

Die Europäisierung des Versuchs und Rücktritts im Wirtschaftsstrafrecht

Eine Untersuchung zu Art. 11bis Corpus Juris 2000

Von Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf

I. Einleitung: Das Corpus Juris Projekt

Die europäischen Vereinheitlichungsbestrebungen des bislang überwiegend national ausgerichteten Strafrechts sind in vollem Gange. Auch wenn die „Europäisierung“ des Strafrechts erst spät in das Blickfeld der deutschen Strafrechtslehre geraten ist, befinden sich die europäischen Einigungsbestrebungen auch in diesem Bereich mittlerweile in einem fortgeschrittenen Prozess, der sich als „unumkehrbar“ bezeichnen lässt.¹ Zwar existiert bislang und wohl auch in naher Zukunft kein „echtes“ europäisches Kriminalstrafrecht, zweifellos wirkt das europäische Recht aber auf das nationale Strafrecht ein.² Harmonisierungsmöglichkeiten bestehen im Vertragsgerüst der EG/EU im Rahmen der sog. ersten³ und – gegenwärtig wichtiger – der dritten Säule (Art. 29 ff. EUV). Bezüglich letzterer kann der Rat auf Initiative eines Mitgliedsstaates oder der Kommission einstimmig Rahmenbeschlüsse – die Richtliniencharakter haben – zur Angleichung des mitgliedstaatlichen Strafrechts annehmen (Art. 29 Abs. 2, Art. 31 lit. e EUV i.V.m. Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV). Eine besondere Rolle spielt dabei die Harmonisierung des Wirtschaftsstrafrechts. Als ein Beispiel lässt sich der Rahmenbeschluss des Rates über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten nennen.⁴ Die Signifikanz, die der Europäisierung des Wirtschaftsstrafrechts zukommt, zeigt sich darüber hinaus in dem Richtlinienvorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft aus dem Jahr 2001.⁵ Gestützt auf Art. 280 Abs. 4 EGV wurden harmonisierte Straftatbestände u.a. zu Betrug, Geldwäsche und

Bestechung/Bestechlichkeit unterbreitet. Mit dem Gesetz zu dem Übereinkommen des Rates der EU vom 26. Mai 1997 über die Bekämpfung der Bestechung aus dem Jahr 2002 wurde der strafrechtliche Schutz sogar auf Bestechungshandlungen gegenüber Gemeinschaftsbeamten und Beamten anderer Mitgliedstaaten ausgeweitet, die nicht im Zusammenhang mit der Schädigung von EG-Finanzinteressen stehen, um so die grenzüberschreitende Korruption zu bekämpfen.⁶

Die Harmonisierung von Rechtsinstituten des Allgemeinen Teils spielt demgegenüber eine nur untergeordnete Rolle. In dem Richtlinienentwurf von 2001 wird die Ausdehnung der Strafbarkeit auf den Versuch empfohlen, gleichwohl finden sich insoweit keine weiteren Konkretisierungen. Es ist jedoch evident, dass die Harmonisierung der Straftatbestände des Besonderen Teils nicht wieder dadurch konterkariert werden darf, dass bei Anwendung durch die nationalen Instanzen divergierende allgemeine Regelungen zu einer uneinheitlichen Lösung gleich gelagerter Fälle führen.⁷ Dies gilt insbesondere für die Versuchskonzeption, die die Mindestschwelle strafrechtlicher Relevanz kennzeichnet und damit als ein für die Struktur des Haftungssystems zentrales Rechtsinstitut anzusehen ist.⁸

Ein wegweisender und über die allgemeinen Harmonisierungsbestrebungen bereits hinausgehender Schritt ist in der Vorlage eines bislang unverbindlichen sog. „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“ zu sehen. Der CJ weist im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts auf die Schaffung eines vereinheitlichenden, sektoralen Strafjustizgesetzes hin. Nach Erarbeitung eines ersten Entwurfs im Jahr 1997, der seit 1998 auch in deutscher Sprache vorliegt, wurde im Jahr 2000 eine überarbeitete zweite Fassung entworfen, die auch als „Florenz-Entwurf“ bezeichnet wird. Die Arbeit, die durch das Europäische Parlament in Auftrag gegeben wurde, war durch die Kritik am Status quo europäischer Rechtstechniken motiviert worden. Die Entwürfe, an denen das Europäische Parlament, die Europäische Kommission, die Vereinigung für Europäisches Strafrecht sowie eine Arbeitsgruppe europäischer Strafrechtswissenschaftler unter der Leitung von *Delmas-Marty* mitgewirkt haben, sind das Ergebnis einer umfangreich angelegten komparativen Studie.⁹ Das Regelwerk

¹ *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255 (256); *Jung*, ZStW 116 (2004), 475; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957 (963).

² *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, S. 80 ff.; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255 (256).

³ Vgl. z.B. die Richtlinie zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte (RL des Rates 89/592/EWG v. 13.11.1989, ABl. 1989 Nr. L 334 v. 18.11.1989) – die über das 2. Finanzförderungsgesetz von 1994 zur Implementierung des § 38 WpHG führte – sowie die Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (RL des Rates 91/308/EWG v. 10.6.1991, ABl. 1991, Nr. L 166 v. 28.6.1991, S. 77 ff.), durch die über das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität von 1992 der Tatbestand des § 261 StGB geschaffen wurde; vgl. dazu näher *Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 2. Aufl. 2004, Kap. 2/Rn. 94 ff.; *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004, Rn. 28.

⁴ (2001/500/JI), vgl. *Dannecker* (Fn. 3), Kap. 2/Rn. 53.

⁵ KOM/2001/0272 endg., Abl. 2001, Nr. C 240 E v. 28.8.2001, S. 125 ff.; KOM/2002/0577 endg.

⁶ BGBl. 2002 II 2727 ff. Näher dazu *Dannecker* (Fn. 3), Kap. 2/50.

⁷ *Sieber*, in: *Huber* (Hrsg.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000, S. 331 (338).

⁸ *Cancio Meliá*, in: *Tiedemann* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik*, Freiburg-Symposium, 2002, S. 169 (170, 180); *Schubert*, *Der Versuch – Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung*, 2005, S. 34.

⁹ *Sieber*, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interes-*

des Corpus Juris enthält einen Besonderen Teil (Art. 1-8), einen systematisch nachfolgenden Allgemeinen Teil (Art. 9-17) und einen strafprozessualen Teil (Art. 18 ff.), der sich vor allem durch die Etablierungsidee einer Europäischen Staatsanwaltschaft auszeichnet (Art. 18-24). Die acht Straftatbestände des Besonderen Teils sollen dem Schutz des Gemeinschaftsvermögens dienen und umfassen den Betrug zum Nachteil des Gemeinschaftshaushalts, den Submissionsbetrug, Missbrauch von Amtsbefugnissen, Bestechlichkeit und Bestechung, Amtspflichtverletzung, Verletzung von Dienstgeheimnissen, Geldwäsche, Hehlerei sowie die Bildung einer kriminellen Vereinigung. Auch wenn der Entwurf zunächst nicht das Ziel hat, ein Modell zu erarbeiten, welches für sämtliche Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten Gültigkeit beanspruchen will, sondern zunächst nur einen wirtschaftsstrafrechtlichen Teil bereichsspezifisch regelt, enthält die jüngste Fassung einen ausführlichen Katalog zum Allgemeinen Teil, der neben Regelungen zu Schuld und Irrtum, Täterschaft und Teilnahme einschließlich der Strafbarkeit von Unternehmensleitern, nunmehr auch eine differenzierte Regelung zu Versuch und Rücktritt enthält. Den Vorschriften wird daher zu Recht als „trojanisches Pferd“¹⁰ oder „*embryon d'espace judiciaire européen*“¹¹ Modellcharakter zugeschrieben, die einen Ansatz für die Entwicklung eines „echten europäischen (supranationalen) Strafrechts“ ermöglichen können.¹²

Auch wenn nach überwiegender Auffassung fraglich ist, ob für die Umsetzung des CJ, der unmittelbar geltendes Europa-Strafrecht schaffen würde, im geltenden Vertragssystem überhaupt eine Rechtsgrundlage existiert¹³, nimmt der Entwurf bereits erheblichen Einfluss auf die Gesetzgebung auf europäischer Ebene und gilt als Maßstab und Vorbild für die Ausarbeitung von Rechtsakten, insbesondere bezüglich der dritten Säule (Art. 29 ff. EGV)¹⁴. Modellcharakter hat er für das „Grünbuch der Kommission zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft“.¹⁵ Ausdrücklich wird dort u.a. auch auf

die Versuchsregelung des CJ verwiesen. Angesichts dieser Praxis ist die Prognose *Weigends* wohl zutreffend, dass der europäische Rahmengesetzgeber seine Ermächtigung in Art. III-172 Abs. 1 VE¹⁶, Mindestvorschriften „zur Festlegung von Straftaten und Strafen“ zu schaffen, extensiv auslegen wird und zumindest sektoral die zeitliche (Versuch und Vorbereitung) und personale (Mittäterschaft, Teilnahme) Erstreckung vorgeben wird¹⁷, sofern der Verfassungsentwurf jemals in Kraft treten sollte.

II. Das Fehlen einer Versuchsregelung in der ersten Fassung des CJ 1997

Entwicklungshistorisch signifikant ist, dass der CJ in seinem ersten Entwurf aus dem Jahr 1997 keine Versuchs- und Rücktrittsregelung enthielt. Die Lücke ist zwar mittlerweile geschlossen, gleichwohl herrscht in der Literatur ein ungebrochener Streit, ob die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in den CJ zu befürworten ist. *Paliero* beispielsweise hält eine Versuchsregelung in diesem Kontext für „überflüssig, ja sogar fremdartig“. Er argumentiert mit dem Regelungsgehalt des Kodex, der auf das Wirtschaftsstrafrecht bezogen in seinem Besonderen Teil bereichsspezifisch begrenzte materiellrechtliche Tatbestände enthält. Der praktische Anwendungsbereich des Versuchs sei durch die Fassung abstrakter Gefährdungsdelikte und die zunehmende Ersetzung des Topos der „Gefahr“ durch den Risikobegriff stark verengt.¹⁸

Die Schaffung supranationalen Strafrechts ohne eine Einbeziehung der Versuchskonzeption, die in sämtlichen europäischen Rechtsordnungen anerkannt ist,¹⁹ wird von den Mitgliedsländern sicherlich nicht akzeptiert werden, wie sich bereits aus mehreren Stellungnahmen entnehmen lässt.²⁰ *Tiedemann* beispielsweise verweist auf das im CJ selbst verankerte Gesetzlichkeitsprinzip, welches eine ausdrückliche Anordnung der Versuchsstrafbarkeit postuliere. Ebenso verlange das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Vorverlegung der Strafbarkeit durch abstrakte Gefährdungsdelikte obligatorisch die Möglichkeit eines Rücktritts.²¹ Für eine Implementierung einer Versuchsregelung auf europäischer Ebene spricht auch, dass es wenig konsequent ist, auf der einen Seite vorversuchsrechtliche Verhaltensweisen wie die „kri-

sen der Europäischen Union, 1998, S. 2 (3); *Otto*, Jura 2000, 98 (99); *Wattenberg*, StV 2000, 95.

¹⁰ Zit. bei *Sieber* (Fn. 9), S. 2 (9).

¹¹ *Sicurella*, Recueil Dalloz, 1998, 223 (224).

¹² So *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 87; *Wattenberg*, StV 2000, 95.

¹³ Str.: dagegen das überwiegende deutsche Schrifttum, z.B. *Braun*, JZ 2000, 493 (498): „(...) in der vorliegenden Form juristisch nicht machbar“; *Weigend*, StV 2001, 63 (66); a.A., die für eine Verankerung in Art. 280 EGV plädiert: *Bacigalupo*, in: *Delmas-Marty/Vervaele* (Hrsg.), The implementation of the Corpus Juris in the Member States, Bd. 1, 2000, S. 371 ff.; *Spinellis*, ebd., S. 383 ff.; hält eine Implementierung im Rahmen der Dritten Säule für möglich. Offen gelassen von den Verfassern des CJ: *Spencer*, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 1999, 356 (366).

¹⁴ *Satzger*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 280 Rn. 26.

¹⁵ Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaf-

fung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12. 2001 (KOM [2001], 715, S. 36, 44 Fn. 96); abrufbar über das Internet: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001_0715de01.pdf (Stand September 2006).

¹⁶ Entwurf eines Vertrages für eine Verfassung für Europa.

¹⁷ *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275 (287).

¹⁸ *Paliero*, ZStW 110 (1998), 417 (420 ff., 425).

¹⁹ Vgl. dazu näher *Brockhaus*, Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich. Unter Einbeziehung der aktuellen Entwicklungen zur „Europäisierung“ des Strafrechts, 2006, insbes. S. 447; *Schubert* (Fn. 8), insbes. S. 60 ff.

²⁰ Vgl. dazu z.B. *Delmas-Marty*, in: dies./Vervaele (Fn. 13), S. 3 (73); *dies.*, Common Market Law Review 2000, 247 (254).

²¹ *Tiedemann*, in: *Huber* (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts, 2000, S. 61 (62).

minelle Vereinigung“ (Art. 8 CJ 1997) unter Strafe zu stellen, andererseits beim Versuch auf eine Strafandrohung komplett zu verzichten.²² Versuchskonstellationen in dem betreffenden Bereich sind durchaus denkbar.²³ Zugunsten einer Normierung des Versuchs spricht auch, dass der CJ im Kern bereits Ansätze zu einer Überwindung des wirtschaftsstrafrechtlich sektoralen Charakters der Harmonisierung beinhaltet.²⁴ Es wäre daher gänzlich unverständlich, wenn auf eine Einbeziehung der Rechtsinstitute des Versuchs und des Rücktritts verzichtet werden sollte, im Übrigen aber fast sämtliche Figuren des Allgemeinen Teils einbezogen werden.²⁵

III. Die Versuchsregelung in Art. 11bis CJ 2000

Die zweite Fassung des Corpus Juris (CJ 2000, Florenz-Entwurf²⁶) geht auf diese Kritik ein und inkorporiert in Art. 11bis CJ 2000 eine detaillierte Regelung zum Versuch und Rücktritt vom Versuch. Der Vorschlag lautet in der deutschen Übersetzung wie folgt:

„1. Der Versuch der in den Artikeln 1 bis 3 und 5 bis 8 genannten Taten ist ebenso strafbar wie die Beteiligung an dem Versuch. Die für den Versuch verhängte Strafe ist auf drei Viertel der Strafe zu mildern, die für das vollendete Delikt angedroht ist (Artikel 14).

2. Eines Versuches ist schuldig, wer den Vorsatz hat, eine der in den Artikeln 1 bis 3 und 5 bis 8 genannten Taten zu begehen, und mit diesem Vorsatz eine Handlung vornimmt, die den Beginn der Tatausführung bedeutet.

3. Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer von der Durchführung des Delikts freiwillig zurücktritt oder sie freiwillig verhindert. Wenn die Tat nicht aus anderen Gründen durchgeführt wird, genügt es zur Straflosigkeit, dass sich eine Person freiwillig und ernsthaft bemüht, von der Durchführung zurückzutreten oder sie zu verhindern.“

1. Die Voraussetzungen der Versuchsstrafbarkeit

a) Subjektiver Tatbestand

Im Gegensatz zu § 22 StGB enthält die supranationale Regelung in Art. 11bis Abs. 2, 2. Hs. CJ einen ausdrücklichen Hinweis auf den subjektiven Versuchstatbestand, mit dem Postulat eines vorsätzlichen Handelns. Durch die Bezugnahme auf den Begriff des „Vorsatzes“ wird zugleich verdeutlicht, dass der subjektive Tatbestand inhaltlich vollkommen identisch ist mit dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts.²⁷ Einen rein fahrlässigen Versuch gibt es nicht.

Weiterer Klärung bedarf dann die Frage, wie der Vorsatzbegriff im europäischen Kontext inhaltlich auszufüllen ist. Ohne an dieser Stelle vertieft auf die Einzelheiten einzugehen, scheint europaweit zumindest geklärt, dass er sich aus einer kognitiven (intellektuellen) und voluntativen (volitiven) Komponente zusammensetzt und neben dem „absichtlichen“ Handeln auch der *dolus directus* 2. Grades als eine Vorsatzform anerkannt wird.²⁸ Nicht geklärt ist dagegen, ob der *dolus eventualis* dem Vorsatzbegriff unterfällt, was beispielsweise in der französischen Strafrechtsdogmatik negiert wird.²⁹ Da auch die englische Versuchsregelung in sec. 1 Criminal Attempts Act 1981 (CAA) die Formulierung *intent* verwendet, ist zumindest davon auszugehen, dass die englische Verschuldensform der *recklessness* – die nach deutschem Verständnis weder eindeutig dem *dolus eventualis* noch der bewussten Fahrlässigkeit zuzuordnen ist – auf Versuchsebene keine Berücksichtigung finden kann. Abschließend lässt sich aus dem Wortlaut herleiten, dass sich der Vorsatz auf sämtliche objektiven Tatmerkmale („Taten“) zu beziehen hat.

b) Objektiver Tatbestand: Die „Beginn-Formel“ nach französischem Vorbild

Art. 11bis Abs. 2 CJ nennt als das für den Versuchsbeginn maßgebliche objektive Kriterium den „Beginn der Tatausführung“. Terminologisch wird damit auf die Begrifflichkeit der französischen Versuchsvorschrift (Art. 121-5 NCP) Bezug genommen, die dort seit dem Code pénal 1810 traditionell Verwendung findet und Vorbildcharakter für die deutsche Partikulargesetzgebung (z.B. § 31 preuß. StGB 1851), § 43 StGB a.F., Art. 51 belgisches/luxemburgisches StGB, Art. 45 niederländisches StGB sowie Art. 16 spanischer CP hatte. Das Konzept des Ausführungsbeginns wird im Bericht von *Delmas-Marty* als die konsensfähigste Lösung bezeichnet. Die Autorin sieht in ihr entsprechend der französischen Dogmatik eine Verkörperung einer gemischt individuell-objektiven Versuchskonzeption, die sie trotz gesetzlich abweichender Terminologie in den europäischen Rechtsordnungen als mehrheitlich tragfähig ansieht.³⁰

Die Richtigkeit dieser Aussage wird durch die klarstellende, versubjektivierte supranationale Fassung unterstrichen. Anders als in den genannten romanischen Vorschriften enthält die einschlägige Vorschrift eine Doppelung des Vorsatzmerkmals, welches durch die subjektive Konkretisierung der „Beginn-Formel“ damit auch auf der objektiven Ebene Geltung erlangt. In der Formulierung „(...) und mit diesem Vorsatz eine Handlung vornimmt, die den „Beginn der Tatausführung“ bedeutet“ (Art. 11bis Abs. 2, 3. Hs. CJ), kommt

http://www.juridicum.at/component/option,com_document/task,doc_download/gid,503/Itemid,91/ (Stand September 2006).

²⁸ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 761 (dort Fn. 29).

²⁹ Vgl. dazu näher *Brockhaus* (Fn. 19), S. 38 f.

³⁰ *Delmas-Marty*, in: dies./Vervaele (Fn. 13), S. 3 (73); so auch *Pradel*, Dr. pén. comparé, 2. Aufl. 2002, Rn. 188. Vgl. dazu vertiefend *Brockhaus* (Fn. 19), S. 45 ff.; 149, 212 ff., 318 ff., 421 ff., 453 ff.

²² *Vogel*, in: *Delmas-Marty/Vervaele* (Fn. 13), S. 249 (271).

²³ *Vogel*, a.a.O.

²⁴ *Tiedemann*, GA 1998, 107 (108); vgl. dazu auch *Schubert* (Fn. 8), S. 224.

²⁵ *Cancio Meliá*, in: Freiburg-Symposium (Fn. 8), S. 169 (171).

²⁶ Die zweite Fassung entstand am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, die als Abschlussbericht dem Europäischen Parlament am 30.9.1999 vorgelegt wurde. Vgl. dazu *Braum*, JZ 2000 493 (495).

²⁷ So auch *Langmeier*, Die Bestimmungen des Corpus Juris (Art. 9-11 CJ), S. 18, abrufbar im Internet über

zum Ausdruck, dass die Versuchsgrenze nicht ohne den konkreten Vorstellungsinhalt („konkreter Tatvorsatz“) des Täters bestimmt werden kann. Die „Beginn-Formel“, die dem Wortlaut nach grundsätzlich eine Deutung i.S. einer formalobjektiven Auslegung offen lässt, ist damit um ein subjektives Merkmal erweitert und entspricht trotz abweichender Terminologie in der Sache dem deutschen Lösungsmodell in § 22 StGB, in dem die Tätervorstellung als individuelle Komponente der Ansatzformel in die Begriffsbestimmung des Versuchs mit aufgenommen worden ist.

Die supranationale Versuchskonzeption ist dennoch zu kritisieren. Es ist zwar richtig, dass für das Überschreiten der Strafbarkeitsschwelle vorrangig auf die subjektive Vorstellung des Täters vom Gesamtablauf der Tat abzustellen ist. Gleichwohl ist diese nicht identisch mit dem konkreten Tatvorsatz, sondern lässt sich vielmehr als eine „Ablaufvorstellung“ über die genaue Art und Weise der Verwirklichung des Vorsatzes beschreiben. Der Vorstellungsinhalt enthält häufig Einzelheiten, die nicht zum notwendigen Inhalt des Tatvorsatzes i.S.d. Wissens und Willens zählen.³¹ Der Begriff des (konkreten) Vorsatzes sollte daher entsprechend der deutschen Terminologie durch den der „Tätervorstellung“ ersetzt werden. Ferner kommt das Erfordernis einer Handlungsmittelbarkeit in der „Beginn-Formel“ nicht hinreichend klar zum Ausdruck.

Vogel umgeht in seinem Alternativvorschlag („*amended revision of article 9-17 CJ*“) die genannten Schwierigkeiten und schlägt eine Regelung vor, die er als eine „deutsch-englische Kombinationslösung“ bezeichnet. Entsprechend soll die Bestimmung des Versuchsbeginns danach bemessen werden, ob sie nach dem Täterplan bzw. der Tätervorstellung „mehr als vorbereitend“ ist.³² Im Ergebnis ist aber auch dieses Modell abzulehnen, denn diese nicht mehr als tautologische Formel muss sich zur Grenzziehung als gänzlich untauglich erweisen.

c) Strafbare Vorbereitungshandlungen: Die Pönalisierung der kriminellen Vereinigung in Art. 4 CJ

Die in dem Begriff des „Beginns der Tatausführung“ unmittelbar zum Ausdruck kommende Trennungslinie zwischen strafrechtlich irrelevanten Vorbereitungshandlungen und dem strafbaren Versuch transportiert das europaweit akzeptierte Prinzip der Straflosigkeit von Vorbereitungshandlungen auch auf supranationale Ebene. Dieser Grundsatz ist im CJ gleichwohl pervertiert. Die wirtschaftsstrafrechtlichen Deliktstatbestände in Art. 1-8 CJ stellen im Wesentlichen pönalisierte Vorbereitungshandlungen dar.³³ Eine Extension des Strafbar-

keitsbereichs auf den Versuch wird aber dadurch ermöglicht, dass diese in selbstständig vertypen Tatbeständen erfasst sind, deren Begehung stets eine vollendete Tat ist.³⁴ Eine Limitierungsfunktion dieser extremen Subjektivierung kommt allein Art.11bis Abs. 1, S. 1 CJ zu, der die „kriminelle Vereinigung“ von der Versuchspönalisierung ausnimmt. Nach Meinung von *Delmas-Marty* ist diese Exemption zu begrüßen, da die Rechtsfigur der *conspiracy* mit dem Versuch eng verwandt sei.³⁵

Art. 4 CJ sieht eine Bestrafung des Täters vor, der sich an einer kriminellen Vereinigung zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union beteiligt. Im Gegensatz zu § 30 Abs. 2 StGB existiert keine Regelung, die im Allgemeinen Teil die bloß einmalige Verabredung zu sämtlichen aufgeführten Delikten pönalisiert, der Tatbestand der „kriminellen Vereinigung“ ist strukturell im Besonderen Teil des Entwurfs verortet. Die neu konzipierte Regelung in Art. 4 CJ stellt eine Fortentwicklung und gleichzeitig wesentliche Verbesserung der Vorgängerregelung zu Art. 8 CJ 1997 dar. In der Ursprungsfassung war als Tatbestandsmerkmal lediglich eine „die Tatausführung ermöglichende kriminelle Organisationsstruktur“ vorgesehen. Als ausreichend wurde überdies die Verbindung von lediglich zwei Personen erachtet. Die Voraussetzungen wurden jedoch als zu gering angesehen, da als „geeignete Organisationsstruktur“ zur Begehung von Straftaten nach Art. 1 bis 7 CJ 1997 bereits die Mittäterschaft oder zumindest die Bande angesehen werden konnte, die keine festen Organisationsstrukturen zu besitzen brauchte.³⁶ Die Kritik hat dazu geführt, dass nunmehr eine Mitgliederzahl von mindestens drei Personen und zudem eine „*stable and operational organisation*“, also eine gefestigte Organisationsstruktur mit einem kriminellen Programm vorauszusetzen ist. Art. 4 CJ ist in seiner Grundstruktur damit im Wesentlichen mit § 129 StGB vergleichbar.³⁷

d) Die Untauglichkeit

Die in den europäischen Rechtsordnungen durchaus unterschiedlich bewertete Streitfrage³⁸, ob der untaugliche Versuch zu bestrafen ist, findet in Art. 11bis CJ keine positivrechtliche eindeutige Klarstellung, wie dies z.B. in den englischen Versuchsvorschriften in sec. 1 (2) / (3) CAA geschehen ist.

An der Pönalisierung dieser Rechtsfigur ist aber nicht zu zweifeln.³⁹ Die Tatsache, dass die Entwurfsverfasser eine

³¹ *Hillenkamp*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 689 (703).

³² *Vogel*, in: *Delmas-Marty/Vervaele* (Fn. 13), S. 249 (272): „A person is guilty of attempt if he, with intent to commit an offence [...], does an act which is, according to this plans and notions, more than preparatory to the commission of the offence“.

³³ *Vogel*, in: *Delmas-Marty/Vervaele* (Fn. 13), S. 249 (272); *Wattenberg*, StV 2000, 95 (98).

³⁴ *Vogel*, a.a.O.

³⁵ *Delmas-Marty*, in: *dies./Vervaele* (Fn. 13), S. 3 (73).

³⁶ *Otto*, Jura 2000, 98 (103 f.).

³⁷ *Fornasari*, La disciplina del tentativo nel Corpus Juris, *Diritto penale XXI secolo*, 2002, S. 283 (289).

³⁸ Vgl. dazu näher *Brockhaus* (Fn. 19), insbes. 469 ff.; auch: *Schubert* (Fn. 8), S. 147 ff., 268 ff., 283 ff.

³⁹ Vgl. auch *Cancio Meliá*, in: *Waßmer*, JZ 1999, 1099 (1100), der eine Bestrafung des untauglichen Versuchs im europäischen Kontext für grundsätzlich möglich hält; a.A. *Schubert* (Fn. 8), S. 222, die aus dem Fehlen des Kriteriums der Tätervorstellung schließen will, dass der untaugliche Versuch straflos sein soll.

Grundentscheidung zugunsten der subjektiven Theorie getroffen haben, lässt sich implizit aus dem Wortlaut in Art. 11bis Abs. 2, 3. Hs. CJ herleiten. Die „Verdoppelung“ des Vorsatzelements hat – wie eben erörtert – zur Folge, dass im Rahmen der objektiven Tatseite auf die Sicht des Täters abzustellen ist, mithin die Tätervorstellung zur Beurteilungsgrundlage einer Handlungsunmittelbarkeit erhoben wird. Zwar findet der Terminus „Tätervorstellung“, der in Erfüllung einer zweiten Funktion gleichfalls einen Rückschluss auf die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zulässt⁴⁰, im Gegensatz zur deutschen Versuchsregelung (§ 22 StGB) ja wie bereits erörtert keine Verwendung. Dennoch wird mit dem „zweiten“ Vorsatzelement als konkretem Tatvorsatz in der Sache nichts anderes ausgedrückt. Die Tatvorstellung ist nämlich zweifellos im Wissenselement des Vorsatzes enthalten.⁴¹ Damit wird die „Tauglichkeitsvorstellung“ in dem europäischen Lösungsmodell in den objektiven Tatbestand integriert.

Der Alternativvorschlag von *Vogel* weist dieselbe subjektive Grundlinie auf. Die Bestrafung des untauglichen Versuchs ergibt sich bereits aus dem Abstellen auf die Tätervorstellung (*according to his plans and notions*). In einem Ergänzungssatz stellt er überdies klar, dass die Versuchstauglichkeit nicht als ein begriffsimmanentes Merkmal des Versuchs anzusehen ist.⁴²

Im Ergebnis lässt sich aus beiden Vorschlägen entnehmen, dass die prinzipielle Strafbarkeit des untauglichen Versuchs europaweit als konsensfähig anzusehen ist. Angesichts des Fehlens einer dem § 23 Abs. 3 StGB vergleichbaren Regelung bleibt aber offen, ob der „grob unverständige“ Versuch ebenfalls zu bestrafen ist. Der klar subjektive Grundtenor des Art. 11bis CJ lässt jedoch die Vermutung zu, dass auch diese Fallkonstellationen als grundsätzlich strafbar anzusehen sind. Ob hierunter gleichsam der „abergläubische Versuch“ zu subsumieren ist, bedarf der weiteren Klärung, ob und inwieweit subjektive Versuchssysteme in Europa dieses Institut überhaupt als strafwürdig anerkennen.⁴³

e) Strafbarkeit und Strafmaß

Eine demgegenüber objektive Akzentuierung tritt bezüglich der Frage der Strafhöhe des Versuchs zum Vorschein. Art. 11bis Abs. 1 S. 2 CJ – wie im Übrigen auch der Vorschlag von *Vogel* – folgt nicht dem Prinzip der Gleichbestrafung, sondern beschränkt die Höchststrafe obligatorisch („ist zu mildern“) auf maximal drei Viertel der Vollendungsstrafe nach Maßgabe von Art. 14 CJ. Hierzu findet sich der Hinweis, dass die moralische Verwerflichkeit und Vorwerfbar-

keit des Versuchs der Vollendung nicht nachstehe, gleichwohl eine Herabsetzung der Strafe juristisch geboten sei.⁴⁴

Art. 11bis Abs. 1 S. 1 CJ statuiert die generelle Versuchsstrafbarkeit für alle in Art. 1 bis 3 und 5 bis 8 genannten Taten, was angesichts der strafrechtlichen Vorverlagerung der einschlägigen Delikte eine empfindliche Straferweiterung zur Folge hat. Versuchsresistent ist allein Art. 4 CJ.

f) Die Rücktrittsvorschrift in Art. 11bis Abs. 3 CJ

Der CJ enthält in Art. 11bis Abs. 3 CJ nach dem deutschen Vorbild in § 24 StGB eine positiv-explicite Vorschrift zum Rücktritt vom Versuch.⁴⁵

Dieser ist im Gegensatz zu dem französischen Lösungsmodell (Art. 121-5 NCP) nicht als ein negatives Tatbestandsmerkmal, sondern als persönlicher Strafaufhebungsgrund konzipiert worden.⁴⁶ Der Rücktritt hat somit nur höchstpersönliche Wirkung. Dafür spricht zum einen, dass die Rücktrittsregelung im Gegensatz zur französischen Regelung strukturell in einem gesonderten Absatz normiert wird. Zum zweiten lässt auch der Wortlaut eine solche Auslegung zu, indem der Täter nicht „bestraft“ werden soll, wenn er zurücktritt. Die offensichtliche Übernahme des deutschen Modells lässt darüber hinaus die Vermutung zu, dass auch die dogmatische Erfassung des Rücktritts vom Versuch als Vorbild von den Entwurfsverfassern akzeptiert worden ist. Identisch zu § 24 Abs. 1 StGB sieht die Vorschrift in Bezug auf die Anforderungen für den Rücktrittswilligen je nach graduellem Vorschreiten der Versuchshandlungen zwei unterschiedliche Voraussetzungen vor. Strafbefreiung erlangt der Einzeltäter, wenn er „von der Durchführung des Delikts freiwillig zurücktritt“ (Art. 11bis Abs. 3, S. 1, 1. Alt. CJ) oder „sie freiwillig verhindert“ (Art. 11bis Abs. 3, S. 1, 2. Alt. CJ). Damit sind zwei Erscheinungsformen des kausalen Rücktritts normiert, die nur in terminologischer Hinsicht leicht von der deutschen Mutterschrift abweichen. Das Verb „aufgeben“ wird durch „zurücktreten“ ersetzt. Die Formulierung ist insoweit gleichwohl unglücklich, als ein „Zurücktreten“ auch ein „Verhindern“ sein kann. Mit dem Satzteil „freiwillig zurücktritt“ erfolgt damit nicht mehr als eine selbstverständliche Umschreibung dieser Rechtsfigur. Entsprechend der in der deutschen Strafrechtsdogmatik üblichen Sprachregelung lässt sich die Struktur des Art. 11bis CJ verfeinern. Der erste Fall kann als unbeendeter, der zweite als beendeter Versuch bezeichnet werden. Ausgeschlossen wird ein Rücktritt bei Fehlschlag des Versuchs sein. Aus den nur rudimentären Anmerkungen zur Fassung der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, wie die Trias dieser Versuchsformen inhaltlich auszugestalten und voneinander abzugrenzen ist. Die insgesamt subjektive Fassung des Art. 11bis Abs. 1 und 2 CJ legt aber eine Auslegung nahe, bei der auf die Vorstellung des Täters vom Verwirklichungsgrad der Tat abzustellen ist, mithin subjektive Kriterien zugrunde zu legen sind. Art. 11bis Abs. 3 CJ enthält noch eine weitere Rücktrittskonstellation.

⁴⁴ *Vogel*, a.a.O.

⁴⁵ *Schubert* (Fn. 8), S. 222; *Brockhaus* (Fn.19), S. 426 ff.; vgl. auch den Alternativvorschlag bei *Vogel*, a.a.O.

⁴⁶ I.E. auch *Schubert* (Fn. 8), S. 222.

⁴⁰ Vgl. hierzu *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 11. Aufl. 2003, § 26 Rn. 29.

⁴¹ *Hillenkamp* (Fn. 31), S. 689 (702 f.).

⁴² Vgl. hierzu *Vogel*, in: *Delmas-Marty/Vervaele* (Fn. 13), S. 249 (272): „It is immaterial whether the act is apt or likely to bring about an offence under Articles 1 to 7“.

⁴³ Vgl. näher *Brockhaus* (Fn. 19), S. 483 ff. Als Tendenz lässt sich ausmachen, dass eine Bestrafung schon aufgrund des Fehlens eines Vorsatzes auszuschließen hat.

tion. In Satz 2 ist die Möglichkeit einer Strafbefreiung auch bei nichtkausalem Verhalten zugelassen.⁴⁷ Ferner muss der Rücktritt in jedem Fall freiwillig erfolgen. Die Konkretisierung dieser Tatbestandsvoraussetzung ist Lehre und Rechtsprechung überlassen worden. Im Falle des nichtkausalen Rücktritts werden die Anforderungen um das Kriterium der Ernsthaftigkeit erhöht.

g) *Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer*

In Art. 11bis Abs. 1 S. 1 CJ ist der ausdrückliche Hinweis enthalten, dass eine Beteiligung an einem Versuch strafbar ist. Verwiesen wird damit auf die Vorschrift zur individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Art. 11 CJ. Dort wird zwischen Tätern, Anstiftern und Gehilfen differenziert, dem Einheitstätermodell, welches sich in Österreich und Dänemark verwirklicht findet, ist damit eine klare Absage erteilt worden. Auf supranationaler Ebene ist vielmehr eine Grundsatzentscheidung zugunsten eines Differenzierungssystems gelegt worden.⁴⁸ Art 11bis CJ stellt klar, dass nur der täterschaftliche Versuch und die Teilnahme am Versuch strafbar ist.⁴⁹ Hinsichtlich der Frage des Versuchsbeginns bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft wird zu dem aus dem deutschen Strafrecht bekannten Streit, ob einer „Gesamt“- oder (modifizierten) Einzellösung⁵⁰ der Vorrang einzuräumen ist, keine Stellung bezogen.

Die versuchte Anstiftung ist, der traditionellen französischen Ansicht entsprechend⁵⁰, nicht unter Strafe gestellt worden. Dies lässt sich aus dem Fehlen einer diesbezüglichen Sonderregelung in Art. 11 CJ i.V.m. Art. 11bis CJ entnehmen. Einer solchen hätte es aber bedurft, da unter dem Dach eines Differenzierungssystems der Akzessorietätsgrundsatz gilt.⁵¹ Eine versuchte Anstiftung ist damit, anders als eine Anstiftung zum Versuch, als straflos anzusehen.⁵² Das eben Gesagte gilt auch für die versuchte Beihilfe.

Die Rücktrittsvoraussetzungen gelten inhaltsgleich auch dann, wenn an der Tat mehrere beteiligt sind. Dies kommt in der kombinierten Formulierung „wer“ sowie „eine Person“ zum Ausdruck. Der CJ sieht anders als in § 24 Abs. 2 StGB insoweit keine Sonderregelung vor, sondern lässt auch in dieser Konstellation einen Rücktritt durch bloßes Unterlassen zu. Art. 11bis Abs. 3, S. 2 CJ privilegiert den Täter unterschiedslos auch im Fall des nicht-kausalen Rücktritts.

⁴⁷ Anders als in § 24 Abs. 1, S. 2 StGB und § 16 Abs. 2, S. 1 öStGB werden nach der supranationalen Regelung die Anforderungen insoweit gelockert, als ein Aufgeben der weiteren Tatausführung genügt.

⁴⁸ Näher *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, S. 385; zur Tradition des Differenzierungsmodells in europäischen Rechtsordnungen vgl. *Tiedemann*, in: Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 496 (499).

⁴⁹ *Hamdorf* (Fn. 48), S. 385.

⁵⁰ Vgl. dazu näher *Brockhaus* (Fn. 19), insbes. S. 503 ff.

⁵¹ *Hamdorf* (Fn. 48), S. 385.

⁵² *Delmas-Marty*, in: dies./Vervaele (Fn. 13), S. 3 (73).

IV. Ausblick

Auch wenn der Corpus Juris zur Zeit nur den Status eines Forschungsberichts („*research report*“) hat und sich als eine erste Diskussionsgrundlage versteht, die auf dem Prinzip der Mindest- bzw. Basisregeln basiert, erreicht der Art. 11bis CJ im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts einen Status quo, der die Grundlage für eine dogmatische Ausdifferenzierung dieser Rechtsfigur auf supranationaler Ebene liefert. Einige Grundgegebenheiten wird man daher zur Kenntnis nehmen müssen.

Die Versuchsvorschrift des CJ basiert auf einer subjektiv-objektiven Versuchskonzeption mit einer Akzentuierung auf subjektiver Seite. Die Regelung steht grundsätzlich nicht im Widerspruch zu den §§ 22 f. StGB. Trotz der aufgrund terminologischer Ungenauigkeiten nicht zu begrüßenden Wiederaufnahme der „Beginn-Formel“, zeigt sich durch die „Verdoppelung“ des konkreten Vorsatzerfordernisses, dass die supranationale Versuchskonzeption in Entsprechung zur deutschen Ansatzformel auf einer individuell-objektiven Theorie beruht. Vorrangig ist damit auf die individuelle Tätervorstellung abzustellen, auf deren Grundlage die Abgrenzung von straflosen Vorbereitungshandlungen und strafbarem Versuch nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Übereinstimmung zum deutschen Strafrecht herrscht auch in Bezug auf die Pönalisierung des untauglichen Versuchs, dessen Strafbarkeit allerdings angesichts der europaweit unterschiedlich beurteilten Frage im Gesetzeswortlaut klar verankert werden sollte. Die Rücktrittsregelung erweist sich als ein Spiegelbild zu § 24 StGB.

Starke Subjektivierungstendenzen zeigen sich im CJ darin, dass die wirtschaftsstrafrechtlichen Vorschriften in Art. 1-8 CJ ihrerseits bereits eine Vorverlagerung der Strafbarkeit in die Sphäre der Vorbereitungshandlungen darstellen. Die Versuchsstrafbarkeit wird mit Ausnahme der „kriminellen Vereinigung“ auf sämtliche Formen kriminellen Verhaltens ausdehnt.

Eine Limitierung der Strafbarkeit sollte aber nicht durch einen generellen Verzicht auf die Versuchspönalisierung erkaufte werden, deren Existenz in sämtlichen europäischen Rechtsordnungen anerkannt ist. Eine andere methodologische Vorgehensweise zur Eindämmung kriminalpolitisch motivierter Vorverlagerungstendenzen im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts würde sich über eine Verobjektivierung des Versuchsrechts mit einer Strafloserklärung des untauglichen Versuchs und einer objektiven Konzeption des Versuchsbeginns anbieten.⁵³ Dem ist jedoch zu widersprechen. Die objektiven Versuchstheorien können weder dogmatisch noch kriminalpolitisch überzeugen und werden in der deutschen Strafrechtslehre zu Recht nicht mehr vertreten.⁵⁴ An der

⁵³ Die Orientierung an einer objektiven Ausrichtung wurde z.B. von den Teilnehmern des Workshops zur „Harmonisierung des Europäischen Strafrechts“ vom 11. bis 12. Juni 1999 in San Sebastián bevorzugt. Vgl. dazu den Tagungsbericht bei *Waßmer*, JZ 1999, 1099 (1100); in diese Richtung auch *Schubert* (Fn. 8), S. 278.

⁵⁴ Die Schwächen zeigen sich insbesondere in der nicht durchführbaren Differenzierung zwischen absolut straflosen

grundsätzlich subjektiven Ausrichtung des CJ sollte daher nicht gerüttelt werden. Den Subjektivierungstendenzen im europäischen Wirtschaftsstrafrecht ist vielmehr über eine einschränkende Fassung der Deliktstatbestände selbst entgegen zu wirken.

und relativ strafbaren untauglichen Versuchen bzw. ungefährlichen und gefährlichen Versuchen. Vgl. zu den unüberbrückbaren Defiziten dieser Theorien, die sich zudem teilweise als versteckte subjektive Versuchskonzeptionen erweisen: *Brockhaus* (Fn. 19), S. 473 ff.
