeschnittenen Ausschlussgrundes wünschenswert. Eine ausdrückliche Regelung des Widerrufsrechts der Rechtshilfeinstanzen sollte auch dazu beitragen, der geltenden Zurückhaltung diesbezüglich entgegenzuwirken. Erwägenswert wäre zudem die Einführung von Instanzen, die den zuständigen Rechtshilfeinstanzen bei der Ermittlung und Auswertung allfällig erforderlicher Hintergrundinformationen bei der Abklärung des einschlägigen Sachverhalts zur Seite stehen könnten.

<sup>105</sup> *Fiolka* (Fn. 10), S. 611 ff., 616 f., plädiert für eine Anwendbarkeit der innerstaatlichen strafrechtlichen Maßstäbe, ohne die Frage zu thematisieren, ob dafür eine Gesetzesanpassung erforderlich wäre oder ob dieser Wechsel durch die Rechtsanwendungsbehörden herbeigeführt werden sollte.

<sup>106</sup> Vgl. die grundsätzliche Kritik bei *Fiolka* (Fn. 10), 609 ff., 615 f.

## Entscheidungsbesprechung

**Zur gerichtlichen Zuständigkeit für die Entscheidung, ob die Vollstreckung des Rests einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden soll in Fällen, in denen ein Amts- oder Landgericht eine nachträgliche Gesamtstrafe mit der von einem Oberlandesgericht verhängten Strafe gebildet hat**

**1. Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts als Gericht des ersten Rechtszuges nach § 462a Abs. 5 S. 1 StPO ist nicht gegeben, wenn ein Urteil des Amtsgerichts oder Landgerichts zu vollstrecken ist, das unter Einbeziehung der Strafen aus dem Urteil des Oberlandesgerichts im Wege nachträglicher Gesamtstrafenbildung nach § 55 Abs. 1 StGB ergangen ist.**

**2. Bei der Entscheidung über den weiteren Vollzug einer Freiheitsstrafe nach § 57 Abs. 1 StGB gilt für die tatsächlichen Grundlagen der zu treffenden Prognoseentscheidung das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung, dem zufolge das Gericht sich um eine möglichst breite und aktuelle Tatsachengrundlage zu bemühen hat. Hierzu gehört insbesondere die Einholung einer zum Entscheidungszeitpunkt hinreichend aktuellen Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt.**

**3. Die Begehung von Straftaten nach §§ 129a, 129b StGB belegt regelmäßig die besondere Gefährlichkeit des Täters und zwingt – insbesondere in Fällen vorausgegangener Radikalisierung – zu einer strengeren Prüfung der Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 StGB. (Amtliche Leitsätze)**

StGB §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1, 129a, § 129b  
StPO §§ 311 Abs. 2, 454 Abs. 3 S. 1, 460, 462a Abs. 5 S. 1

KG, Beschl. v. 6.11.2020 – 5 Ws 193/20<sup>1</sup>

### I. Einführung

Das Kammergericht hat in seinem Beschluss ausgeführt, dass für die in der Überschrift aufgeführte, soweit ersichtlich weder von Rechtsprechung noch Literatur bis dahin<sup>2</sup> behandelte Konstellation die Strafvollstreckungskammer gem. § 462a Abs. 1 StPO und nicht das Oberlandesgericht nach § 462a Abs. 5 StPO zuständig sei. Die Entscheidungsbesprechung beschäftigt sich mit der Frage, ob diese Ansicht zutreffend ist. Begonnen wird mit einem kurzen Überblick über die in § 462a StPO geregelte Zuständigkeitsverteilung auf Grundlage der bisher vertretenen Auffassung zum Tatbestandsmerkmal „Urteil“ im ersten Abschnitt des siebenten Buches der StPO und der Formulierung einer Gegenthese zu dessen

<sup>1</sup> KG BeckRS 2020, 33663.

<sup>2</sup> Vgl. nunmehr aber *Bund/Ganter*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafvollzugsrecht, Stand: 1.2.2022, StPO § 454 Rn. 7, und *Coen*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2022, StPO § 462a Rn. 16, die die Auffassung des Kammergerichts eingearbeitet haben.

Auslegung in § 462a Abs. 5 StPO (II.). Anschließend wird die vom Kammergericht entschiedene Konstellation in diesem Kontext vorgestellt (III.) und aufgezeigt, warum die Entscheidung problematisch ist (IV.). Nachdem die Gegenthese begründet (V.) und die Kritik des Kammergerichts an der hier vertretenen Auffassung entkräftet worden ist (VI.), schließen die Ausführungen mit einem Plädoyer für die Vorzüge der hier vertretenen Ansicht gegenüber der des Kammergerichts (VII.).

### II. Die nach § 462a StPO zuständigen Gerichte

Die Vollstreckung des Rests einer Freiheitsstrafe wird zur Bewährung ausgesetzt, wenn die in §§ 57–58 StGB näher bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind. Zuständig für diese Nachtragsentscheidung können nach §§ 454, 462a StPO die beim Landgericht angesiedelte Strafvollstreckungskammer, das Amtsgericht des Wohn- bzw. Aufenthaltssitzes oder das Gericht des ersten Rechtszuges einschließlich des Oberlandesgerichts sein.

#### 1. Überblick über die Zuständigkeitsverteilung

Im Regelfall ist für diese Nachtragsentscheidung gem. § 462a Abs. 1 i.V.m. § 454 StPO die Strafvollstreckungskammer zuständig. Von dieser Zuständigkeit wird zugunsten des Gerichts des ersten Rechtszuges in § 462a Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 1 StPO abgewichen, wobei ihm in den Fällen des § 462a Abs. 2 S. 2 StPO die Möglichkeit eingeräumt wird, die Sache an das Amtsgericht des Wohnsitzes bzw. des Aufenthaltsortes sowie gem. § 462a Abs. 5 S. 2 StPO an die Strafvollstreckungskammer abzugeben. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Strafvollstreckungskammer und dem Gericht des ersten Rechtszuges richtet sich grundsätzlich danach, ob gegen den Verurteilten Straftat vollstreckt wird oder nicht. Das Gericht des ersten Rechtszuges setzt den Strafreist nur aus, wenn der Verurteilte den nach § 57 Abs. 1 und Abs. 2 StGB maßgebenden Zeitpunkt durch Anrechnung der Untersuchungshaft erreicht hat und sich bei Urteilsrechtskraft auf freiem Fuß befindet.<sup>3</sup>

#### 2. Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts

Handelt es sich um das Urteil eines Oberlandesgerichts, so ist es nach § 462a Abs. 5 S. 1 StPO immer<sup>4</sup> – also auch dann, wenn der Verurteilte in Haft ist – für die Entscheidung zuständig. Nach § 462a Abs. 4 S. 1 und S. 2 StPO i.V.m. § 462a

<sup>3</sup> Vgl. *Graalman-Scheerer*, in: Becker/Erb/Esner/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Aufl. 2022, § 462a Rn. 25 und 40; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 64. Aufl. 2021, § 454 Rn. 42.

<sup>4</sup> Nach OLG Düsseldorf StV 2001, 183, findet § 462a Abs. 5 StPO keine Anwendung, wenn im ersten Rechtszug gegen einen Jugendlichen oder Heranwachsenden ein Oberlandesgericht entschieden hat. In diesem Fall, so das OLG Düsseldorf, sei der Jugendrichter als Vollstreckungsleiter zuständig.

Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO ist das Oberlandesgericht auch immer dann zuständig, wenn gegen den Verurteilten mehrere rechtskräftige, noch nicht erledigte Verurteilungen ergangen sind, von denen zumindest eine von einem Oberlandesgericht stammt und die Voraussetzungen einer nachträglichen Gesamtstrafe nach § 55 StGB nicht vorliegen.<sup>5</sup> Sind die Voraussetzungen erfüllt, dann ist immer das Oberlandesgericht für die Bildung der Gesamtstrafe im Nachtragsverfahren nach §§ 460, 462a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO und dann auch für die Nachtragsentscheidung nach §§ 57–58 StGB zuständig. Zwar handelt es sich bei dieser Entscheidung formell um einen Beschluss. Jedoch wird dieser wie ein Urteil vollstreckt,<sup>6</sup> weil mit „Urteil“ i.S.d. §§ 449 ff. StPO gemeinhin nicht Urteile i.S.d. §§ 260, 268 StPO bezeichnet sind, sondern jedes zu vollstreckende Erkenntnis gemeint ist.<sup>7</sup> Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zumindest auf den ersten Blick wenn nicht für alle, so doch für einen Großteil der Fallkonstellationen, in denen ein erstinstanzliches Urteil eines Oberlandesgerichts betroffen ist, dieses auch für die Nachtragsentscheidung nach § 454 StPO zuständig ist.

### 3. Die von § 462a Abs. 5 StPO „ausgenommene“ Konstellation

Eine Konstellation ist nach dieser Lesart davon jedoch ausgenommen. Es handelt sich dabei um die nachträgliche Gesamtstrafenbildung im Urteil nach § 55 StGB durch ein Amts- oder Landgericht mit einer gegen den Angeklagten durch ein Oberlandesgericht erkannten Strafe. Legt man das bisherige Verständnis vom Tatbestandsmerkmal „Urteil“ in der hier interessierenden Konstellation zugrunde, hieße dies, dass zumindest nicht das Oberlandesgericht nach § 462a Abs. 5 S. 1 StPO zuständig wäre. Denn wenn ein Amts- oder Landgericht eine Gesamtstrafe mit einer gegen den Angeklagten durch ein Oberlandesgericht erkannten Strafe gebildet hat, ist das zu vollstreckende Erkenntnis das einbeziehende Urteil des Amts- oder Landgerichts. Das „Urteil“ eines Oberlandesgerichts i.S.v. § 462a Abs. 5 S. 1 StPO läge danach nicht vor. Dann wäre, abhängig vom konkreten Sachverhalt, entweder die Strafvollstreckungskammer nach § 462a Abs. 1 S. 1 StPO, oder das Amts- bzw. Landgericht als Gericht des ersten Rechtszuges nach § 462a Abs. 2 S. 1 StPO für die Nachtragsentscheidung zuständig.

<sup>5</sup> Schmitt (Fn. 3), § 462a Rn. 31: „Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts geht immer vor.“

<sup>6</sup> Schmitt (Fn. 3), § 460 Rn. 27.

<sup>7</sup> KG, Beschl. v. 6.11.2020 – 5 Ws 193/20, 171 Js 9/17 = BeckRS 2020, 33663, Rn. 15; vgl. auch Appl, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 449 Rn. 2; Coen (Fn. 2), StPO § 449 Rn. 3; Nestler, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/1 2019, § 449 Rn. 18; Schmitt (Fn. 3), § 449 Rn. 1, sowie § 1 Abs. 1 StVollstrO.

### 4. Gegenthese/Alternative Auslegung

Demgegenüber liegt nach der hier aufgestellten These das Urteil eines Oberlandesgerichtes i.S.v. § 462a Abs. 5 S. 1 StPO auch dann vor, wenn dem zu vollstreckenden Erkenntnis *auch* eine Entscheidung zugrunde liegt, die erstinstanzlich ein Oberlandesgericht erlassen hat. In diesem Fall ist das Oberlandesgericht auch für die Nachtragsentscheidungen zuständig. Es ist dann irrelevant, ob das vollstreckungsfähige und auch vollstreckte Erkenntnis formell nicht vom Oberlandesgericht erlassen worden ist, solange es auch eine Entscheidung mit einbezogen hat, die ursprünglich erstinstanzlich von einem Oberlandesgericht erlassen worden ist. Ein solches Auslegungsergebnis ist ohne Weiteres im Rahmen des möglichen Wortsinns und vor dem Hintergrund systematischer, teleologischer und historischer Überlegungen möglich (V.), bewährt sich gegenüber der Kritik des Kammergerichts (VI.) und ist dessen Auffassung vorzuziehen (VII.). Dem liegen die methodologischen Annahmen zugrunde, dass einerseits der objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut, dem Sinnzusammenhang und dem erkennbaren Zweck der Vorschrift ergibt, maßgebend ist<sup>8</sup> und dass andererseits „die Auslegung [...] den Charakter eines Diskurses [hat], in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen“.<sup>9</sup>

### III. Der Beschluss des KG v. 6.11.2020 – 5 Ws 193/20<sup>10</sup>

Der 5. Strafsenat des Kammergerichts folgt in seiner Entscheidung vom 6.11.2020 der bisher vertretenen Auslegung und erteilt der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis eine Absage. Nach der Regelzuständigkeit des § 462a Abs. 1 StPO sei die Strafvollstreckungskammer und nicht das Oberlandesgericht für die Entscheidung über die Reststrafenaussetzung zuständig. Der Entscheidung lag zugrunde, dass das Amtsgericht Tiergarten am 3.9.2019 unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem Urteil des Kammergerichts vom 11.12.2017 unter Auflösung der dort gebildeten Gesamtstrafe eine neue Gesamtfreiheitsstrafe festgesetzt hat. Das Kammergericht führt aus:<sup>11</sup>

„Die vorliegende Fallkonstellation wird vom Anwendungsbereich des § 462a Abs. 5 Satz 1 StPO nicht erfasst. Die Formulierung ‚das Urteil‘ bezieht sich ersichtlich auf das zu vollstreckende Erkenntnis. Dies ist vorliegend das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten – Schöffengericht – vom 3. September 2019 und nicht das Urteil des Kammergerichts [...]. Zwar treffen die Erwägungen, die der Zuständigkeitsregelung in § 462a Abs. 5 Satz 1 StPO sowie §§ 462a Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2, 462a Abs. 4 Satz 2

<sup>8</sup> BVerfGE 45, 272 (288); Schmitt (Fn.3), Einl. Rn. 194.

<sup>9</sup> BVerfGE 82, 30 (38 f.).

<sup>10</sup> KG BeckRS 2020, 33663.

<sup>11</sup> KG BeckRS 2020, 33663 Rn. 15 und 16.

StPO zugrunde liegen, auch auf den vorliegenden Fall zu. Die für erstinstanzliche Urteile des Oberlandesgerichts grundsätzlich – vorbehaltlich der Abgabe der Entscheidungen nach § 462a Abs. 5 S. 2 StPO – vorgesehene Verdrängung der Strafvollstreckungskammer für Nachtragsentscheidungen, selbst während der Vollstreckung von Straftat, beruht auf der Erwägung, dass das Oberlandesgericht bei dem besonderen Täterkreis, über den es erstinstanzlich zu entscheiden hat, die besonderen Resozialisierungsgesichtspunkte bei anfallenden Nachtragsentscheidungen besser abschätzen kann [...]. Der Gesetzgeber ist insbesondere davon ausgegangen; dass die Oberlandesgerichte weitgehend mit Fällen landesverräterischer und geheimdienstlicher Agententätigkeit (§§ 98, 99 StGB) befasst sind und in diesen Fällen eine besondere, schon aus der Zuständigkeitskonzentration herrührende Sachkunde haben, sowohl bezogen auf das Erkenntnisverfahren als auch auf die Beurteilung der Frage, wie groß die Gefahr eines einschlägigen Rückfalls bei einem bestimmten Verurteilten ist und ob bei ihm gegebenenfalls eine Strafaussetzung nach § 57 StGB gerechtfertigt werden kann [...]. Der Sinn und Zweck der Zuständigkeitsregelung rechtfertigt es jedoch nicht, diese über ihren Wortlaut hinaus auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Dies verdeutlicht auch die Regelung in § 462a Abs. 4 Satz 1 und 2 i.V.m. § 462a Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 StPO, die ausdrücklich nur dann einschlägig ist, wenn gegen den Verurteilten – anders als hier – mehrere rechtskräftige und noch nicht erledigte Verurteilungen ergangen sind, die Voraussetzungen einer nachträglichen Gesamtstrafe nach § 55 StGB aber nicht vorliegen [...].“

Damit lautet die Begründung im Wesentlichen, dass der Fall vom Wortlaut<sup>12</sup> des § 462a Abs. 5 S. 1 StPO nicht umfasst sei und es eine Rechtfertigung, von diesem Ergebnis abzurücken, nicht gebe. Sowohl Ergebnis als auch Begründung dieser Ansicht sind nicht unproblematisch.

#### IV. Problemaufriss und Ausgangspunkt für eine alternative Auslegung

Die Auffassung des Kammergerichts provoziert Kritik. Denn es geht einerseits davon aus, dass den in § 462a Abs. 4 S. 1 und S. 2 StPO i.V.m. § 462a Abs. 3 S. 3. Hs. 2, § 462a Abs. 5 StPO geregelten unter II. 2. aufgeführten Konstellationen die Erwägung zugrunde liegt, „dass das Oberlandesgericht bei dem *besonderen Täterkreis*, über den es erstinstanzlich zu entscheiden hat, die Resozialisierungsgesichtspunkte bei anfallenden Nachtragsentscheidungen besser abschätzen kann“.<sup>13</sup> Hintergrund dieser Auffassung ist, dass die Oberlandesgerichte erstinstanzlich nur für eng umgrenzte, nämlich die in § 120 GVG näher aufgeführten (Staatsschutz-)Delikte zustän-

dig sind. Andererseits geht das Kammergericht davon aus, dass diese Erwägungen auch auf die der hier besprochenen Entscheidung zugrundeliegende Fallkonstellation zutreffen. Dann stellt sich allerdings die Frage, welchen Grund es dafür gäbe, dem (auch) wegen einer Straftat nach § 120 GVG Verurteilten die Möglichkeit zu entziehen, von einem Gericht beurteilt zu werden, das dies – auch nach Auffassung des Kammergerichts – besser kann.<sup>14</sup> Vielmehr sprechen die vom Kammergericht identifizierten Erwägungen i.S.e. prima-facie-Plausibilität, gleichsam intuitiv, für die hier vertretene These.

#### V. Was versteht man unter „Urteil“ i.S.d. § 462a Abs. 5 S. 1 StPO?

Methodisch<sup>15</sup> einwandfrei lässt sich der Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „Urteil“ in § 462a Abs. 5 S. 1 StPO dahingehend bestimmen, dass dieses auch Urteile eines Oberlandesgerichts umfasst, deren darin verhängte Strafe nach § 55 StGB durch ein Amts- oder Landgericht aufgelöst und in eine neu gebildete Gesamtstrafe einbezogen worden ist.

##### 1. Der Wortsinn des Tatbestandsmerkmals „Urteil“ in § 462a Abs. 5 StPO

Zunächst einmal hält sich die hier vertretene Ansicht in den Grenzen des möglichen Wortsinns. Wortsinn ist der Bedeutungsspielraum, den der Sprachgebrauch zulässt.<sup>16</sup> Dass eine Auslegung von „Urteil“ i.S.d. § 462a Abs. 5 S. 1 StPO ohne Weiteres im Rahmen seines Wortsinns zu dem hier propagierten Ergebnis führen kann, ergibt sich aus Folgendem: Das Strafurteil ist eine Entscheidung des Gerichts, die es aufgrund einer durchgeführten Hauptverhandlung erlässt und die als notwendige Bestandteile das Rubrum, den Tenor, die angewandten Vorschriften, die Gründe und die Richterunterschrift(en) enthält.<sup>17</sup> Ein solches Urteil liegt mit der als „Urteil“ bezeichneten Entscheidung des Oberlandesgerichts vor und fällt auch nicht durch die Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe weg. Denn gem. § 55 StGB wird nur die Strafe, nicht aber das frühere Urteil einbezogen.<sup>18</sup> Das lässt sich

<sup>14</sup> Vgl. *Bringewart*, Strafvollstreckung: Kommentar zu den §§ 449–463d StPO, 1993, § 462a Rn. 46: „Die dem Oberlandesgericht zuerkannte besondere Sachkunde gewährleistet [...] eine ‚bessere‘ Beurteilung der für die Resozialisierung des Täters maßgebenden Umstände.“

<sup>15</sup> Einen Überblick über die Auslegung des Strafprozessrechts findet man bspw. bei *Kudlich*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, Einleitung Rn. 577 ff.

<sup>16</sup> *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 40.

<sup>17</sup> *Maier*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 260 Rn. 43.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 6.12.1978 – 2 StR 534/78 = BGH bei *Holtz* MDR 1979, 279 (280); KG JR 1986, 119; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 8.4.2014 – 1 Ws 19/14 = BeckRS 2014, 10103; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 55 Rn. 1, v. *Heintschel-Heinegg*, in: Beck'scher On-

<sup>12</sup> § 462a Abs. 5 S. 1 StPO lautet: „An Stelle der Strafvollstreckungskammer entscheidet das Gericht des ersten Rechtszuges, wenn das Urteil von einem Oberlandesgericht im ersten Rechtszuge erlassen ist.“

<sup>13</sup> KG BeckRS 2020, 33663, Rn. 16 (*Hervorhebung* durch den *Verf.*).

bspw. daran erkennen, dass der Schuldspruch, § 260 Abs. 4 S. 1, 2 StPO, unangetastet bleibt und das spätere Urteil somit lediglich eine Ergänzung des ersten Urteils bildet.<sup>19</sup> Das vom Oberlandesgericht erlassene Urteil ist somit noch existent, wenn auch dessen Strafe in das Urteil eines anderen Gerichts miteinbezogen worden ist. Dieses Verständnis des Urteilsbegriffs in § 462a Abs. 5 S.1 StPO hält sich aber nicht nur an die Grenzen des Wortsinns. Eine systematische, teleologische und historische Analyse des § 462a StPO zeigt, dass dem Begriff auf diese Weise auch die zutreffende Bedeutung beigemessen wird.

## 2. Systematische Analyse von § 462a StPO

Bereits die gesetzliche Systematik gibt in § 462a Abs. 3, 4 und Abs. 5 StPO, wie eingangs angedeutet (vgl. oben II. 2.), eine Tendenz vor. Bei Sachverhalten, für die das Oberlandesgericht erstinstanzlich zuständig war, soll es immer auch für die Nachtragsentscheidung zuständig sein.

Bezieht sich die Nachtragsentscheidung nur auf eine Verurteilung durch ein Oberlandesgericht (Var. 1), wird sowohl die Regelzuständigkeit der Strafvollstreckungskammer gem. § 462a Abs. 1 S. 1 StPO als auch die abgeleitete Zuständigkeit des Amtsgerichts des Wohn- bzw. Aufenthaltssitzes nach § 462a Abs. 2 S. 2 StPO durch die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts nach § 462a Abs. 5 S. 1 StPO verdrängt.

Wenn sowohl eine Verurteilung durch ein Amts- bzw. Landgericht als auch eine durch ein Oberlandesgericht betroffen sind (Var. 2), muss man differenzieren: Sind gegen den Verurteilten mehrere rechtskräftige und noch nicht erledigte Verurteilungen ergangen und liegen die Voraussetzungen einer nachträglichen Gesamtstrafe nach § 55 StGB nicht vor (Var. 2.1),<sup>20</sup> ist ebenfalls immer das Oberlandesgericht zuständig, § 462a Abs. 4 S. 1 und S. 2 StPO i.V.m. § 462a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO. Liegen hingegen die Voraussetzungen einer nachträglichen Gesamtstrafe vor (Var. 2.2), ist es zumindest immer dann für die Nachtragsentscheidung zuständig, wenn die Gesamtstrafe gem. § 460 StPO im Nachtragsverfahren gebildet worden ist, § 462a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO (Var. 2.2.1). Denn wenn eines der Urteile von einem Oberlandesgericht im ersten Rechtszuge erlassen war, setzt es die Gesamtstrafe immer fest, § 462a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO. Sowohl in Var. 2.1 als auch in Var. 2.2.1 besteht die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts unabhängig von den ansonsten in diesen Fällen die Zuständigkeit entscheidenden Krite-

rien der Straftat, der Strafhöhe und dem Zeitpunkt der der Gesamtstrafe zugrundeliegenden Entscheidungen.

Wird die Gesamtstrafe hingegen gem. § 55 StGB im Erkenntnisverfahren gebildet (Var. 2.2.2), so ist unter Zugrundelegung der bisherigen, vom Kammergericht übernommen Lesart des § 462a Abs. 5 StPO nur dann das Oberlandesgericht für die Nachtragsentscheidung zuständig, wenn die Gesamtstrafe von diesem zuvor im Erkenntnisverfahren gebildet worden ist (Var. 2.2.2.1). Wurde die Gesamtstrafe hingegen von einem Amts- oder Landgericht gebildet, so ist nach Ansicht des Kammergerichts mangels eines zu vollstreckenden Erkenntnisses durch ein Oberlandesgericht § 462a Abs. 5 StPO nicht einschlägig und gem. § 462a Abs. 1 StPO die Strafvollstreckungskammer zuständig (Var. 2.2.2.2).

Es bleibt somit festzuhalten, dass das Gesetz verschiedenste Konstellationen regelt, denen Entscheidungen eines Oberlandesgerichts zugrunde liegen. Dabei nimmt es insbesondere hinsichtlich der Verurteilungen verschiedener Gerichte in drei Konstellationen (Var. 2.1, 2.2.1 und 2.2.2.1) die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts unabhängig vom Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verurteilungen an. Letzteres Kriterium spielt nach der Systematik des § 462a StPO genauso wie das der Straftat und Strafhöhe keine Rolle, sobald sich die Nachtragsentscheidung auch auf die Verurteilung durch ein Oberlandesgericht bezieht. Genau diesen Umstand verkennt das Kammergericht, wenn es ausschließlich auf die Regelung in § 462a Abs. 4 S. 1 und S. 2 i.V.m. § 462a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO und nicht auch auf die Folgen im Zusammenhang mit einer Gesamtstrafenbildung nach § 460 StPO abstellt. Die gesetzliche Systematik spricht demnach vielmehr dafür, im Falle der hier interessierenden Konstellation (Var. 2.2.2.2) dem Zeitpunkt der Bildung der Gesamtstrafe und damit zugleich dem Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verurteilungen ebenfalls keine Bedeutung beizumessen und ihn genauso wie die zuvor aufgezeigten Fallkonstellationen (Var. 2.1, 2.2.1 und 2.2.2.1) zu behandeln. Dass es eine materielle Rechtfertigung für ein Aufweichen der in der gesetzlichen Systematik angelegten – faktischen wie rechtlichen – Regelzuständigkeit des Oberlandesgerichts nicht gibt, sondern Sinn und Zweck sowie die Entstehungsgeschichte der Regelung im Gegenteil die hier vertretene Auffassung stützen, zeigt sich sogleich.

## 3. Sinn und Zweck des Vorrangs des Oberlandesgerichts

Der gesetzlichen Systematik liegt die politische Entscheidung zugrunde, das Interesse an Nachtragsentscheidungen durch das Oberlandesgericht in Fällen, in denen es erstinstanzlich zuständig gewesen war, dem Interesse an Nachtragsentscheidungen durch die Strafvollstreckungskammer vorzuziehen. Es handelt sich dabei nicht um eine rein macht- oder ordnungspolitische, sondern eine kriminalpolitische Entscheidung.<sup>21</sup> Die dahinter stehenden sachlichen Gründe liegen auch in der hier zu entscheidenden Fallkonstellation vor.

line-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2022, § 55 Rn. 45; *ders.*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 55 Rn. 54, *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 55 Rn. 50; *Stöckel*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 110. Lfg., Stand: März 2022, § 460 Rn. 6; nicht ausdrücklich *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2016, § 55 Rn. 37.

<sup>19</sup> BGH GA 1956, 50 (51); RGSt, 18, 333 (336); OLG Karlsruhe GA 1974, 347; OLG Zweibrücken NJW 1968, 310 (311).

<sup>20</sup> *Schmitt* (Fn. 3), § 462a Rn. 30.

<sup>21</sup> BT-Drs. 7/550, S. 314.

#### a) Sinn und Zweck nach Rechtsprechung und Literatur

Der Hintergrund der in § 462a Abs. 5 StPO geregelten Zuständigkeitsübertragung auf das Oberlandesgericht ist, dass es die Resozialisierungsgesichtspunkte bei anfallenden Nachtragsentscheidungen besser als die Strafvollstreckungskammer abschätzen kann.<sup>22</sup> Denn es verfügt aufgrund seiner ausschließlichen Zuständigkeit bei den in § 120 GVG genannten Delikten über eine bessere Sachkunde.<sup>23</sup> Der Sinn und Zweck der Zuständigkeitsverschiebung in diesen Fällen besteht somit darin, diese bessere Einschätzungsmöglichkeit des Oberlandesgerichts bei diesem Täterkreis zur Geltung zu bringen. Es kommt nicht formal darauf an,<sup>24</sup> wer das letztlich zu vollstreckende Erkenntnis erlassen hat. Entscheidend ist vielmehr, ob sich die Nachtragsentscheidung auf einen Täter bezieht, der Straftaten nach § 120 GVG begangen hat und für den das Oberlandesgericht erstinstanzlich zuständig gewesen war. War dies der Fall, dann kann das Oberlandesgericht die für die Nachtragsentscheidungen maßgeblichen Umstände besser einschätzen. Sinn und Zweck der Regelung kommen also nur – im Gegensatz zu der vom Kammergericht präferierten Auffassung – bei Anwendung der hier vertretenen Auffassung zur Geltung.

#### b) Sinn und Zweck unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte

Diese Vorstellung lag auch den Überlegungen des historischen Gesetzgebers zugrunde. So hat zunächst die Strafvollzugskommission auf ihrer 10. Arbeitstagung in Berlin zu der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem „Vollstreckungsgericht“ und dem Gericht des ersten Rechtszuges beschlossen, dass es zwar bei der durch das 2. StrRG dem Vollstreckungsgericht zugewiesenen Zuständigkeit sein Bewenden haben soll.<sup>25</sup> Allerdings sollte anstelle des Vollstreckungsgerichts das erkennende Gericht in Sachen zuständig sein, in denen das Oberlandesgericht im ersten Rechtszug entscheidet.<sup>26</sup> Daran anlehnend wollte der Gesetzgeber diesen Grundsatz aus kriminalpolitischen Gründen umsetzen. Denn die von den Oberlandesgerichten entschiedenen Fälle seien oft von nachrichtendienstlicher oder ähnlicher Verstrickung geprägt, so

dass in diesen Fällen die Oberlandesgerichte eine besondere, schon aus der Zuständigkeitskonzentration herrührende Sachkunde hätten.<sup>27</sup> Diese läge nicht nur für das Erkenntnisverfahren, sondern auch für die Beurteilung der Frage vor, wie groß die Gefahr eines einschlägigen Rückfalls bei einem bestimmten Verurteilten ist und ob bei ihm gegebenenfalls eine Aussetzung zur Bewährung gerechtfertigt werden könne.<sup>28</sup> Daraus folgt zugleich, dass es sich bei der hier vorgeschlagenen Lösung gleichsam um die Aufrechterhaltung der insoweit regelmäßigen Zuständigkeit der Oberlandesgerichte für Nachtragsentscheidungen handelt. Würde man stattdessen von einer Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer ausgehen, würde man eine systematische Lücke schaffen, die der Gesetzgeber so nicht gewollt bzw. behoben hätte, wenn er sie seinerzeit erkannt hätte. Denn vor dem Hintergrund des ausdrücklich erklärten Sinns und Zwecks hätte man für ein Absehen der regelmäßigen Zuständigkeit der Oberlandesgerichte eine entsprechende Äußerung des Gesetzgebers erwarten müssen. Aus dem Schweigen folgt, dass dies nicht gewollt war und der Gesetzgeber davon ausging, dass das Oberlandesgericht immer dann zuständig ist, wenn sich die Nachtragsentscheidung zumindest auch auf ein erstinstanzliches Urteil des Oberlandesgerichts bezieht.

#### 4. Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund der Systematik und des Sinns und Zwecks ist also bei der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Oberlandesgericht und Strafvollstreckungskammer (oder präziser: bei der Bestimmung dessen, was unter „Urteil“ i.S.d. § 462a Abs. 5 StPO zu verstehen ist) nicht die formelle Urheberschaft des zu vollstreckenden Erkenntnisses entscheidend. Ausschlaggebend ist allein, ob es zumindest auch eine Entscheidung betrifft, die inhaltlich den besonderen Täterkreis betrifft, über den das Oberlandesgericht erstinstanzlich zu entscheiden hatte. Die Entscheidung betrifft immer dann diesen besonderen Täterkreis, wenn dem zu vollstreckenden Erkenntnis zumindest *auch* eine Verurteilung eines Oberlandesgerichts zugrunde liegt. Das von einem Oberlandesgericht im ersten Rechtszug i.S.d. § 462a Abs. 5 S. 1 StPO erlassene Urteil liegt demnach immer dann vor, wenn die zu vollstreckende Strafe zumindest ursprünglich auch von einem Oberlandesgericht verhängt worden ist. Im Ergebnis lässt sich damit feststellen, dass die eingangs intuitiv aufgestellte These sich im Rahmen des möglichen Wortsinns des § 462a Abs. 5 StPO hält und vor dem Hintergrund systematischer, teleologischer und historischer Überlegungen sinnvoll ist und die Bedeutung des Gesetzes adäquat bestimmt wird.

#### VI. Entkräftung der Kritik des Kammergerichts

Die Kritik des Kammergerichts an dem soeben dargestellten Auslegungsergebnis verfängt nicht. Soweit das Kammergericht meint, die in § 462a Abs. 5 StPO geregelte Zuständigkeit sei „über ihren Wortlaut hinaus auf den vorliegenden Fall

<sup>22</sup> KG BeckRS 2020, 33663, Rn. 16; *Appl* (Fn. 7), § 462a Rn. 28; *Bringewart* (Fn. 14), § 462a Rn. 46; *Graalman-Scheerer* (Fn. 3), § 462a Rn. 84; *Stöckel* (Fn. 18), 60. Lfg., Stand: Mai 2011, § 462a Rn. 31.

<sup>23</sup> Vgl. Fn. 22.

<sup>24</sup> Vgl. zu der Frage „Worauf kommt es eigentlich an?“ und „die den Juristen [...] immer wieder peinigende Frage [...], ob die Abweichung [des zu subsumierenden Falles von den bisher der Klasse des Tatbestandsmerkmals zugeordneten Fällen] ‚wesentlich‘ ist oder nicht“, *Engisch*, Einführung in das juristische Denken. 12. Aufl. 2018, S. 88 f.

<sup>25</sup> BT-Drs. 7/550, S. 312. Bis dahin war gem. § 453 StPO (Drittes Strafrechtsänderungsgesetz v. 4.8.1953, BGBl. I 1953, S. 735) das Gericht des ersten Rechtszuges für die nachträgliche Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung zuständig.

<sup>26</sup> BT-Drs. 7/550, S. 312.

<sup>27</sup> BT-Drs. 7/550, S. 314.

<sup>28</sup> BT-Drs. 7/550, S. 314.

[nicht] anzuwenden“, weil dies „Sinn und Zweck der Zuständigkeitsregelung“ nicht rechtfertigen, so ist die Argumentation in sich widersprüchlich, bleibt im Übrigen bei der Frage der Rechtfertigung gleichsam auf halbem Weg stehen (1. a) und geht von falschen methodologischen Annahmen aus (1. b). Auch der systematische Einwand des Kammergerichts unter Verweis auf § 462a Abs. 4 S. 1 und S. 2 i.V.m. § 462a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO hält einer Kritik nicht stand (2.).

### 1. Entkräftung des Wortlautarguments

Soweit das Kammergericht auf den Wortlaut des § 462a Abs. 5 StPO abstellt, ist das Argument nicht überzeugend.

#### a) In sich widersprüchliche Argumentation

Zunächst einmal geht auch das Kammergericht (inzident) über den Wortlaut des § 462a Abs. 5 StPO hinaus. Bereits die Behauptung des Kammergerichts, dass die Formulierung „Urteil“ in § 462a Abs. 5 StPO sich „ersichtlich auf das zu vollstreckende Erkenntnis“ beziehe, deutet an, dass eine über den Wortlaut des § 462a Abs. 5 StPO hinausgehende Auslegung möglich ist. Denn der Wechsel in der Terminologie – einmal Urteil, ein anderes Mal vollstreckendes Erkenntnis – spricht dafür, dass das Kammergericht unter „Urteil“ i.S.d. § 462a Abs. 5 StPO nicht nur (oder nicht einmal) Urteile i.S.d. § 260 StPO versteht, sondern entsprechend einer völlig unbestrittenen Meinung alle gerichtlichen Entscheidungen, die eine vollstreckungsfähige Entscheidung festsetzen, unabhängig von deren formeller Bezeichnung.<sup>29</sup> So lässt sich auch nur erklären, dass, wie bereits unter II. 2. ausgeführt, die Vollstreckung einer auf der Grundlage eines Beschlusses nach § 460 StPO neu gebildeten Gesamtstrafe wie die eines Urteils erfolgt.<sup>30</sup> Nur durch diese Auslegung wird sichergestellt, dass gem. § 462a Abs. 5 S. 1 StPO das Oberlandesgericht als Gericht des ersten Rechtszuges an Stelle der Strafvollstreckungskammer über die Reststrafenaussetzung auch dann entscheidet, wenn es nicht nur das Urteil, sondern auch den Beschluss nach § 460 StPO erlassen hat. Im Ergebnis dürfte damit auch das Kammergericht den Wortlaut des § 462a Abs. 5 S. 1 StPO überstrapazieren. Es ist aber argumentationstheoretisch in sich widersprüchlich, eine Begrenzung der Auslegung auf den Wortlaut („Urteil“) einerseits zwar zu fordern, sich aber andererseits an diese Grenze selbst nicht zu halten. Entweder ist das „Wortlautargument“ schlüssig oder eben nicht. Dagegen ließe sich zwar einwenden, dass das Kammergericht ein über den Wortlaut hinausgehendes Verständnis nicht per se für unzulässig hält, sondern ein solches unter der Bedingung einer Rechtfertigung gerade zulässt. Insoweit mag man dem Kammergericht dann noch verzeihen, dass es die Rechtfertigung für die von ihm lediglich inzident angenommene über den Wortlaut des § 462a Abs. 5 StPO hinausgehende Auslegung nicht offenlegt, sondern lediglich behauptet, dass dies „ersichtlich“ so sei. Problematisch wird es aber, wenn das Kammergericht die These aufstellt, dass Sinn und Zweck der Zuständigkeitsregelung

eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung in dem hier interessierenden Fall nicht rechtfertigen. Unabhängig davon, dass eine solche Auslegung gerechtfertigt ist (vgl. oben V.), trägt es keinerlei Gründe dafür vor,<sup>31</sup> warum eine solche Rechtfertigung nicht vorliege und warum die eine Auslegung der anderen vorzuziehen ist. Welchen Wert haben der Sinn und Zweck? Welcher Wert wird dem Sinn und Zweck gegenübergestellt? Wenn es das Festhalten am Wortlaut ist, welchen Wert hat es? Und schließlich: Wie wurden die widerstreitenden Werte ins Verhältnis gesetzt? Zu all dem schweigt die Entscheidung des Kammergerichts und entzieht sich damit einer inhaltlichen Kritik. Von einem methodologischen Standpunkt aus gesehen ist die bloße Behauptung ohne Begründung jedoch wertlos.<sup>32</sup>

#### b) Wortlaut vs. Wortsinn

Und noch von einem anderen methodologischen Standpunkt aus ist Kritik angebracht. Denn über den „Wortlaut“ hinausgehende Auslegung ist zulässig. Es dürfte nach allgemeiner Meinung unstrittig sein, dass maßgebend für die Interpretation eines Gesetzes der in ihm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers ist, d.h. der Wortsinn, wie er sich aus dem Gesetzeswortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Norm gestellt ist.<sup>33</sup> Insofern fängt jede Auslegung beim Wort an.<sup>34</sup> Reine formelle Erwägungen dürfen aber kein entscheidendes Gewicht erhalten.<sup>35</sup> Der (noch) mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger Auslegung.<sup>36</sup> Im Rahmen des dem Wort innewohnenden Bedeutungsspielraums<sup>37</sup> bewegt sich die Auslegung in einem Spannungsverhältnis zwischen restriktiver und extensiver Auslegung. Erst die darüber – d.h. über den möglichen Wortsinn – hinausgehende „Auslegung“ ist (ggf. zulässige) Rechtsfortbildung.<sup>38</sup> Die lediglich über den Wortlaut, aber nicht über den Wortsinn hinausgehende Auslegung, ist

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Engelmann*, Rechtstheorie 2015, 1 (19); *Engisch* (Fn. 24), S. 262 f.

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 82, 30 (38 f.): „Die Auslegung [...] hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen“. Vgl. auch *Engelmann*, Rechtstheorie 2015, 1 (19); *Engisch* (Fn. 24), S. 263 f.

<sup>33</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 1 Rn. 24.

<sup>34</sup> BGH NJW 1953, 72; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 17 IV. 5. (S. 159); *Schmitt* (Fn. 3), Einl. Rn. 196.

<sup>35</sup> Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 34), § 17 III. 1 (S. 154): „Jede Rechtsnorm bedarf der Auslegung. Das gilt auch bei ‚klarem‘ Wortlaut“; *Schmitt* (Fn. 3), Einl. Rn. 196: „Eine Begriffsjurisprudenz ist auch im Strafverfahren zu verwerfen“.

<sup>36</sup> *Fischer* (Fn. 33), § 1 Rn. 21; *Jescheck/Weigend* (Fn. 34), § 17 IV. 5. (S. 159).

<sup>37</sup> *Zippelius* (Fn. 16), S. 40.

<sup>38</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 34), § 17 IV. 5. (S. 159).

<sup>29</sup> *Schmitt* (Fn. 3), § 449 Rn. 1

<sup>30</sup> *Schmitt* (Fn. 3), § 460 Rn. 27.

bloße Gesetzesauslegung. Dies gilt es herauszustellen, weil die Ausführungen des Kammergerichts suggerieren könnten, dass es sich bei der unter V. dargestellten Begründung nicht mehr um bloße Auslegung, sondern darüber hinaus um eine Ergänzung oder Berichtigung des Gesetzes handelte, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf.<sup>39</sup>

## 2. Entkräftung des systematischen Einwands

Soweit das Kammergericht auf die Regelung in § 462a Abs. 4 S. 1 und S. 2 i.V.m. § 462a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 StPO abstellt, wurde bereits dargestellt (vgl. oben V. 2.), dass es die Folgen im Zusammenhang mit einer Gesamtstrafenbildung nach § 460 StPO nicht berücksichtigt. Es wurde auch gezeigt, dass die Systematik des § 462a StPO im Gegenteil dafür spricht, die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich die Nachtragsentscheidung *auch* auf die erstinstanzliche Entscheidung eines Oberlandesgerichts bezieht. Für eine Rückausnahme von dieser Systematik für den Fall der Einbeziehung des Urteils eines Oberlandesgerichts durch ein Amts- oder Landgericht im Falle der Bildung einer Gesamtstrafe nach § 55 StGB gibt es keine (materielle) Rechtfertigung. Im Gegenteil wurde bereits oben (V. 2. und 3.) aufgezeigt, dass nach der Auslegung durch das Kammergericht der Wechsel der Zuständigkeit von bloßen zeitlichen Zufällen abhängen kann, obwohl der Zeitpunkt der Entscheidung bei der Frage der Zuständigkeit des Oberlandesgerichts ansonsten irrelevant ist. Nun ließe sich dagegen einwenden, dass die Ausnahme von der Regelzuständigkeit der Strafvollstreckungskammer<sup>40</sup> der Rechtfertigung bedarf und nicht umgekehrt die Anwendung der Regelzuständigkeit oder eine „ominöse“ Rückausnahme von der „ausnahmsweisen“ Zuständigkeit des Oberlandesgerichts auf diesen Fall. Dabei wird allerdings verkannt, dass die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts ihrerseits eine Regelmäßigkeit begründet und vor dem Hintergrund der Einheit des Rechts<sup>41</sup> die Herausbildung einer systematisch einheitlichen Rechtsanwendung ein in der Rechtsdogmatik anzustrebender Wert an sich ist. Dieser Wert hat in dem aus Art. 3 GG folgenden Grundsatz der Gleichbehandlung, der verlangt, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, nicht nur einen gesetzlichen, sondern einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt. Wenn das Gesetz grundsätzlich in Fällen der

<sup>39</sup> *Engisch* (Fn. 24), S. 193 ff.; *Zippelius* (Fn. 16), S. 53 ff.

<sup>40</sup> Die Ausnahme von der Regelzuständigkeit lautet, dass das Oberlandesgericht ausnahmsweise zuständig ist. Dabei ist allerdings nach *Laubenthal/Nestler*, Strafvollstreckung, 2. Aufl. 2017, Kap. C. Rn. 58, 70, zu berücksichtigen, dass nach dem Wortlaut des § 462a Abs. 2 S. 1 StPO das Gericht des ersten Rechtszuges die Regelzuständigkeit besitzt, während die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer von gesetzlich bestimmten Voraussetzungen abhängt. Nach dieser Auffassung handelt es sich bei der subsidiären Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszuges um eine lediglich faktische Verdrängung durch die Strafvollstreckungskammer, die u.a. vom Zeitpunkt der Nachtragsentscheidung und davon abhängt, dass die Freiheitsstrafe vollstreckt wird.

<sup>41</sup> *Zippelius* (Fn. 16), S. 40.

erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberlandesgerichte diese auch auf die Nachtragsentscheidung überträgt, dann stellt das Gesetz damit einen – wenn auch als Ausnahme formulierten – Grundsatz auf. Soll von diesem Grundsatz abgewichen werden, dann ist diese Abweichung rechtfertigungsbedürftig.<sup>42</sup>

## 3. Zwischenfazit

Aus den vorgenannten Ausführungen kann ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, dass die Argumentation des Kammergerichts, also seine für die eigene und gegen die hier vertretene Auffassung vorgebrachte Begründung, nicht zu überzeugen vermag. Selbst wenn man dennoch nicht den Schluss ziehen möchte, dass die Ansicht des Kammergerichts „falsch“ sei, so ist sie der hier vertretenen Auffassung aus den nunmehr folgenden Gründen unterlegen.

## VII. Der Vorzug der hier vertretenen Auffassung

Denn aus der Widerlegung der Kritik an der hier vertretenen Auffassung folgt, dass diese einer ersten kritischen Überprüfung standgehalten und sich somit bewährt hat. Demgegenüber führt die Ansicht des Kammergerichts den Sinn und Zweck der Regelung ad absurdum. Denn allein durch die Einbeziehung des Urteils eines Oberlandesgerichts durch ein Amts- oder Landgericht ändert sich nicht der „besondere Täterkreis“.<sup>43</sup> Außerdem ist § 462a Abs. 5 S. 2 StPO in den Blick zu nehmen. Sollten die Erwägungen, die eine Nachtragsentscheidung durch das Oberlandesgericht grundsätzlich erforderlich machten, nicht (mehr) vorliegen, dann steht mit dieser Norm eine Möglichkeit der Übertragung der Zuständigkeit vom Oberlandesgericht auf das Landgericht zur Verfügung. Damit käme man zumindest im Einzelfall auch nach der hier vertretenen Auffassung zu dem vom Kammergericht präferierten Ergebnis.

<sup>42</sup> Dagegen ließe sich einwenden, es handele sich um einen Zirkelschluss, weil die noch zu beweisende grundsätzliche systematische Zuständigkeit des Oberlandesgerichts im Argument bereits vorausgesetzt wird. Denn von einer solchen Zuständigkeit könne so lange nicht gesprochen werden, wie diese in dem in Frage stehenden Fall nicht feststeht. Aber der hier zu behandelnde, unklare Fall wird selbstverständlich nur an der Systematik unter Ausklammerung des zu entscheidenden Falles vorgenommen. Wollte man den unklaren Fall – in welche Richtung auch immer – als ein systematisches Argument nutzen, dann müsste man tatsächlich schon wissen, wie der Fall zu lösen ist und den Inhalt der noch auszulegenden Norm bereits kennen.

<sup>43</sup> Dies zeigt sich auch an der Entscheidung, die sich im Übrigen mit den besonderen Anforderungen bei einer Aussetzungsentscheidung in Fällen der §§ 129a, 129b StGB auseinandersetzt. Hinzu kommt, dass im konkreten Fall nicht gem. § 4 Nr. 1 StrafvollStrO die Staatsanwaltschaft, sondern die Generalstaatsanwaltschaft nach § 4 Nr. 2 StrafvollStrO („wenn das Oberlandesgericht im ersten Rechtszug entschieden hat“) sich für die Strafvollstreckung zuständig ansah.



Andererseits lässt sich ein – nicht vom Kammergericht vorgetragenes – Argument identifizieren, das dafür spricht, die bisherige Lesart des Wortes „Urteil“ zugrunde zu legen, also unter „Urteil“ lediglich „das zu vollstreckende Erkenntnis“ zu verstehen. Legt man dieses Verständnis nämlich auch § 462a Abs. 5 StPO zugrunde, dann würde – soweit ersichtlich<sup>44</sup> – das Tatbestandsmerkmal „Urteil“ im ersten Abschnitt des siebenten Buches der StPO zumindest einheitlich ausgelegt werden. Die Einheitlichkeit der Terminologie ist im Interesse der Rechtssicherheit, der Einfachheit und der Übersichtlichkeit ein rechtlich relevanter Grund.<sup>45</sup>

Hinter den Auslegungsproblemen verbirgt sich letztlich die Frage, welchem Wert man zur Geltung verhelfen möchte: Dem Wert der einheitlichen Terminologie oder dem Wert einer materiell „gerechteren“ bzw. „angemesseneren Entscheidung“ dadurch, dass über den hier interessierenden Täterkreis Richter zu urteilen haben, die eine besondere Sachkunde besitzen. Vom Standpunkt der auch hier vertretenen Wertungsjurisprudenz aus, ist dem letzteren Wert zur Geltung zu verhelfen. Denn dem Argument der Einheitlichkeit der Terminologie ist kein allzu großes Gewicht beizumessen,<sup>46</sup> was sich konkret an Folgendem sehen lässt. Unabhängig davon, dass die Rechtsdogmatik dieser Einheitlichkeit in einer Vielzahl von Fällen nicht zur Geltung verhilft, wird das Wort „Urteil“ auch in der StPO uneinheitlich verwendet, wie ein Vergleich zwischen „Urteil“ i.S.v. § 260 Abs. 1 StPO und „Urteil“ i.S.v. §§ 449 StPO ff. zeigt. Zudem ist einem Argument dann kein großes Gewicht beizumessen, wenn es in Widerstreit mit dem Prinzip steht, Probleme lösen zu wollen.<sup>47</sup> Genau das ist hier aber der Fall, wie die Interessenlagen sowohl des Staates einerseits als auch des Beschuldigten und der Gesellschaft andererseits zeigen. Staat und Gesellschaft möchten nicht, dass der Verurteilte aufgrund mangelnder Sachkunde der zur Entscheidung berufenen Richter zu früh entlassen wird und der Verurteilte möchte nicht aufgrund mangelnder Sachkunde der zur Entscheidung berufenen Richter zu spät entlassen werden.

Dass dies kein rein theoretisches Problem ist, zeigt sich, wenn man die praktischen Auswirkungen berücksichtigt. Ginge man mit der vom Kammergericht vertretenen Auffassung von der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer und des Gericht des ersten Rechtszuges (hier des Amts- und Landgerichts) aus, dann wären diese in der in Frage stehenden Fallkonstellation zum Teil, nämlich soweit die Entscheidung des Oberlandesgerichts betroffen ist, mit Sachverhalten und Straftatbeständen befasst, mit denen die einzelnen Richter gleichsam noch nie in der Praxis konfrontiert gewesen waren; vgl. §§ 24 Abs. 1 Nr. 1, 74 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GVG. Nimmt man demgegenüber mit der hier vertretenen Auffassung die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts an, dann entscheiden Richter, die zum einen erstinstanzlich mit Staats-

schutzdelikten, § 120 GVG, und zum anderen mit „normaler“ Kriminalität befasst waren und sind. Letzteres folgt daraus, dass sie sowohl im Rahmen ihrer beruflichen Vita vom Proberichter bis hin zum Richter am Oberlandesgericht als auch im Rahmen der Beschwerden gegen Nachtragsentscheidungen der Strafvollstreckungskammern, § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG, mit dieser in Berührung kamen bzw. kommen. Die Frage nach der Sachkunde der zur Entscheidung berufenen Richter ist umso dringlicher, als die Strafvollstreckungskammern nach § 78b Abs. 1 Nr. 2 GVG grundsätzlich mit einem (ggf. Probe-)Einzelrichter<sup>48</sup>, wohingegen die Senate beim Oberlandesgericht mit drei Richtern besetzt sind,<sup>49</sup> § 122 Abs. 1 GVG. Vor dem Hintergrund der Bestenauslese, Art. 33 Abs. 2 GG, wird dem wegen einer in § 120 GVG genannten Straftat Verurteilten also eine Verbesserung<sup>50</sup> in quantitativer und qualitativer Hinsicht entzogen, wenn statt des Oberlandesgerichts das Landgericht oder das Amtsgericht zuständig wäre. Dieses Ergebnis ist auch deshalb fragwürdig, weil im umgekehrten Fall, wenn das Oberlandesgericht die Strafe eines Amts- oder Landgerichts einbezieht, unstreitig das Oberlandesgericht für die Nachtragsentscheidung zuständig ist und die Zuständigkeit damit gleichsam von einem zeitlichen Zufall abhängt, ohne dass sich die Bewertung der Sachverhalte ändern würde. Ob an einem Tag X das Oberlandesgericht einen Angeklagten unter Einbeziehung einer durch ein Amts- bzw. Landgericht verhängten Strafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt oder ob umgekehrt das Amts- bzw. Landgericht dies unter Einbeziehung einer durch ein Oberlandesgericht verhängten Strafe tut, macht vor dem Hintergrund der eingangs erwähnten Erwägungen keinen Unterschied: In beiden Fällen ist der „besondere Täterkreis“ gleich betroffen. Schlussendlich könnte das Amts- bzw. Landgericht ggf. von einer an sich gebotenen Einbeziehung einer von einem Oberlandesgericht verhängten Strafe absehen, wenn dies weitere, trotz zureichender Terminvorbereitung unvorhergesehene, mit erheblichem Zeitaufwand verbundene Ermittlungen nötig

<sup>48</sup> OLG Düsseldorf NStZ 1982, 301; a.A. *Schuster*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/2, 2018, GVG § 78b Rn. 7.

<sup>49</sup> Nach *Graalman-Scheerer* (Fn. 3), § 454 Rn. 31, soll unter Verweis auf BT-Drs. 6/3250, S. 300 („Dagegen dürfte sich in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 die zwingende mündliche Anhörung des Verurteilten durch ein Mitglied des Strafsenates oder sogar den ganzen Senat empfehlen.“), die Anhörung durch ein Senatsmitglied ausreichen. Dabei wird allerdings verkannt, dass diese Passage im in der darauffolgenden Legislaturperiode eingebrachten Entwurf BT-Drs. 7/550, der schließlich Gesetz geworden ist (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch [StGB] vom 2. März 1974, BGBl. I 1974, S. 469), nicht mehr enthalten war und der Gesetzgeber seine Ansicht damit aufgegeben hat. Im Übrigen findet diese Ansicht auch keine Stütze im Rahmen des Gesetzeswortlauts des § 122 Abs. 1 GVG.

<sup>50</sup> *Bringewart* (Fn. 14), § 462a R. 46: „Die dem Oberlandesgericht zuerkannte besondere Sachkunde gewährleistet [...] eine ‚bessere‘ Beurteilung der für die Resozialisierung des Täters maßgebenden Umstände.“

<sup>44</sup> Eine Ausnahme bildet wiederum § 460 StPO insoweit, als ein Beschluss nach § 460, 462 StPO kein Urteil i.S.d. § 460 StPO darstellen soll, *Bringewart* (Fn. 14), § 460 Rn. 12.

<sup>45</sup> *Zippelius* (Fn. 16), S. 41, 44.

<sup>46</sup> *Zippelius* (Fn. 16), S. 44.

<sup>47</sup> *Zippelius* (Fn. 16), S. 7 ff., 47 ff., 51 f.

machen würde.<sup>51</sup> Dann würde wiederum dieser Umstand bei Zugrundelegung der Ansicht des Kammergerichts über die Frage der Zuständigkeit entscheiden, ohne dass sich an den die Nachtragsentscheidung betreffenden Sachverhalten etwas ändern würde. Der Vollständigkeit halber sei auch noch darauf hingewiesen, dass die Auffassung des Kammergerichts mit Blick auf den Instanzenzug zur Folge hat, dass dem BGH als ansonsten zuständigem Beschwerdegericht nach § 135 Abs. 2 Nr. 1 GVG i.V.m. §§ 304 Abs. 4 S. 2 Nr. 5, 454 Abs. 3 StPO das Entscheidungsmonopol auf dem Gebiet der Staatsschutzdelikte entzogen wird.

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Auffassung des Kammergerichts kritisierbar ist und zu praktisch absurden Ergebnissen führt. Demgegenüber ist die hier vertretene Auffassung methodisch einwandfrei herleitbar, bewährt sich gegenüber Kritik und führt zu praktisch angemessenen Ergebnissen. Zwar lässt sich so keine einheitliche Terminologie, dafür aber eine einheitliche, an den betroffenen Interessen orientierte Problemlösung verwirklichen. Und die einheitliche Behandlung materieller Interessen ist der Einhaltung bloßer Ordnung, hier der Ordnung der Terminologie, vorzuziehen, zumindest dann, wenn man letztlich davon ausgeht, dass Rechtsnormen die Funktion haben, Rechtsprobleme *gerecht* zu lösen.<sup>52</sup>

*Dr. Tarig Elobied, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Berlin*

---

<sup>51</sup> *Fischer* (Fn. 33), § 55 Rn. 35.

<sup>52</sup> *Zippelius* (Fn. 16), S. 1. Vgl. auch *Engisch* (Fn. 24), S. 30 („[...] der Grundwert, an dem es [das Recht] sich ausrichten soll: das Gerechte [...]“), und auch S. 254; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, Vorwort zur Erstaufgabe.

## Buchrezension

**Carsten Stahn**, *Justice as Message*, Expressivist Foundations of International Criminal Justice, Oxford University Press, Oxford 2020, 480 S., £ 84.

### I. Grundlagen

*Carsten Stahns* „Justice as Message“ steht auf dem Fundament des juristischen Expressivismus. Dieser grundlegenden Annahme zufolge ist das Recht nicht stumm, sondern wirkt im Gegenteil mittels einer kommunikativen Beziehung zwischen Sendern und Empfängern (S. 21). Diese Beziehung bildet für *Stahn* einen strukturellen Bestandteil des Völkerstrafrechts (S. 68). Wenn demnach eine Tat als Behauptung und das Verfahren als Antwort darauf zu verstehen ist (S. 21), kann man auch die im Rahmen des Strafrechts stattfindende Kommunikation sowohl mit den Beteiligten wie der internationalen Öffentlichkeit auf der Basis eines modernen Verständnisses des Expressivismus beschreiben (S. 56 ff.). Zudem kann neben der bloßen Aufdeckung und Erklärung der in einem Verfahren gesendeten Botschaften auch das Fehlverhalten der Täter angeprangert und können Schäden der Opfer anerkannt werden (S. 21).

### II. Normativer Expressivismus

Nach *Stahn* sind völkerrechtliche Straftaten als „performances“ zu begreifen. Sie stehen in Relation zu einem internationalen Publikum und verlangen nach einem Platz im narrativen Raum bzw. im gesellschaftlichen Diskurs (S. 90). Die Gesellschaft reagiert darauf mit dem Wunsch nach einer expressiven Reaktion auf die Tat (S. 87 f.). Nach *Stahn* gibt der normative Expressivismus eine solche Antwort in Form einer Gegenmaßnahme (S. 101). Dieser nutzt die Normen des Völkerstrafrechts, um die komplexe Botschaft der Tat zu erfassen und ihr ein Gegenarrativ entgegenzustellen (S. 103). So ist die „norm expression“ stets eng mit dem Ausdruck von Moralität und Ethik durch die internationale Gemeinschaft verbunden, die auch auf die rhetorische Technik des „ethos“ zurückgreift (S. 107 f.). Den Raum für diesen normativen Expressivismus schafft dabei die Aufweichung des „nullum crimen sine lege“-Grundsatzes, sodass auch Straftaten verfolgt werden könnten, die einzig unter die allgemein anerkannten Prinzipien der Gemeinschaft der Nationen fallen würden (S. 108). Zudem kann durch ein naturrechtliches Verständnis, wie es in der „Martens Clause“ enthalten ist, die Idee vermittelt werden, dass die einzelnen Akteure dazu berufen sind, für die gesamte Menschheit zu sprechen (S. 109 f.). Dies wird durch das sog. „storytelling“ ergänzt. Dabei wird eine Darstellung einer Handlung, ein „plot“, geschaffen, der Fakten und Gesetze zu einer fortlaufenden Erzählung ordnet und einen Dialog zwischen den Akteuren ermöglicht („turn taking“, S. 110). Gegen das vorherrschende Selbstbild eines neutralen und sachlich analysierenden Rechts sind dabei auch Rechtsbegriffe oftmals mit einem Narrativ versehen (S. 110). Die Stärkung der Normgeltung („norm affirmation“) selbst wird durch rechtliche und rhetorische Argumente angestrebt. Sie sollen die Adressaten der Kommunikation zur

Zustimmung bewegen („buy in“) und deren Verhalten verändern (S. 112). Zum normativen Expressivismus gehört darüber hinaus die Norm-Projektion („norm projection“). Sie stellt mit einer starken transformativen Wirkung das Recht den Taten gegenüber, steckt die Bereiche von Sein und Sollen ab (S. 130) und eröffnet durch Kommunikation einen alternativen Blickwinkel auf die soziale Realität (S. 131). Die offene Struktur der Normen und das Fehlen einer einheitlichen theoretischen Durchdringung der Materie unterstützen diesen Prozess und ermöglichen zugleich eine Normerweiterung durch Narrative und Erzähltechniken (S. 131). Auf diese Weise können nach *Stahn* Normen an Kontexte angepasst, entwickelt und an andere normative Systeme oder Präjudize gebunden werden (S. 131). Im Rahmen der rechtlichen Argumentation findet so ein „storytelling“ statt, welches das Recht von einer „story“ zur nächsten entwickelt (S. 131). Ebenso entstehen durch eine Fokussierung auf bestimmte Geschehnisse, deren Verortung in einem „plot“ (S.133) und der Eingliederung einzelner Narrative in eine allumfassende Geschichte (S. 142) rechtliche Narrative. Zuletzt widmet sich *Stahn* der Norm-Verinnerlichung („norm internalization“). Sie baut eine Brücke über den Raum zwischen Kommunizierenden und Zuhörenden und schafft so Anreize für Normakzeptanz und die Vermeidung von Verstößen gegen das Recht (S. 147). Die Norm-Verinnerlichung schließt die Integration in ein „internal value system“ ein und führt schließlich zu einer Intersubjektivität der Normen (S. 147). Der Prozess der Verinnerlichung der Normen ist mit der „translation“ (S. 148) einer Norm verbunden und kann dazu dienen, auf die Bedenken und Vorbehalte gegen eine Norm einzugehen und die Norm daran anzupassen (S. 148). Die bestehenden Strukturen im Völkerstrafrecht sind dafür jedoch noch unzureichend ausgebildet, was der Internationale Strafgerichtshof mittels verschiedener kommunikativer Mittel wie der Schaffung gemeinsamer Identitäten, der Übereinstimmung mit bestehenden nationalen Normen, der Einrichtung kommunikativer Strukturen und Appellen an Bürgerpflichten zu überwinden versucht (S. 159 ff.).

Betrachtet man die Überlegungen *Stahns*, fällt zunächst eine Umorientierung des Strafprozesses ins Auge: Weg von der Findung objektiver Tatsachen und deren rechtlichen Bewertung und hin zu einer gezielten Öffnung zur Gesellschaft durch den Expressivismus. Durch die weltanschaulichen Wertungen, die den gebildeten Narrativen, „stories“, „plots“ etc., zugrunde liegen, stehen die strafrechtlichen Normen nicht mehr allein für sich selbst, sondern werden in einen veränderlichen Kontext eingebettet und in diesem weiterentwickelt. Die Normen können so ihren Wert als stabilisierendes System von Regelungen verlieren, die vor einem übereilten oder gar willkürlichen politischen Prozess schützen und den gesellschaftlichen Wandel abfedern. Neben der oben beschriebenen Aufweichung des „nullum crimen sine lege“-Grundsatzes wird dieser auch durch die Rechtsentwicklung am einzelnen Fall weiter untergraben. Die auf den konkreten Fall zugeschnittenen Narrative fördern die unmittelbare Rechtsfortbildung an eben diesem, während die geringe Zahl an Fällen und die rasante Geschwindigkeit des Wandels im Völkerstrafrecht eine Fortbildung durch stetige Übung zu-

gleich unmöglich machen. Das Recht kann somit gar nicht anders als unmittelbar am einzelnen Fall fortentwickelt werden, was mit dessen Instrumentalisierung und damit ebenso des jeweiligen Angeklagten einhergeht. Dies führt nicht nur zu einer Verkenning der Rechte des Angeklagten, sondern zeigt zudem ein problematisches Ausblenden der Strafe als zwangsweise auferlegtes Übel und ultima ratio auf, insbesondere wenn grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Entscheidung nicht auch aus Gründen der Rechtsfortbildung in einer bestimmten Form ergeht.

### III. Institutionen

Im Weiteren geht *Stahn* auf die Rolle der Institutionen in einem expressivistischen Völkerstrafrecht ein, die er als symbolische und verhaltensbestimmende Systeme versteht (S. 165). Sie versuchen aufgrund ihrer rechtlichen und sozialen Bedeutung das Verhalten, die Entscheidungen und die Erwartungen der Adressaten zu verändern (S. 165). Die Institutionen agieren dabei stets als Ausdruck sozialer Werte und sind bei ihrem Tun in höherem Maße als innerstaatliche Akteure auf die Wirkung von kommunikativen Überzeugungsmitteln wie Symbolen, Mythen oder Ritualen angewiesen (S. 206). Ihre Fähigkeit, ihre Adressaten durch kommunikatives Wirken zu erreichen, ist dabei eng mit dem Bestehen der Institutionen verbunden, da das internationale Strafrecht nicht auf eine nationale Staatsmacht als Legitimation zurückgreifen kann (S. 212). So ist auch die Feststellung der eigenen Gerichtsbarkeit bzw. die Wechselwirkung mit den nationalen Gerichtsbarkeiten stets eine kommunikative Frage (S. 212 ff.). Das Vorverfahren als Transformationsinstanz zwischen den Straftaten und ihrer rechtlichen Einordnung hat neben der Verurteilung des Verbrechens eine Möglichkeit zur Erweiterung der Grenzen des Wirkens der Anklagebehörde sowie zur Stärkung ihres Einflusses auf internationale Angelegenheiten geschaffen (S. 218 f.). Zudem kann die Anklagebehörde auf diese Weise bewusst gesetzte Entscheidungen kommunizieren, um etwa durch die Auswahl und Untersuchung von Fällen Botschaften über das untersuchte Verhalten zu senden (S. 219 f., 223 f.). Eine gegebenenfalls von außen erfolgende Überpolitisierung der Vorverfahren kann dabei jedoch dem IstGH schaden (S. 220). Auch der gezielten thematischen Auswahl von Fällen aus unter anderem didaktischen Gründen stellt *Stahn* kritische Stimmen entgegen (S. 225 f.). Die Inhaftierung im Vorverfahren hingegen kann neben einem allgemeinen Stigma ein „naming and shaming“ der fraglichen Person im Namen der internationalen Gemeinschaft erreichen (S. 226). Seine Inhaftierung stellt den Angeklagten dabei in eine Reihe von Präjudizien als ein Produkt einer institutionellen Entwicklung (S. 226). Zuletzt geht *Stahn* auf die Möglichkeit einer unmittelbaren Beziehung („outreach“) zwischen den Institutionen und den Opfern von Straftaten (S. 232) und einer „legacy“ der Institutionen (S. 238 ff.) ein.

Im Rahmen von *Stahns* Diskussion der Institutionen wird eine weitere Gefahr für das Völkerstrafrecht deutlich: Je größer die Wirkung der sozialen Werte auf die rechtlichen Handlungen im Verlauf eines Verfahrens ist, desto größer wird die Wahrscheinlichkeit, dass der Prozess selbst zu einer

Projektionsfläche politischer Ziele wird. Diese Orientierung ist dabei nicht nur auf die Stärkung des politischen Selbstverständnisses der Weltgemeinschaft begrenzt, sondern soll vielmehr auch auf die Opfer und damit gegebenenfalls auch auf jene Gemeinschaften einwirken, die noch nicht Teil des vermeintlichen Konsenses der Weltgemeinschaft sind – ein Umstand, welcher ein fragwürdiges Rollenverständnis der beteiligten Akteure offenbart, zumal die Nutzung der Fallauswahl und des Vorverfahrens als Mittel politischer Kommunikation zu einer weiteren Instrumentalisierung des Angeklagten führt, wenn dieser nicht mehr einzig und allein des Verdachts wegen vor das Gericht gelangt. Dieser Umstand erscheint noch gravierender, wenn bereits die Eröffnung eines Vorverfahrens als Statement und nicht als Notwendigkeit erachtet wird und das „shaming“ tatsächlich schon als Teil des Strafprozesses stattfindet und nicht nur, dann aber straftheoretisch legitimiert, erst mit der Strafe einhergeht. Der Angeklagte wird so durch das „shaming“ bereits zu Beginn des Verfahrens um die Vermutung seiner Unschuld gebracht, indem mit ihm umgegangen wird, als stünde seine Rolle als Täter bereits fest (siehe dazu auch S. 223). Dieser Eingriff in die Rechte des Angeklagten rückt den gesamten Prozess näher an ein moralisierendes und belehrendes Schauspiel in der Tradition der Prangerstrafen der Vergangenheit heran.

### IV. Prozessualer Expressivismus

*Stahn* widmet sich sodann der expressiven Funktion des Prozesses im Völkerstrafrecht, worin er grundsätzlich das Risiko eines Schauprozesses erkennt. Jedoch handelt es sich bei jedem Prozess um einen Schauprozess, und zwar in dem Sinne, dass er durch „performances“ etwas aussagen will (S. 252). Es kommt folglich nicht darauf an, ob ein Prozess etwas aussagen soll, sondern vielmehr nur, mit welchen Mitteln er dies tut und was er kommuniziert (S. 252). Die Grundlage einer Kommunikation durch einen Prozess erblickt *Stahn* in der sogenannten „sign theory“, dergemäß durch Symbole Bedeutungen im Verhältnis von Symbol, Objekt und Interpret kommuniziert werden (S. 255). *Stahn* differenziert den prozessualen Expressivismus dabei anhand von vier verschiedenen Funktionen (S. 258). Die symbolische Funktion (S. 258 ff.) beinhaltet neben dem Ausdruck von Fairness und prozessualer Gerechtigkeit ebenso den Versuch, dadurch eine allgemeine Bindungswirkung des Rechts zu erreichen, die mit der Anerkennung verbunden ist, dass den Opfern Unrecht widerfahren sei und es somit einer Verurteilung bedürfe (S. 259). Die narrative Funktion (S. 260 ff.) des Prozesses ermöglicht die Herstellung einer Ordnung der verschiedenen, auftretenden Narrative: Durch das „procedural storytelling“ (S. 260) werden erst Fakten im prozessualen Sinne geschaffen und mittels Narration und Evaluation durch die Prozessparteien ihrem Sinne gemäß mit dem Recht verbunden (S. 260 f.). Die didaktische Funktion (S. 262 ff.) eines jeden Strafprozesses besteht in seiner erziehenden Wirkung, die er immer entfaltet, sich aber über die Zeit hinweg entwickelt und weit über die „judicial entities“ hinausgeht (S. 264). In der transformativen Funktion des internationalen Strafprozesses (S. 265 ff.) sieht *Stahn* dessen Aufgabe, „social facts“ (S. 265) durch Überführung in einen „symbolically dimensioned legal space“ (S. 265)

in die Sprache des Rechts zu übersetzen. Eine juristische Wahrheit wird dabei aus einer Vielzahl verschiedener Narrative über soziale Fakten mittels Kommunikation, Validierung und Beurteilung gewonnen (S. 266). Verschiedene Arten von Wahrheiten können hier innerhalb eines Verfahrens nebeneinander bestehen (S. 267). *Stahn* stellt sodann die verschiedenen Wirkungsweisen dieser Funktionen als „shaming and stigmatization“ (S. 267 f.), „performance“ (S. 268 ff.) und die Individualisierung der Verantwortung (S. 270 f.) heraus und zeigt anschließend die performative Rolle der Akteure des Prozesses auf (S. 271 ff.). In diesem Rahmen spielt die Anklagebehörde auch eine Rolle im öffentlichen Leben und den Medien, wobei sie die Interessen der Gemeinschaft vertritt und dabei eine „global conscience“ darstellen kann (S. 274). Sie arbeitet zugleich spezifisch rechtliche Narrative aus der Politik heraus, teilt die Welt in eine politische und eine rechtliche Sphäre und trägt so dazu bei, durch diese rechtlichen Narrative als „counter performances“ zur Straftat die Legitimität der Anklage selbst zu begründen (S. 276). Ein solches Narrativ kann etwa die mit einer didaktischen Wirkung – aber auch erheblichen negativen Aspekten – verbundene Entmenschlichung des Angeklagten sein (S. 276 f.). Diese negativen Aspekte können jedoch mittels einer Wiedererlangung der „Menschlichkeit“ des Angeklagten und der Abkehr vom idealisierten Bild eines bösen Angeklagten durch den Prozess ausgeglichen werden (S. 278). Ebenfalls kritisch betrachtet *Stahn* die Praxis der Verortung der Tat in ein über den speziellen Taten liegendes Meta-Narrativ (S. 279) und einer didaktischen Funktion der Anklage selbst (S. 287). Bei Letzterer geht er jedoch davon aus, dass ein gewisses Maß an didaktischem Wirken in Form der Fallauswahl zulässig sein kann, wenn dieses nicht mit anderen expressivistischen Funktionen kollidiert (S. 287 ff.). Neben der Anklage schaffen auch Zeugen durch ihre Aussagen Narrative, welche mit anderen Narrativen korrespondieren oder diesen widersprechen können (S. 290). Die Einbindung von Zeugenaussagen in Narrative anderer Parteien wird dabei zuweilen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Beweiserhebung im Verfahren kritisch betrachtet (S. 291 f.). In der Verteidigung sieht *Stahn* einen Antagonisten zur Anklage, der sich gegen Anschuldigungen verteidigen muss, die mit einem schweren Stigma verknüpft sind (S. 292) und zudem auch die Vergehen Anderer symbolisieren (S. 293). Hierdurch besteht die Gefahr, das Ritual des Prozesses als Aufopferung des Angeklagten anzusehen und dabei einen möglichen „confirmation bias“ zu unterstützen oder die Unschuldsvermutung in Mitleidenschaft zu ziehen (S. 293). Es bedarf daher einer fairen und effektiven Verteidigung nicht nur zum Schutz des Angeklagten, sondern auch der Interessen des gesamten Strafjustizwesens (S. 293). Eine solche Verteidigung sendet die Nachricht, dass auch künftigen Angeklagten eine faire Behandlung zuteilwird (S. 293). Über das Verfahren selbst wacht der Richter. Er dient darüber hinaus als Faktenfinder sowohl zur Überprüfung von Narrativen als auch Tatsachen (S. 297 f.) und fungiert als Interpret, indem er die gegebenen Narrative entschlüsselt und bewertet (S. 298). Der Richter entwickelt hier das Recht aufgrund seiner erheblichen Unvollständigkeiten mittels der Übersetzung verschiedener Narrative in ein rechtlich verbindliches

Narrativ prozessual weiter (S. 299). Sondervoten betonen dabei die Unabhängigkeit des Richters (S. 299) und bieten zugleich Raum für Nachrichten an Beteiligte außerhalb des Gerichtssaals, „obiter dicta“ und „counter-performances“ zu traditionellen Rechtsverständnissen (S. 299 f.). Durch einen Prozess der Emanzipation (S. 302 f.) stehen die Opfer für *Stahn* nun zwischen ihrer Rolle als Objekt und Subjekt in einem Verfahren, welches sich zunehmend an ihnen orientiert und ihnen so die Möglichkeit gibt, selbst als Akteure ihre Geschichte zu erzählen und so ihre Verankerung in ihrer Gemeinschaft zu stärken (S. 303). Dem stehen jedoch zuweilen die Grenzen eines Verfahrens entgegen, deren Enge zur ambivalenten Stellung der Opfer darin führen (S. 304). Als letzten Akteur widmet sich *Stahn* der Zuschauerschaft, die er als Forum der Kommunikation und als Zeugen der Rituale im Gerichtssaal versteht (S. 309). Die Zuschauer besitzen erheblichen Einfluss darauf, wie die „stories“ im Gerichtssaal kommuniziert werden (S. 309). *Stahn* begründet dies damit, dass sich die Akteure des Gerichtssaals stets dessen bewusst sind, sich auch an eine „remote audience“ zu richten (S. 309). Zuletzt arbeitet *Stahn* Kriterien für die Bewertung eines abgeschlossenen Prozesses heraus. Dabei stellt er der Bewertung nach dem materiell rechtlichen Ergebnis des Verfahrens dessen prozessuale Gerechtigkeit gegenüber, welche die Qualität des Verfahrens hinsichtlich der Entscheidungsfindung und dem Umgang mit den Beteiligten in den Vordergrund stellt (S. 311 f.). Prozessuale Gerechtigkeit macht es möglich, breitere Akzeptanz für den Ausgang des Verfahrens zu erreichen. Prozessuales Unrecht kommuniziert dagegen ein negatives Bild von der Ausübung des Rechts (S. 313) und konterkariert so den Einsatz vieler kommunikativer Mittel (S. 314 ff.). Darüber hinaus besteht ein Prozess auf Grund seines durchregulierten Charakters eher aus expressiven Akten als aus einem tatsächlichen Austausch im Sinne einer „discursive justice“ mit uneingeschränktem Diskurs (S. 318 f.). Die einzelnen expressiven Akte im Prozess bilden eine Art Ritual, das es Involvierten und Außenstehenden ermöglicht, die „justice performance“ zu beobachten und Widersprüche aufzudecken und zu verstehen (S. 319). Zuletzt darf der Prozess selbst nicht allein auf seine unmittelbare Wirkung beschränkt werden. Vielmehr steht er zwischen der zuweilen für die Beteiligten und insbesondere die Opferzeugen unbefriedigenden Realität eines Urteils und der Wirkung, die er durch Setzung von Standards in der Zukunft entfaltet (S. 319 ff.).

Hinsichtlich der von *Stahn* beschriebenen Funktionen des Prozesses erscheint es zunächst ungewiss, ob die Grenze zu einem nicht hinzunehmenden Schauprozess überhaupt, gar so sorglos, gezogen werden kann – insbesondere, wenn die aussagekräftigsten Fälle vor Gericht gelangen und so das Potential für eine Inszenierung besonders hoch ist. In Anbetracht der Rolle der Anklage als politischer Akteur stellt sich darüber hinaus nicht nur die grundsätzliche Frage, ob die enge Verbindung von Politik und Strafrecht wünschenswert sein kann. Vielmehr stellt sich ebenso die Frage nach den Folgen für das Kräfteverhältnis im Prozess, wenn durch die erheblichen kommunikativen Mittel der Anklage diese nicht nur die rechtliche Initiative, sondern auch die Federführung über die politische Deutung der Geschehnisse im Prozess

erhält. Die Problematik der engen Verbindung von Politik und Recht wird auch im Rahmen der narrativen Ordnungsfunktion des Richters im Prozess offenbar. Die Wirkung der Verbindung von juristischen Betrachtungen mit kommunikativen Narrativen zur Erzielung eines „buy in“-Effekts beim Normadressaten hinsichtlich der jeweiligen rechtlichen Betrachtung kann durch eine mögliche Orientierung an dem politisch passendsten Narrativ überschattet werden. Faktoren, die eine solche Entwicklung begünstigen können, sind dabei das „shaming“ und die Entmenschlichung des Angeklagten, welche kaum dazu geeignet sind, ein „buy in“ seitens der zu überzeugenden Adressaten zu bewirken. Eher werden sie ein bestimmtes Verständnis zu erzwingen suchen, indem sie eine entgegenstehende Auffassung als moralisch unzulässig erscheinen lassen. Verbunden mit dem zumeist erheblichen Unrechtsgehalt der Anklage und dem durch die fraglichen Narrative erhöhten sozialen Druck vermag die politische Betrachtung unweigerlich auch auf die juristische Bewertung des Falles einzuwirken. Zumal eine Orientierung an einem prozessual gerechten Prozess als Ziel der Prozessführung mit der Gefahr verbunden ist, dass sich die strafenden Akteure auf einem gut geführten Prozess ausruhen können, da die gewünschten kommunikativen Statements, Rituale und Ziele erreicht werden konnten. Die Verteidigung, die dem entgegenzutreten will, wird dabei jedoch nicht nur durch die hohe Stigmatisierung geschwächt, sondern soll ebenfalls dem Ziel der guten Prozessführung als kommunikatives Mittel unterordnen. Dem Angeklagten wird so die Möglichkeit genommen, sich mit allen Mitteln gegen die stigmatisierende und moralisierende Anklage zu verteidigen, die den Fokus weg von der rechtlichen Betrachtung der Taten zu rücken droht. Der Angeklagte wird damit vollends zum Instrument des Prozesses. Auch einem entsprechenden Einfluss auf die prozessuale Rechtsfortbildung kann die Verteidigung so wenig entgegensetzen.

## V. Wiedergutmachung

Im letzten Abschnitt widmet sich *Stahn* zunächst der Legitimation des Völkerstrafrechts. Sie wird durch die Selektivität und die mangelnde soziale Verankerung der Gerichte erschwert (S. 323). Der Expressivismus kann die Grenzen der bisher unvollkommenen Theorien aufgreifen und „digestible“ (S. 324) machen, indem er die Bestrafung der Täter nicht als Zweck an sich selbst („end in itself“ S. 324) der Strafliegitimation ansieht. So entsteht Raum für eine multidimensionale, nicht mehr nur täterzentrierte Sicht (S. 324). Der Expressivismus versteht die Bestrafung dabei nicht nur als das, was der Täter verdient hat, sondern stets auch als das, was als Reaktion der Gesellschaft auf den Normbruch notwendig ist (S. 332). Die Tat determiniert nicht nur die Notwendigkeit einer Reaktion, sondern auch deren Ausmaß bzw. die Strafe (S. 332). Diese muss jedoch stets der begangenen Tat entsprechen und den Grundsatz der Gleichbehandlung berücksichtigen (S. 332). Hinsichtlich der Prävention (S. 334 ff.) liefert der Expressivismus das fehlende Teil zum Verständnis der positiven Generalprävention in Form der Gerechtigkeit als Ritual (S. 339). Ebenso ermöglicht er den Eintritt eines Lerneffekts beim Adressaten (S. 343). *Stahn* nimmt jedoch

keinen direkten Einfluss der „norm expression“ oder des Verhängens von Strafen auf die Bildung von Vertrauen (S. 343) im Sinne der positiven Generalprävention an. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen indirekten und separierten Prozess. Hinsichtlich der „restorative justice“ (S. 344) kann das Strafen die Beziehung zu den Opfern korrigieren und eine Ebenbürtigkeit zwischen Opfer und Täter herstellen, während eine Botschaft über gemeinsame Moralvorstellungen gesendet werden kann (S. 344). Dabei ist auch das legitime Interesse der Opfer an der Bestrafung von Tätern zu berücksichtigen; Opfer sind symbolisch oder unmittelbar als Subjekte im Verfahren anzuerkennen (S. 344). Darüber hinaus soll sich die Strafzumessung nicht nur an der internationalen Gemeinschaft ausrichten, sondern auch die jeweils betroffene Gemeinschaft mit einbeziehen (S. 346). Ein befriedigendes Ergebnis kann dabei nicht nur durch eine strikt proportionale Strafe erreicht werden (S. 346), weil auch alternative Bestrafungen, etwa ohne Inhaftierung des Täters (S. 353 ff.), bereits von sich aus eine starke expressive Wirkung entfalten können (S. 345 f.). *Stahn* weist jedoch auf die Notwendigkeit der Wahl von Narrativen zur Bestimmung der verschiedenen Interessen in Fragen der Strafzumessung hin, da das Urteil letzten Endes die verschiedenen Narrative des Verbrechens zusammenführt (S. 347). Auch Reparationen können eine erhebliche expressivistische Wirkung als Ausgangspunkt für politisches und moralisches Engagement in der Zukunft entfalten (S. 360 f.). Dabei besitzen Strafe und Reparationen zwar größtenteils eine gemeinsame Legitimation (S. 361), unterscheiden sich jedoch darin, dass Reparationen dem Täter nicht nur Schaden zufügen, sondern auch seine soziale Stellung wiederherstellen sollen (S. 362). Nach *Stahn* haben die Opfer einen Anspruch auf Reparationen, nicht weil sie dieser bedürfen, sondern weil ihnen Unrecht widerfahren ist und der Täter eine direkte Verantwortung gegenüber den Opfern hat (S. 362). Reparationen müssen indes nicht rein monetärer Natur sein, sondern können auch die Form symbolischer Akte annehmen (S. 375 ff.) wie Entschuldigungen und Anerkennung der Opfer (S. 376 ff.), erinnerungsbezogene Maßnahmen (S. 378 ff.) oder bildungsorientierte Reparationen (S. 382 ff.).

Durch eine nicht täterzentrierte Legitimation des Völkerstrafrechts kommt erneut die Frage der Instrumentalisierung des Angeklagten auf. Sie wird durch die Einbeziehung der gesellschaftlichen Reaktion im Zuge der Strafbemessung besonders drängend, denn eine möglichst objektive Bewertung der Tat seitens des Gerichts ist durch die direkte Rückkopplung mit der konkreten sozialen Wirkung verstellt. Vielmehr wird die einzelne Tat einer allgemeinen, normativen Betrachtung entzogen. Dass dabei die gesellschaftliche Antwort stets der begangenen Tat entsprechen muss, vermag als Regulativ nicht zu überzeugen. Im Rahmen des Expressivismus bestimmt gerade die Bedeutung der Tat im sozialen Kontext als Angriff auf gemeinsame Werte den Stellenwert der Tat im Verhältnis zu anderen Taten. Auch der Verweis auf den Grundsatz der Gleichbehandlung läuft leer, wenn die Natur der Tat unmittelbar durch die Gesellschaft bestimmt wird und so auch die Vergleichbarkeit der gleich zu behandelnden Fälle von eben dieser abhängt. Sowohl die Bestim-

mung der Qualität der Tat als auch die Begrenzung der Strafe sind somit durch die Auffassung der Gesellschaft determiniert. Dass sich die Strafzumessung dabei nicht nur an der internationalen Gemeinschaft als einem zwar kaum zu definierenden, aber theoretisch relativ konstanten Bezugspunkt messen soll, verschärft dies noch zusätzlich. Neben der allgemeinen Frage nach der Legitimation des Völkerstrafrechts als Ganzes stellt sich darüber hinaus insbesondere bei einem expressivistischen Strafrecht die Frage nach der individuellen Legitimation der einzelnen Akteure, durch die mit dem Strafrecht verbundene Macht kommunikative Statements zu setzen, das Recht im Prozess eigenständig fortzubilden und auf die Gesellschaft mitunter auch politisch einzuwirken. Um hierauf angemessen eingehen zu können, bedarf es jedoch eines anderen Rahmens.

## VI. Fazit

Der hier vertretenen Kritik liegt die Annahme zugrunde, dass die Grundlage des Völkerstraf- und insbesondere -prozessrechts auf der Wahrung der Rechte des Täters und des Angeklagten beruhen muss, um einen legitimen Platz im rechtlichen Gefüge einnehmen zu können. Modelle wie der Expressivismus, welche eine solche Grundlage außerhalb dieses liberalen Konzepts suchen, erfreuen sich zwar vielfach eines nicht zu leugnenden Reizes als praxistaugliche Deutungsschemata der Vorgänge im Völkerstrafrecht und bieten die Möglichkeit, theoretische Probleme durch einen neuen Blickwinkel zu überwinden. Der Preis dafür ist aber, wie gezeigt, eine schwer akzeptable Relativierung der Rechtsstellung des Angeklagten. Das Völkerstrafrecht muss vielmehr seiner begrenzten Rolle als strafende Instanz gerecht werden. Dies schließt eine Verfolgung der Ziele des Expressivismus durch andere Institutionen und Kanäle jedoch nicht aus.

*Leon Möller, Berlin*

## B u c h r e z e n s i o n

**Martin Heuser**, Zur Positivität des Rechts in der kritischen Naturrechtslehre Immanuel Kants, Eine Studie zum metaphysischen Begriff des provisorisch-rechtlichen Besitzes, Duncker & Humblot, Berlin 2020, 706 S., € 139,90.

Vorweg eine Selbsteinschätzung: Ich bin weder ausgewiesener Rechtsphilosoph noch tiefster Kenner aller Schriften Kants, sondern ein einfacher und interessierter Leser. Ich will in dieser Rezension auch nicht die Arbeit bewerten, sondern meinen persönlichen Eindruck schildern – nicht mehr und nicht weniger.<sup>1</sup>

Wenn man das Werk von Heuser aufschlägt und bei seinem Vorwort zu lesen beginnt, wird man von einer im positiven Sinne bescheidenen Selbsteinschätzung empfangen: Auf Grund des Umfangs seines Werks und des doch speziellen Zuschnitts, sei nicht zu erwarten, dass es viele Leser haben werde, die sich durch das gesamte Werk von vorne bis hinten kämpfen. Gleichzeitig zeigt es aber auch, worauf es Verf. ankommt: auf eine möglichst vollständige Befassung seines Themas, um selbst Verständnis zu erlangen. Allerdings ist während der Lektüre auch sichtbar, dass Verf. keinen Mangel an wissenschaftlichem Selbstbewusstsein hat.<sup>2</sup> Der Zugang zu Kant dergestalt, dass Verf. sich von allen bisherigen Interpretationen und Interpretatoren frei machen möchte, mag letztere auch vor den Kopf stoßen. Gleichzeitig erlaubt das Werk aber gerade damit eine neue Diskussion über Kants Rechtslehre.<sup>3</sup>

Das Werk gliedert sich in acht Kapitel, wobei in den ersten vier Kapiteln eine „Grundlage einer Interpretation der Rechtslehre“ geschaffen werden soll, um in den weiteren Kapiteln eine „Interpretation der Rechtslehre“ vorzunehmen. Angehängt ist eine erfreulich knappe Zusammenfassung (S. 667–670) und ein umfangreiches Literaturverzeichnis (S. 671–693). Weil das Werk tatsächlich – insbesondere in Kapitel 7 (S. 197–618) – einem Handbuch nicht unähnlich ist, erfreut das Sachwortregister am Ende besonders denjenigen Leser, der mit dem Buch punktuell arbeiten möchte.

Verf. beginnt mit einer dichten Darstellung der Kantischen Grundlagen. Dabei geht er im 1. Kapitel zunächst auf das „Gesetzesbewusstsein als Factum und Freiheit als Tatsache des Bewusstseins“ ein. Nach Kant sei ein Bewusstsein zu fordern; ohne dieses funktioniere Freiheit nicht. Dass diese Prämisse heute nicht unumstritten ist, braucht keiner tieferen

Erläuterung;<sup>4</sup> für das Werk des Verf. ist die heutige Diskussion an dieser Stelle auch unnötig, was zur erfreulichen Folge hat, dass er hier keinen Exkurs einbaut. Er grenzt seine Auslegung argumentativ von der Auslegung Henrichs ab, der unter dem „Factum“ Faktizität verstehe, was nach Verf. zu einer Unverständlichkeit der Aussage Kants führte.<sup>5</sup> Dass er damit von der überwiegenden Meinung abweicht, macht Verf. sehr deutlich.<sup>6</sup>

Im 2. Kapitel setzt sich Verf. mit dem Kategorischen Imperativ auseinander. Er kommt dabei zu dem Schluss, dass nicht dieser der oberste Grundsatz der Moralphilosophie Kants sei, sondern das Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft (S. 31). Freiheitsbewusstsein sei demnach Voraussetzung für ein Sittengesetz. Das ist einleuchtend und lässt sich vielleicht auch mit einem biblischen Vergleich verdeutlichen: Der Sündenfall aus dem Paradies (Genesis, 3,1 ff.) führt beim Menschen zur Erkenntnis – was eben gerade das Freiheitsbewusstsein darstellt. Erst durch diese harte Erkenntnis, muss sich der Mensch positiv entscheiden, was und wie er Dinge tut. Die Goldene Regel (Matthäus, 7,12 und Lukas 6,31) geht genauso wie Kants allgemeiner kategorischer Imperativ davon aus, dass sich der Mensch frei entscheiden kann und erst in der Folge die weitere Grundregel beherzigen soll.<sup>7</sup> Ich tue Verf. aber an dieser Stelle sicher Unrecht, weil ich damit von der reinen Lehre Kants bereits abweiche und Interpretation über den Originaltext hinaus anstelle. Andererseits bleibt offen, warum dieses Freiheitsbewusstsein aus sich heraus entstehen soll. Denn die Freiheit oder Unfreiheit zeigt sich gerade dann, wenn sie durch andere Personen eingeschränkt werden könnte.<sup>8</sup> Und dieses „Zeigen“ oder „Gezeigt werden“ könnte man auch als Bewusstsein beschreiben. Nach Verf. ist der metaphysische Begriff aber gerade unprüfbare Voraussetzung (a priori).

Besitz im Sinne der Auslegung durch Verf. bei Kant könne nur durch den äußeren Staat entstehen. Gleichzeitig sei aber der öffentliche Staat eine Rückbindung für das Privatrecht. Beides sei denknotwendig vorausgesetzt: Staat und Privatrecht. Weil zunächst davon auszugehen sei, dass ursprünglich aller Bodenbesitz der gesamten Menschheit gehöre, müsse dieser Allgemeinwille im Staat Ausdruck finden.

<sup>4</sup> Siehe zur Diskussion über die Willensfreiheit nur Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 20 m.w.N.

<sup>5</sup> S. 26 f., mit Verweis unter anderem auf Henrich, in: Heinrich/Schulz/Volkmann-Schluck (Hrsg.), Die Gegenwart der Griechen im neueren Denken, Festschrift für Hans-Georg Gadamer zum 60. Geburtstag, 1960, S. 77, und ders., in: Schwan (Hrsg.), Denken im Schatten des Nihilismus, Festschrift für Wilhelm Weischedel, 1975, S. 55.

<sup>6</sup> Siehe auch die Hinweise von Geismann, Kant-Schriften 112 (2021), 484 (485) m.w.N.

<sup>7</sup> Siehe hierzu auch Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Berliner Ausgabe, 2. Aufl. 2013, S. 22 f. Vgl. aber auch Kühn, Kant, Eine Biographie, München 2004, S. 16 f., nach dem Kant privat atheistisch eingestellt gewesen sei.

<sup>8</sup> Siehe auch Schick, JRE 2020, 85 (95) m.w.N.

<sup>1</sup> Siehe aber die Rezensionen von Schick, Jahrbuch für Recht und Ethik 2020, 85, und Geismann, Kant-Studien 112 (2021), 484, die als Philosophen tatsächlich „vom Fach“ sind.

<sup>2</sup> Siehe beispielsweise der auf S. 276 anderen Interpretatoren vorgehaltene „Mangel an methodologischem Bewusstsein“.

<sup>3</sup> Siehe auch Schick, Jahrbuch für Recht und Ethik 2020, 85 (90, 114). Angekündigt hat diesen Bruch mit bisherigen Interpretationsansätzen Verf. bereits in seinem Aufsatz: Heuser, RphZ 2018, 240 (255).



Ohne diesen Staat wäre eine individuelle Besitznahme eine Verletzung der Autonomie aller. Die Wesentliche Erkenntnis seines Werks führt *Verf.* im 7. Kapitel aus. Insofern ist es auch kein Wunder, dass hier quantitativ etwa zwei Drittel des Werks umfasst sind. Hierbei geht er Schritt für Schritt von der zugrunde gelegten Freiheit jedes Menschen auf die weiteren Ebenen der Rechte ein. Er entwickelt dabei aus der Idee Kants eine eigene Interpretation, so dass hier ein handbuchartiges Kapitel zur Rechtslehre entstanden ist. Gleichwohl gibt *Verf.* zu bedenken, dass es der vorigen Erklärungen bedarf, da ohne sie man „in der nachfolgenden Interpretation darum auch nur das Zerr- oder Vixierbild des bisher landläufigen Verständnisses der Kantischen Rechtslehre zu finden“ glaube, weil dieses auf der Gleichsetzung von Begriff und Gegenstand beruhe (S. 197).

Anhand des Originaltextes von Kant erläutert *Verf.* die verschiedenen Konstellationen des Besitzes. Dass er dabei in seinen Fußnoten umfangreich auf die verschiedenen bereits erschienenen Interpretationen eingeht, braucht nicht besonders betont werden. Allerdings zeigt *Verf.* anhand seiner Belegdichte, dass er sich umfassend mit den abweichenden Stimmen beschäftigt hat. Gleichwohl wird er nicht müde zu betonen, dass strukturell vom reinen Begriff ausgegangen werden muss. Erst in der daraus folgenden Ableitung könne sich entwickeln, was vom Recht zum empirischen Besitz auszuführen und zu erkennen ist.<sup>9</sup>

Im 8. Kapitel führt *Verf.* seine Erkenntnisse aus dem vorhergegangenen Kapitel zusammen und möchte die Frage nach der Positivität des Rechts in der kritischen Naturrechtslehre Immanuel Kants beantworten. Daraus folgend geht er auch auf die Undenkbarkeit eines Widerstandsrechts gegen den Staat ein. Weil der Souverän das Gesetz bestimmte und dieses damit Allgemeinwille sei, ist ein Widerstand gegen den Staat als Essenz des Gesetzes nicht denkbar. Durch einen Widerstand werde vielmehr der anarchische Naturzustand hervorgerufen; ein Unrechtsstaat sei undenkbar („objektive Denkmöglichkeit“, S. 659) im Sinne Kants. Das ist im Ergebnis (für mich) schwer verständlich. Denn es kommt damit meines Erachtens zu dem Schluss, dass ein absoluter Rechtspositivismus aus den Gedanken Kants entspringe, der jedenfalls dann nicht widerspruchlos stehen bleiben kann.<sup>10</sup>

Die Zusammenfassung wiederholt nicht noch einmal Punkt für Punkt das im Hauptteil Ausgeführte. Das ist schon deshalb erfreulich, weil der Leser, der das gesamte Werk gelesen hat, eine wiederholende Zusammenfassung nicht benötigt, sondern vielmehr langweilig finden würde. Der punktuelle Leser hingegen kann mit dem Sachwortregister deutlich mehr anfangen und zur gewünschten Stelle im Werk springen. Daher begnügt sich *Verf.* mit einer inhaltlichen Zusammenfassung, um das Erarbeitete auf den Punkt zu bringen. Freilich wird eine einzelne Stelle des Werks für sich

genommen nur schwer verständlich bleiben, so dass der Leser sich von seinem gefundenen Schlagwort weiterarbeiten werden muss.

Als Fazit lässt sich sagen: *Verf.* sprengt den üblichen Rahmen einer Dissertation bei weitem.<sup>11</sup> Das tut er allerdings nicht nur mit Blick auf den Umfang, sondern auch inhaltlich. Mit Hilfe eines neuen Auslegungsansatzes schafft er (s)ein grundsätzliches Verständnis der kantischen Positivität des Rechts. Freiheit als Denkbeginn, den Staat als absolute Substanz des Rechts,<sup>12</sup> will er als Gegenmodell zu dem reinen Rechtspositivismus nach Kelsen und der Staatsvertragstheorie im Sinne Lockes aus seiner Erkenntnis der Rechtslehre Kants ziehen und darauf seine Konstruktion des Rechts aufbauen. Letztlich finden sich solche umfassenden Ansätze üblicherweise eher in einer Habilitationsschrift als – wie vom *Verf.* vorgelegt – in einer Dissertation.

Dass es anstrengend ist, das gesamte Werk zu lesen, liegt besonders an der grundsätzlichen Materie, die umfassend und interpretatorisch neu behandelt wird. Insofern ist die Anfangshypothese im Vorwort von *Verf.* eingetreten. Allerdings – das muss sich auch *Verf.* vorhalten lassen – hätten viele rechtsphilosophische Schriften sicher einen größeren Leserkreis, wenn man auf allzu komplizierte Sätze verzichtete. Kant selbst ist aus meiner heutigen Sicht sprachlich nicht besonders gewandt, sondern in seinen Schriften eher unverständlich.<sup>13</sup> Das sollten sich diejenigen, die mit seinem Werk beschäftigt sind, nicht zum Vorbild nehmen, sondern ganz bewusst einen sprachlich einfacheren Zugang nutzen. Denn die wirklich große Kunst ist es, schwierige Überlegungen einfach darzulegen, ohne oberflächlich zu werden.<sup>14</sup> Vielleicht bin ich aber auch nicht der bestgeeignete Leser solcher Schriften.

Strukturell hingegen ist das vorliegende Werk systematisch, und oberflächlich ist es an keiner Stelle.<sup>15</sup> *Verf.* baut einen Stein auf den anderen, so dass es am Ende zu einer in sich logischen Konsequenz kommt. Dass er zudem auch die anders an die Materie herangehenden Autoren sehr umfangreich in seinen Fußnotenapparat eingepflegt hat, zeigt eine

<sup>11</sup> So beispielsweise aber aus dem Strafrecht auch *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, oder *Gaede*, Fairness als Teilhabe, Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007. Beide Dissertationsschriften sind ebenfalls äußerst umfangreich und gleichzeitig so detailliert, dass sie (auch) als grundlegendes Handbuch genutzt werden können.

<sup>12</sup> Kritisch dazu *Schick*, JRE 2020, 85 (92, 97) m.w.N.

<sup>13</sup> Anders *Geismann*, Kant-Schriften 112 (2021), 484 (492), der – jedenfalls im Vergleich zu *Heusers* Arbeit – eine „geistige Erholung“ durch Kants Originaltext sieht.

<sup>14</sup> Siehe auch grundlegend *Walter*, Kleine Stilkunde, 3. Aufl. 2017, passim.

<sup>15</sup> Anders sieht dies *Geismann*, Kant-Schriften 112 (2021), 484 (492), der dem *Verf.* „Begriffsgelapper“ an vielen Stellen vorwirft. Gleichzeitig erkennt aber auch er an, dass *Verf.* mit „immensem Fleiß und einer beeindruckenden Menge und Vielfalt berücksichtigter Sekundärliteratur“ (485) gearbeitet habe.

<sup>9</sup> So auch schon *Heuser*, RphZ 2018, 240 (246).

<sup>10</sup> Daher auch der von *Verf.* zitierte *Kühl*, ARSP-Beiheft 37 (1990), 75 (92 f.), der dem grundsätzlichen Vorrang des positiven Rechts dann ein Widerstandsrecht entgegengesetzt sehen will, wenn es sich beim positiv gesetzten Recht um „grob ungerechte Gesetze“ handle.

---

besondere Akribie bei der Erarbeitung des Stoffes. Entsprechend ausführlich ist damit auch das Literaturverzeichnis. Dass *Verf.* in allen seinen Ansichten weitgehend gegen die bisherigen Interpretationen und Fortentwicklungen der Lehre Kants argumentiert, macht seine Erkenntnisse interessant. Ob sie tatsächlich überzeugen, bleibt dem jeweiligen Leser überlassen.<sup>16</sup> Das Werk ist für alle geeignet – als Alternativansatz und als Handbuch –, die sich mit der Rechtslehre Kants grundsätzlich auseinandersetzen wollen oder müssen. Es ist *Verf.* zu wünschen, dass es unter den Kantianern (und auch anderen Rechtsphilosophen) als bedenkenswerter<sup>17</sup> Beitrag ankommt und rege diskutiert wird.

*Dr. Wolfgang Staudinger, Weißenburg*

---

<sup>16</sup> Nicht überzeugt ist beispielsweise *Schick*, JRE 2020, 85 m.w.N., der allerdings selbst – trotz seines Aufsatztitels – nicht davon ausgeht, den wirklich „wahren Begriff“ gefunden zu haben. Weitergehend *Geismann*, Kant-Schriften 112 (2021), 484 (492), der meint, dass *Verf.* mit seiner Untersuchung „im Ergebnis auf einen kruden Rechtspositivismus“ hinauslaufe und schon von Anfang an irrigen Annahmen folgend zu „schwerwiegende[n] Fehlern“ (485) komme.

<sup>17</sup> So auch *Schick*, JRE 2020, 85 (114).