

# Subkutane Kriminalisierung mit Maß?

## Zu § 34 AWG i.d.F. v. 8.4.2006

Von Prof. Dr. Lorenz Schulz, München/Frankfurt a.M.

### I. Einführung

Das Außenwirtschaftsgesetz (AWG) regelt den Verkehr von Devisen, Waren, Dienstleistungen, Kapital und sonstigen Wirtschaftsgütern mit dem Ausland. Als Teil des Nebenstrafrechts berührt es den Durchschnittsbürger kaum. Mit wenigen Ausnahmen, in der jüngeren Vergangenheit namentlich im Warenverkehr zwischen Deutschland und den Embargostaa-ten des früheren Jugoslawien und des Irak, geht das einschlägige Handeln von Unternehmen aus, die profitorientiert agieren. Am 8.4.2006 trat das 12. Gesetz zur Änderung des AWG und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) in Kraft.<sup>1</sup> Die Novelle betrifft insbesondere das Außenwirtschaftsstrafrecht (§ 34 AWG). § 34 AWG pönalisiert in erster Linie die Ausfuhr von Waren bzw. ihrer Produktionsunterlagen,<sup>2</sup> die nach der Ausfuhrliste verboten sind. Auch die Ausfuhr von Waren, die sowohl zu zivilen als auch zu militärischen oder verbotenen Zwecken benutzt werden können (Dual-Use-Güter), stand unter Genehmigungsvorbehalt. In einigen, im Folgenden noch auszuführenden Fällen, namentlich bei Gefährdung der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik und bei gewerbs- oder bandenmäßigem Handeln, wird nach § 34 Abs. 6 AWG n.F. die Ausfuhr zu einem schweren Verbrechen, verknüpft mit einer scharfen Strafdrohung.

Das Außenwirtschaftsstrafrecht, so lautet der Ausgangspunkt dieses Beitrags, fügt sich ein in die Tendenzen des modernen Risikostrafrechts, die im ersten Schritt (II.) der folgenden Überlegungen entfaltet werden, um sie in einem zweiten bei § 34 AWG aufzuweisen (III.). Dessen Novellierung, die in einem weiteren Schritt skizziert wird (IV.), folgt dem aktuellen Stil der Kriminalpolitik, die auf Schließung von Strafbarkeitslücken zielt und selbst im allgemein seltenen

Fall einer Dekriminalisierung mit dieser nur halbherzig und unter der Hand kriminalisierend verfährt. Ob dies im hier zu analysierenden Fall ohne Maß geschieht, wird zu klären sein. Wenn der Gesetzgeber weiterhin darauf verzichtet, eine kaum begründbare Strafschärfung zurückzunehmen, könnten symbolische Strafgesetzgebung<sup>3</sup> und Ausgrenzung das Motiv sein. Diese Frage wird am Beispiel des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmäßigkeit in § 34 Abs. 6 Nr. 1 AWG aufgenommen. Zu fragen ist hier, ob der Bürger nicht nur als Gegner strafrechtlich „bekämpft“ wird, sondern in einem gewissen kriminalpolitischen Klima gerade bei Strafschärfungen im Nebenstrafrecht als „Feind“ behandelt wird.

### II. Strafrecht als „Bekämpfung“ des möglichen Schadensersfolgs

Wenngleich symbolisch-expressives Strafrecht in der jüngeren Vergangenheit Interesse fand, bleibt der Schutz hinreichend definierbarer Rechtsgüter der Ausgangspunkt rationalen Strafrechts.<sup>4</sup> Die Integration des Symbolischen erweist sich bei näherem Zusehen weitgehend als die Aufgabe, das in Frage stehende, in der Regel in seiner Bedeutung verändert wahrgenommene Rechtsgut adäquat zu definieren. Mit der zunehmenden Einführung diffuser Allgemeingüter, bei denen die personale Ausrichtung am Schutz des Einzelnen vernachlässigt wird, gerät das Strafrecht in eine seit den achtziger Jahren vielfach diagnostizierte Spannungslage. Nicht nur der nahe liegende Streit über die Legitimität der Entwicklung, sondern bereits über die Begrifflichkeit bedarf der Analyse.

So liegt die auf der Frankfurter Strafrechtslehretagung von 1985 von *Günther Jakobs* gegebene Erklärung darin, die Entwicklung der Rechtsgutsdoktrin selbst anzulasten.<sup>5</sup> Da der Täter als Gefahrenquelle für ein Rechtsgut definiert sei und sich der Beginn der Gefährdung potentiell grenzenlos vorverlagern lasse, werde er zum „Feind“ des Rechtsguts. Dem setzte *Jakobs* die Definition des Täters als Bürger entgegen, bei dem der Gebrauch der Freiheit alleine durch den begründeten Freiheitsgebrauch anderer begrenzt sei. Während das „bürgerliche“ Strafrecht auf die Garantie der individuellen Freiheitsphären ziele, optimiere das „Feindstrafrecht“ eben den Rechtsgüterschutz. Die Berücksichtigung der noch nicht im Außen sich manifestierenden inneren Befindlichkeit eines Subjekts degradiere den Bürger zum Feind, weil erst ein äußerlich störendes Verhalten die Frage nach den Interna zulässt. Diese Analyse ist zweischneidig, weil beim Strafrecht des Bürgers der Kriminalisierung unter dem Vorzeichen der Pflichtwidrigkeit ein weites Feld eröffnet wurde, sofern jede Störung des Normvertrauens ihr Gegenstand werden

<sup>1</sup> BGBl. I/2006, S. 574; Entwurf vom 3.11.2005, BT-Drs. 16/33, für die Ausschussempfehlung vom 18.1.2006 mit den vom Plenum in 2. und 3. Lesung am 19.1.2006 ohne Korrekturen übernommenen Änderungsvorschlägen s. BT-Drs. 16/385 und Plenarprotokoll 16/11 vom 19.1.2006. Die Novellierung setzte mit einem durch das BMWi als federführendes Ministerium vorgelegten Entwurf von 2002 ein; ausf. zur Genese s. *Bieneck*, NStZ 2006, 608 (609). Zum Verhältnis zwischen altem und neuem Recht s. *Ahlbrecht*, wistra 2006 (im Erscheinen).

<sup>2</sup> Gem. §§ 34 Abs. 1, 4 Abs. 2 AWG n.F. spricht der Gesetzgeber in Anpassung an die der Dual-Use-VO entnommene Begrifflichkeit nicht mehr von Waren, sondern von Gütern und erweitert damit den Gegenstandsbereich auf Datenverarbeitungsprogramme (Software) und Technologie, die auch Unterlagen zur Fertigung von Waren umfasst. Eingeschlossen sind solche Unterlagen, die nur die Fertigung von Teilen dieser Waren ermöglichen. Die Ausfuhr in andere Mitgliedstaaten der EU wird gem. § 4 Abs. 2 Nr. 5 AWG n.F. nun als Verbringung bezeichnet (s. Art. 21 Abs. 1 Dual-Use-VO).

<sup>3</sup> S. *Hassemer*, NStZ 1989, 553 ff.

<sup>4</sup> Ausf. *Hörnle*, „Grob anstößiges Verhalten“. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt/Main 2005 m.w.N.

<sup>5</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751, für die nachfolgenden Zitate s. S. 753, 756, 761.

kann. Die inzwischen erfolgte Verlagerung des Akzents von der Analyse zur Legitimierung eines Strafrechts für Feinde beweist, dass sie auch normativ nicht neutral ist.<sup>6</sup> Das soll für das Bürgerstrafrecht erlauben, „um so nachdrücklicher auf der Behandlung des Verbrechers als Rechtsperson beharren zu können.“ Dass die Analyse sich im Wesentlichen in einer Beschreibung bestehender Tendenzen erschöpfen soll, erweist sich auch methodologisch als Strategie der Beschwichtigung, wie die Verwendung von empirisch kaum zu überprüfenden Dispositions- bzw. theoretischen Prädikaten zeigt. Dabei braucht man nicht einmal an das von *Jakobs* ange-mahnte Erfordernis einer „kognitiven Mindestgarantie“ erinnern, die der Feind nicht bieten könne. Gleichermäßen bezeichnend ist der Begriff der Gefährdung oder Gefahr, der im Zentrum der Konzeption des Feindstrafrechts steht. An anderer Stelle, bei § 34 StGB, hat *Jakobs* jeden Wahrheitsanspruch bei der Gefahrenprognose dementiert, weil sich die „nomologische“ Disposition (bzw. Anlage) zu einer bestimmten Entwicklung stets „ontologisch“ als Eigenschaft der Lage definieren lasse.<sup>7</sup> Selbst wenn man die Perspektivität der Beobachtung von Gefahrenfaktoren einräumt, lässt sich zumindest ex post eine realistische Position behaupten. *Jakobs*' Behauptung, zu „98%“ nur zu beschreiben, ist mit seiner starken Neigung zum Konstruktivismus nicht vereinbar. Deshalb führt die analytische Bloßstellung von Phänomenen, manchmal als unvermeidbare Vorfeldverlagerung der Strafverfolgung verharmlost, als „feindstrafrechtlich“ nur auf den ersten Blick weiter.<sup>8</sup> Sie verliert analytischen Ertrag, sobald der Täter mit der Zuschreibung des Etiketts „Feind“ mystifiziert wird.<sup>9</sup>

Ungleich neutraler und auch bei näherem Zusehen hilfreicher ist, sofern sie die Vorverlagerung verdeutlicht, die Unterscheidung von Gefahr und Risiko. Die Gefahr ist ein Zustand, der nach verständiger Würdigung in näherer Zeit den Eintritt einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, insbesondere eines Schadens erwarten lässt. Die abstrakte Gefahr eröffnet im Polizeirecht den Bereich der Aufgaben, die konkrete Gefahr die Befugnis zu Grundrechtseingriffen. Die konkrete Gefahr ist typischerweise eine reale, nahe liegende Möglichkeit, d.h. eine Situation, die für sich allein betrachtet den Eintritt eines Schadens ernsthaft befürchten lässt. Das Risiko markiert das Vorfeld der Gefahr, die Gefahr der Gefahr.<sup>10</sup> In dieser Perspektive wird das am

Erfolg orientierte, klassische Strafrecht zum Risikostrafrecht, das den Blick vom eingetretenen Schaden abwendet und zum möglichen Schaden hinwendet, kurz: vom Wirklichen zum Möglichen. Die Tendenz zum modernen Risikostrafrecht war bereits beim 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG) vom 29.7.1976<sup>11</sup> auffällig, mit dem der Gesetzgeber mit der seither üblichen Rede von Bekämpfungsgesetzen auch sprachlich aufrüstete. Immerhin gilt sprachlich die Bekämpfung nur dem Gegner, noch nicht dem Feind. blieb vor der modernen Entwicklung der Schutz kollektiver Rechtsgüter auf überschaubare Deliktsbereiche wie den Schutz der Rechtspflege bei den Aussagedelikten oder die Sicherheit des Straßenverkehrs bei den Straßenverkehrdelikten beschränkt, so nimmt er seither beschleunigt zu. Der Subventionsbetrug (§ 264 StGB) wurde zum Musterbeispiel für die Vorverlagerung der Strafbarkeit angesichts eines bis dahin nur lückenhaft von § 263 StGB erfassten Verhaltens.<sup>12</sup> Bei der Definition des ohnehin bereits kollektivierten Rechtsguts des Vermögens des Subventionsgebers<sup>13</sup> versuchte man sogar, als Schutzgut auch die Planungs- und Dispositionsfreiheit des Staates<sup>14</sup> oder das Interesse an einer sachgemäßen staatlichen Wirtschaftsförderung<sup>15</sup> einzuführen, um damit die Struktur des Vermögensschutzes zu transformieren. In der Folgezeit wurden im Wirtschaftsstrafrecht allerlei Funktionseinheiten geschützt, z.B. das Funktionieren des Marktes oder das Vertrauen der Anleger. Mit der generalpräventiv motivierten Eingliederung des Umweltstrafrechts in das Kernstrafrecht wird dieser Deliktsbereich nicht nur zu einem weiteren Beispiel, sondern zu einem wichtigen Movers der Entwicklung. Dort wurde nicht nur ein kollektiviertes menschliches, sondern ein rein ökologisches Interesse als Fluchtpunkt des Güterschutzes ins Auge gefasst und die Verallgemeiner-

---

den wird, eröffnen Risikoentscheidungen in der Regel solche Spielräume; *Ossenbühl*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 10 Rn. 41.

<sup>11</sup> BGBl. I. S. 2034.

<sup>12</sup> *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl. 2006, § 264 Rn. 2. Dafür ist eine Reihe von Abstrichen verantwortlich, die am Betrugstatbestand vorgenommen wurden: Streichung der Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum, der Kenntnis des Täters von der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils, der Verursachung eines Vermögensschadens und in subjektiver Hinsicht insbesondere des Vorsatzes durch Einführung der Leichtfertigkeit.

<sup>13</sup> Siehe *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 264 Rn. 4 m.w.N., monographisch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 374 ff.

<sup>14</sup> *Tiedemann*, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 24. Lieferung, Stand: Juli 1997, § 264 Rn. 14, den Vermögensschutz aus dem Schutzbereich herausnehmend, mit der Folge, dass aus dem Tatbestand das schlichte Tätigkeitsdelikt eines Subventionsmissbrauchs, mithin einer Pflichtverletzung wird (a.a.O., Rn. 16 f.).

<sup>15</sup> *Otto, Harro*, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 61 Rn. 8.

---

<sup>6</sup> Siehe den Bericht von *Schulz*, ZStW 112 (2000), 653-664, und *ders.*, in: Uwer (Hrsg.), „Bitte bewahren Sie Ruhe“. Leben im Feindrechtsstaat, 2006, S. 315-335 m.w.N.

<sup>7</sup> *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 13/13.

<sup>8</sup> Vgl. *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993.

<sup>9</sup> Insoweit lehnt *Saliger* die Begrifflichkeit als solche ab; vgl. seinen Vortrag auf dem 30. Strafverteidigertag am 25.3.2006 in Frankfurt a.M., in: JZ 2006, 756.

<sup>10</sup> Zur Differenz siehe *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 113 f.; *Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 88 ff. Während bei der Annahme einer Gefahr im Grundsatz kein Beurteilungsspielraum zugestan-

barkeit eines Rechtsguts damit auf eine besondere Probe gestellt.<sup>16</sup>

Gut sichtbar sind die drei Entwicklungslinien, die der Kollektivierung des Rechtsguts folgen:<sup>17</sup> die Hinwendung zum Typus des abstrakten Gefährdungsdelikts,<sup>18</sup> selbst in der Variante des zunächst für das Umweltstrafrecht konzipierten Kumulationsdelikts,<sup>19</sup> die wachsende Offenheit der Tatbestandsdefinition durch unbestimmte Merkmale und vor allem durch Blanketttatbestände im Rahmen einer Verwaltungsrechtsakzessorietät sowie die Flexibilisierung des Prozessrechts, indem das Vorsorgemodell des Umweltstrafrechts<sup>20</sup> zu einer Hinwendung zur Vorsorge führen sollte.<sup>21</sup> Im Ergebnis treten die wirkliche Tat und der wirkliche Täter zurück zugunsten möglicher Taten und möglicher Täter, parallel zur Dominanz der Möglichkeit des Schadens über den eingetretenen Schaden im materiellen Recht. Neben der Rückwendung auf das materielle Recht, dessen Flexibilisierung insbesondere durch so genannte Ermittlungsparagrafen<sup>22</sup> Beweisschwierigkeiten behebt, gibt es spezifisch prozessrechtliche Strategien der Vorfeldverlagerung, namentlich das Abschleifen des für den inquisitorischen Prozess konstitutiven Anfangsverdachts.<sup>23</sup>

Seit jeher ist das Nebenstrafrecht eine rechtsstaatliche Grauzone, in der sich das Abschleifen kernstrafrechtlicher Zurechnungsstandards ankündigt. *Naucke* hat dies am Beispiel des Kolonialstrafrechts vorgeführt.<sup>24</sup> Vor Jahrzehnten war es das Betäubungsmittelstrafrecht, in dem der Bestand elementarer Zurechnungsfiguren aufgekündigt wurde und das nicht zuletzt zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB) führte.<sup>25</sup> Im Steuerstrafrecht bewirkte das fiskalische Interes-

se des Staates früh, bei erkennbar ermittlungstechnischer Stoßrichtung, das Aufweichen kernstrafrechtlicher Dämme.<sup>26</sup> Nach der verfassungsgerichtlich bestätigten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs soll beispielsweise die Kompetenz der Steuerfahndung bei § 208 Abs. 1 Nr. 3 AO das Auskunftsverlangen, jenseits des Tatverdachts von § 397 AO, auch die „unbekannten Steuerfälle“ umfassen, in denen die konkrete Vermutung einer Steuerhinterziehung, d.h. der Anfangsverdacht noch nicht besteht.<sup>27</sup> Der hinlänglich begründete Anlass zu solchen Vorfeldermittlungen ist bereits dann gegeben, „wenn aufgrund konkreter Momente oder aufgrund allgemeiner Erfahrungen im Einzelfall die Heranziehung eines Auskunftspflichtigen geboten sei“.<sup>28</sup> Die Gebotenheit resultiert aus der Abwägung der betroffenen Grundrechte mit Kollektivgütern wie der „finanziellen Sicherheit des Staates“. Diese Rechtsprechung hat zum Kompetenzzuwachs der auch für das Außenwirtschaftsstrafrecht (§ 34 AWG) zuständigen Zollfahndung beigetragen. Der Übergang zum Tatverdacht, mit dem die Unschuldsvermutung unmittelbar in Geltung tritt, wird damit zum flexiblen Regulativ, auf das schließlich ganz verzichtet werden kann.<sup>29</sup> Systematisch geführte Ermittlungen gegen unbeteiligte Dritte sind die Folge, ebenso wie aus sporadisch anfallenden, nicht programmierten Zufallsfunden systematisch gewonnene Begleit- oder Programmfunde werden. Diese Tendenz wird unterstützt und in der Struktur noch überboten, indem sich der Staat nicht nur gelegentlich der Hilfe Dritter bedient, sondern typischerweise und perspektivisch flächendeckend.<sup>30</sup> Seit Anfang der neunziger

ten Kriminalität und dabei insbesondere des internationalen Rauschgifthandels.

<sup>26</sup> Auf das Beispiel des § 370a AO wird noch einzugehen sein.

<sup>27</sup> Konkretisieren sich die Vermutungen zum Verdacht, muss ein Steuerstrafverfahren eingeleitet werden; *Tipke/Kruse*, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung (Loseblatt), 2003, § 208 AO Rn. 5; *König*, in: *Pahlke, Armin/König*, Abgabenordnung, 2004, bearb. von *Thilo Cöster*, § 208 Rn. 14. Die erfragten Tatsachen brauchen nur „entscheidungserheblich und aufklärungsbedürftig“ sein.

<sup>28</sup> BVerfG NJW 1990, 701 – BFH NJW 1987, 1040 L bestätigend.

<sup>29</sup> Vgl. den Begriff der Initiativermittlungen; RiStBV Anlage E – 6.2.

<sup>30</sup> Das Vorbild dafür lieferte das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) vom 25.10.1993, in dem vor allem Finanzinstitute bei Bargeschäften ab einer gewissen Höhe (inzwischen: 15.000 Euro) zur Identifikation des Auftraggebers (§§ 2 GwG) und bei geldwäscheverdächtigen Transaktionen zur Anzeige (§ 11 GwG) verpflichtet wurden. Die bei der Staatsanwaltschaft hereinkommenden Anzeigen sind nach dem 1998 novellierten § 10 Abs. 2 GwG an die Finanzbehörden weiter zu geben. Nach der noch nicht abgeschlossenen Anpassung des § 261 StGB an die EU-Vorgaben werden nach dem Fluchtpunkt der 3. Geldwäscherichtlinie vom 7.6.2005 sämtliche gewerbliche Akteure des Wirtschaftsverkehrs in die Ermittlungspflicht genommen. Selbst der Autoverkäufer muss dann Nachfor-

<sup>16</sup> *Schulz*, in: *Lüderssen* (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das „Böse“*, Bd. I: Legitimationen, 1998, S. 208-238.

<sup>17</sup> Vgl. *Seelmann*, NJW 1990, 1257-1262.

<sup>18</sup> Vgl. *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (557); ausf. *Wohlers*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000.

<sup>19</sup> *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), 697-726.

<sup>20</sup> BVerwGE 69, 37 (44 f.).

<sup>21</sup> Vgl. *Trute*, *Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz*, 1989.

<sup>22</sup> *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 2004, Rn. 64-66; für § 261 *Tröndle/Fischer* (Fn. 12), § 261 Rn. 4b. Für das politische Strafrecht steht § 129a StGB, s. *Tröndle/Fischer* (a.a.O.), § 129a („verfahrensrechtliche Bezugsnorm“), jeweils m.w.N.

<sup>23</sup> *Arzt*, *Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo*, 1997, S. 6, 16, diagnostizierte die Zunahme „verdeckter Verdachtsstrafen“.

<sup>24</sup> *Naucke*, *Deutsches Kolonialstrafrecht 1886-1918*, *Rechtshistorisches Journal* 7 (1988), 297-315.

<sup>25</sup> *Nestler*, in: *Kreuzer* (Hrsg.), *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, 1997, S. 697-860. Die 1. Geldwäscherichtlinie der EU vom 10.6.1991, die den Mitgliedstaaten ein Überwachungsregime aufgab und neben dem Geldwäscheg (GwG) von 1993 bereits vorher am 15.7.1992 (durch das OrgKG) zu § 261 StGB führte, zielte auf die Bekämpfung der organisier-

Jahre des 20. Jahrhunderts ist das Außenwirtschaftsstrafrecht als Movens der nebenstrafrechtlichen Flexibilisierung hinzugekommen. Die jüngst erfolgte Novellierung des Außenwirtschaftsstrafrechts steht, so wird sich im Folgenden zeigen, für den aktuellen Stil der Gesetzgebung. Dafür soll zunächst die Entwicklung des Außenwirtschaftsstrafrechts bis in die Gegenwart nachgezeichnet werden, um damit die teilweise unter dem freundlichen Mantel der Dekriminalisierung daher kommende neuerliche Kriminalisierung durch § 34 AWG n.F. offen legen zu können.

### III. § 34 AWG a. F. (vor 2006)<sup>31</sup>

Bis zum Ende des Kalten Krieges spielte das Außenwirtschaftsstrafrecht eine untergeordnete Rolle. Unter alliierter Besatzung war das nach dem Zweiten Weltkrieg bestehende generelle Verbot der Außenwirtschaftsbetätigung allmählich gelockert worden, bis aus der Regel des Verbots die Ausnahme wurde. Diese für die Expansion der deutschen Wirtschaft entscheidende Entwicklung fand im AWG vom 28.4.1961 Ausdruck.<sup>32</sup> Mit dem Ende des Kalten Krieges wurde diese Entwicklung partiell aufgehoben. Das führte im Außenwirtschaftsstrafrecht gerade in Deutschland zu neuen Vorzeichen. Der deutschen Wirtschaft wurde vornehmlich von US-amerikanischer Seite vorgehalten, zur Raketenrüstung im Irak und zum Giftgaskomplex Rabta in Libyen beigetragen zu haben. Die Rede vom „Auschwitz in der Wü-

schungen über den Käufer anstellen und bei bestehendem Verdacht sowohl eine geheim zu bleibende Anzeige erstatten als auch im Zweifel vom Geschäftsabschluss Abstand nehmen. Der Rechtsanwalt ist von der Geheimhaltungsbedürftigkeit immerhin insoweit frei gestellt, als er sich darum bemühen darf, den Mandanten von einer fragwürdigen Handlung abzuhalten. Die von der 3. Richtlinie intendierte Ausweitung auf den Verdacht der Terrorismusfinanzierung zieht damit nicht mehr nur den Geldwäscher selbst ins Visier der Ermittlung, sondern jede Person; s. *Sommer*, *StraFo* 2005, 327-334. Für das Außenwirtschaftsrecht ist diese durch die Terrorismusbekämpfung beschleunigte Entwicklung bereits jetzt umgesetzt. Nach der ebenfalls am 8.4.2006 in Kraft tretenden 74. ÄnderungsVO zum AWV können Verstöße gegen die in der EG-VO 2580/2001 (Terrorismus) und der EG-VO 881/2002 (Taliban) enthaltenen und für jede natürliche und juristische Person geltenden Informationspflichten bereits jetzt geahndet werden (§ 70 Abs. 5 h, i AWV als Blankettnorm), sei es als Ordnungswidrigkeit bei Fahrlässigkeit oder bei hinzu kommender Gefährdungseignung als Straftat gem. § 34 Abs. 2 AWG n.F. Die Pflicht besteht in der unverzüglichen Mitteilung sämtlicher Informationen, mit denen die Einhaltung dieser Verordnungen „erleichtert“ wird; verfassungsrechtlich krit. *Bieneck*, *AW-Prax* 2006, 323, 326.

<sup>31</sup> Für das Außenwirtschaftsstrafrecht nach a.F. siehe ausf. *Krach*, Die Europäisierung des nationalen Außenwirtschaftsstrafrechts. Analytische Darstellung und kritische Würdigung des gemeinschaftsrechtlich beeinflussten Straftatbestände des § 34 AWG, 2005, die allerdings auf § 34 Abs. 6 AWG a.F. nicht näher eingeht.

<sup>32</sup> BGBI. I, S. 418.

te“ ging um.<sup>33</sup> Der deutsche Gesetzgeber sah Handlungsbedarf.<sup>34</sup> Neben Änderungen des für den Handel mit Waffen einschlägigen Kriegswaffenkontrollgesetzes und punktuellen Änderungen der AWV verschärfte er grundlegend die Strafbestimmungen des AWG. Nur ein halbes Jahr später, am 28.2.1992 wurde der Tatbestand des § 34 AWG als Folge des Golfkriegs<sup>35</sup> neuerlich verschärft.<sup>36</sup> Außenpolitische Klimapflege? Ob der BGH auch § 34 AWG, wie den Tatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB), dereinst ein „Klimaschutzdelikt“ nennen wird,<sup>37</sup> bleibt abzuwarten. Sachlich würde dies voraussetzen, dass die allgemeine Analyse des Risikostrafrechts auch hier gilt, und damit eine diffuse Kollektivierung des Rechtsguts mit den drei genannten Charakteristika einhergeht.<sup>38</sup>

#### 1. Rechtsgutsdiffusion

Die durch diffuse Kollektivgüter gerechtfertigte Strafschärfung in § 34 AWG fügt sich in die eingangs benannte Entwicklung ein. Zunächst werden die bereits sehr allgemeinen, in ihrer Berechtigung noch einleuchtenden Interessen „äußere Sicherheit“ (Nr. 1) und „friedliche(s) Zusammenleben der Völker“ (Nr. 2) eingeführt.<sup>39</sup> Anders als diese, wirft der „Schutz der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik“, der gleichermaßen in § 7 Abs. 1 Nr. 3 und in § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG a.F. (und n.F.) genannt wird, wegen seiner Allgemeinheit schon definitorische Schwierigkeiten auf,<sup>40</sup> die sich der wesentlich politischen Natur des Interesses verdanken. Die Einrückung dieses Schutzgutes diente dem Gesetzgeber dazu, die gemeinsamen Interessen der Bundesrepublik

<sup>33</sup> Siehe *New York Times v. 16.1.1989* („merchants of death“), hierzu *Der Spiegel* 3/1989 (S. 16 ff.) v. 23.1.1989 („Export um jeden Preis – Tod im Angebot“).

<sup>34</sup> Vgl. *Oeter*, *ZRP* 1992, 49 ff. Zum Rechtsvergleich s. die umfassende Studie von *H. Hohmann*, Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich. Die Rechtspraxis der USA, Deutschlands und Japans zum Außenhandelsrecht und ihre Konstitutionalisierung, 2002.

<sup>35</sup> BT-Drs. 12/1134, 8.

<sup>36</sup> 7. Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992, BGBI. 1992 I, S. 372, am 7.3.1992 in Kraft getreten. Kritisch zum Fehlen jeglicher empirischer Bestandsaufnahme der Vorgängerregelung *Michalke*, *StV* 1993, 262, und *Trouet*, in: *Schlüchter* (Hrsg.), *Recht und Kriminalität. Festschrift für F.W. Krause*, 1990, S. 407, 422.

<sup>37</sup> Damit bezeichnet er den Ausnahmestatus des ursprünglich auf die „Anreizung zum Klassenkampf“ gemünzten § 130 StGB für das Selbstverständnis der deutschen Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland. Für die Diktion siehe auch BT-Drs. 12/8588, S. 8.

<sup>38</sup> S. oben S. 501.

<sup>39</sup> „Staatsziele von staatspolitisch evident hohem Rang“, allgemein anerkannte Schutzgüter“, *BVerfG NStE* 1992, Bl. 66 mit Verweis auf ihre Verwendung in Art. XXI GATT, Art. 223 EG-V und Art. 26 Abs. 1 GG.

<sup>40</sup> Siehe nur *Lindemeyer*, *RiW/AWD* 1981, 10 (19).

Deutschland mit befreundeten Staaten zu wahren.<sup>41</sup> Das Interesse ist in der Sache der Gegenstand einer sich unter Umständen rasch wandelnden Außenpolitik.<sup>42</sup> Der Gesetzgeber selbst hat der Schwierigkeit durch das Erfordernis einer „erheblichen“ Gefährdung Ausdruck verliehen. Das BVerfG hat zwar der Bundesregierung bei der Ausfüllung des Merkmals einen breiten Raum politischen Ermessens und damit eine weitgehend politische Natur des Interesses eingeräumt,<sup>43</sup> allerdings auch verfassungsrechtliche Vorgaben, namentlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, benannt.<sup>44</sup> Die Annahme, dass sämtliche Varianten des Tatbestands von § 34 AWG den schlichten Rechtsungehorsam pönalisieren, sich das Rechtsgut mithin im staatlichen Normbefehl, mit dessen Hilfe die oben genannten Güter geschützt würden, erschöpft,<sup>45</sup> geht wie im erwähnten Fall des Subventionsbetrugs zu weit.

## 2. Folgen der Diffusion

### a) Gefährdungsdelikt

Zunächst wurde § 34 AWG als Gefährdungsdelikt konzipiert.<sup>46</sup> Im ersten Entwurf noch ein konkretes Gefährdungsdelikt, wurde der Tatbestand in der Novellierung vom 20.7.1990, durch die § 34 Abs. 2 AWG im Wesentlichen die heutige Fassung erhalten hat,<sup>47</sup> als abstraktes Gefährdungsdelikt<sup>48</sup> ausgestaltet.<sup>49</sup> Die Modalität des abstrakten Gefährdungsdelikts blieb zunächst ungeklärt. Sie berührt das Kriterium der *Gefährdungseignung*.<sup>50</sup> Das Eignungsmerkmal behielt man dem nunmehrigen, zu den Abs. 1 und 4 formell subsidiären Abs. 2 vor, der auf den ungenehmigten Handel mit Dual-Use-Gütern<sup>51</sup> zielte (§ 34 Abs. 2 AWG). Auch bei Embargo-Verstößen, die in § 34 Abs. 4 AWG a.F. als Verbrechen ausgestaltet waren, genügt die bloße Tätigkeit, d.h. der Verstoß gegen eine Pflicht. Die Eignung zur Gefährdung der in § 34 Abs. 2 Nr. 1-3 genannten Rechtsgüter muss dabei auch nach § 34 AWG n.F. beim Rechtsgut der auswärtigen Beziehungen (Nr. 3) in erheblicher Weise gegeben sein.

Der Eignungsbegriff ist ein vom Gesetzgeber in der jüngeren Vergangenheit bevorzugt verwendetes Merkmal der Verbrechensdefinition, mit dem er der besagten Entwicklung Ausdruck verlieh und zugleich der auf breiter Front vorgetragenen Kritik am abstrakten Gefährdungsdelikt begegnete.<sup>52</sup> Der Umstand, dass es im Schrifttum zuerst als „abstrakt-konkretes“ Gefährdungsdelikt bezeichnet wurde, was vom Gesetzgeber<sup>53</sup> und der Rspr. aufgegriffen wurde, bringt seine Mittelstellung zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten zum Ausdruck. Selbst wenn man aus dieser Mittelstellung eine selbständige Gruppe herauschält,<sup>54</sup> folgt daraus für die Subsumtion wenig. Einigkeit besteht – beweistechnisch – darin, dass die Eignung typischerweise bestehen muss und die Figur es zulässt, die abstrakte Gefährdung im Einzelfall zu widerlegen.<sup>55</sup> Nach Wortlaut und Genese ist das Eignungserfordernis prima vista nicht Ausdruck eines konkreten Gefährdungsdelikts. Im Einzelnen ist vieles umstritten. Eine weitergehende Definition ermöglicht erst die am Rechtsgut orientierte teleologische Auslegung.

Anhand von vergleichbaren Fällen im Kernstrafrecht hat die Rechtsprechung sich zuerst im Umweltstrafrecht bemüht, das Merkmal zu präzisieren. Bei der Abfallbeseitigung nach § 326 Abs. 1 Nr. 4a StGB wurde der Erfolg als potentielles Gefährdungsdelikt interpretiert.<sup>56</sup> Eignung im Sinne des Gesetzes ist generelle Eignung. Im Detail blieben Fragen der

<sup>41</sup> BT-Drs. III/2386.

<sup>42</sup> Vgl. *Herzog*, wistra 2000, 41 (44), mit dem Beispiel der deutschen Politik zu Ex-Jugoslawien („rasch schwankende Stimmungsbreite“). Im Hinblick auf China demonstrierte dies Ende 2003 die Unterstützung des damaligen deutschen Bundeskanzlers für einen Verkauf der Hanauer Brennelementefabrik durch die Siemens AG. Auch die konträre deutsche Außenpolitik im ersten und zweiten Golfkrieg zeugt davon. – Der abweisende Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991 (2 BvR 374/90) zur Legitimität – und Bestimmtheit – dieses Schutzzwecks betraf nicht den Handel mit Dual-Use-Gütern, sondern die Ausfuhr von Diffusionsöfen und den Handel mit Kriegs- und strategischen Gütern; vgl. auch BVerfG NJW 1992, 2648 (2650); OLG Hamburg ZfZ 1976, 55 (56); *Lindemeyer*, RiW/AWD 1981, 10. In einer Reihe von Fällen eröffnet eine restriktive, an § 7 Abs. 2 AWG orientierte Auslegung einen Ausweg; so generell BVerfG, a.a.O.; VGH Kassel NJW 1990, 2704 (2706); für das Schrifttum siehe nur *Fuhrmann*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 150. Ergänzungslieferung, 2003, § 7 Rn. 2. Die Bedenken von *Lindemeyer* können allerdings nicht im Bereich von Dual-Use-Gütern ausgeräumt werden.

<sup>43</sup> BVerfG NJW 1993, 1909 (1910) zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG-1990 (dem Abs. 2 Nr. 3 AWG-1992).

<sup>44</sup> *H. Hohmann*, Teil III (AWG), in: ders./John, Ausfuhrrecht, 2002, § 7 Rn. 28 ff.

<sup>45</sup> So *Bieneck*, in: ders., Handbuch des Außenwirtschaftsrechts, 2. Aufl. 2004, § 23 Rn. 2; siehe auch *Fuhrmann* (Fn. 42), § 34 Rn. 4; *Lübbig*, AW-Prax 1996, 409 (411).

<sup>46</sup> BT-Drs. 11/4230, S. 7.

<sup>47</sup> 5. und 6. Gesetz zur Änderung des AWG, BGBl. 1990 I, S. 1457 ff., 1460 ff.

<sup>48</sup> So Abs. 1, mit dem ein Tatbestand des Ordnungswidrigkeitenrechts, d.h. originären Verwaltungsunrechts für den Bereich besonders sensibler Waren einschließlich von Fertigungsunterlagen und Technologien zur Straftat aufgewertet wurde.

<sup>49</sup> Begründung des Entwurfs des 5. Gesetzes zur Änderung des AWG; BT-Drs. 11/4230, S. 7.

<sup>50</sup> So auch BGH NJW 1999, 2129.

<sup>51</sup> Siehe die Liste C der AL der AWV.

<sup>52</sup> *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 13), Vorbem. §§ 306 ff. Rn. 3; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band. 1, 4. Aufl. 2005, § 11 Rn. 127 f.; monographisch *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987; vgl. auch *Hefendehl* (Fn. 13), S. 159 f. und *Wohlers* (Fn. 18), S. 297.

<sup>53</sup> BT-Drs. 13/33, S. 13.

<sup>54</sup> So *Hoyer* (Fn. 52).

<sup>55</sup> Für reine abstrakte Gefährdungsdelikte wird dies von Rechtsprechung und h.L. bestritten.

<sup>56</sup> Vgl. BGHSt 39, 381 (385); BGH NStZ 1994, 436; 1997, 189.

Feststellbarkeit von Art, Beschaffenheit und Menge offen, insbesondere, ob die Lage (Situation) in die Eignungsdefinition eingeht. Auch beim Tatbestand des Freisetzens ionisierender Strahlen (§ 311 StGB) wurde ein potentielles Gefährdungsdelikt angenommen.<sup>57</sup> Zuletzt hat die Rspr. diesen Deliktstyp am Beispiel von § 130 StGB ausgelotet. Wann besteht die Eignung zur Friedensstörung bei der Platzierung der in Englisch verfassten „Auschwitzlüge“ auf einem ausländischen Server, der Internetnutzern in Deutschland zugänglich ist? Während es bei § 34 Abs. 2 Nr. 2 AWG a.F. (und n.F.) um das „friedliche Zusammenleben der Völker“ geht, zielt der Schutz des § 130 StGB in seiner kollektiven Schutzrichtung nur auf den nationalen Frieden. Der BGH stuft das „Klimaschutzdelikt“ des § 130 StGB als abstrakt-konkretes (oder auch potentielles) Gefährdungsdelikt ein.<sup>58</sup> Bei § 34 AWG ist zu fragen, wie bei dem in erster Linie politischen Schutzgut der auswärtigen Beziehungen zu gewährleisten ist, dass sich ein Gefährdungsobjekt noch klar beschreiben lässt und damit die Bestimmtheit des Tatbestands garantiert werden kann,<sup>59</sup> zumal diese akzessorische Norm durch ihre auf den jeweiligen Stand von Verordnungen nach außen verweisende Technik das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG ohnehin stark und das gesteigerte Gebot aus Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG bis an die Grenze der Belastbarkeit strapaziert.<sup>60</sup>

*b) Offene Tatbestandsdefinition*

Die Tatbestandsdefinition ist von der erwähnten Unbestimmtheit erfasst.<sup>61</sup> Das gilt zunächst für die Technik des Blanketts, mit der die erfassten Fälle zum Zeitpunkt der Tat schier unübersehbar werden. Die durch Art. 103 Abs. 2, 104 GG geforderte Berechenbarkeit beim Normadressaten wird

dadurch besonders strapaziert.<sup>62</sup> Mit dem Verbrauchsteuergesetz vom 12.12.1992, mit dem in § 33 AWG ein neuer Abs. 4 Eingang fand, ging der Gesetzgeber in seiner Verweisungstechnik besonders weit, um die Probleme einer schlichten Wiederholung von EG-Verordnungen im deutschen Recht zu vermeiden. Eine weitere Begründung, insbesondere im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG, fehlt. Mit § 33 Abs. 4 AWG wurde auch der nicht-nationale Verordnungsgeber in Brüssel ohne weitere Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber als Strafgesetzgeber anerkannt (§ 34 Abs. 2 i.V.m. § 33 Abs. 4 AWG). Anders als bei § 34 Abs. 4 AWG bedarf es keiner Veröffentlichung der entsprechenden EG-Normen im Bundesgesetzblatt oder Bundesanzeiger.<sup>63</sup>

Die Verwendung des Blanketts bedeutet akzessorisches Strafrecht. Die Akzessorietät wurde, dem Umweltstrafrecht folgend, beschränkt. Im hinzu gekommenen § 34 Abs. 8 AWG n.F. wurde die nur scheinbar ordnungsgemäße, durch unrichtige oder unvollständige Angaben ersichene Genehmigung von ihr ausgenommen.<sup>64</sup> Die Unbestimmtheit schlägt sich unmittelbar in der Benutzung von Merkmalen wie „geeignet“ oder „erheblich“ und aufgrund der unverhältnismäßig hohen Strafdrohung in besonderem Maß im Merkmal „gewerbsmäßig“ in Abs. 6 nieder, das nach a.F. nur als Regelbeispiel<sup>65</sup> strafscharfend wirkte und nun in der n.F. als selbständiger Verbrechenmerkmal dient. Sehen wir näher zu.

Nimmt man als Beispiel die Lieferung von Dual-Use-Rohstoffen nach China, so scheidet die Berechenbarkeit aus, wenn diese Lieferung nicht mehr von einer objektiven Einschätzung der Politik dieses Landes abhängig ist, sondern ausschließlich von den Prioritäten, welche die Bundesrepublik für ihre allgemeinen Handelsbeziehungen setzt. Was vor einiger Zeit noch unmöglich schien – die Lieferung nicht nur von Rohstoffen oder einfachen Waren, sondern der Hanauer Brennelemente-Fabrik –, war plötzlich opportun. Die durch

<sup>57</sup> BGH 39, 371 (372).

<sup>58</sup> „Für die Eignung zur Friedensstörung ist deshalb zwar der Eintritt einer konkreten Gefahr nicht erforderlich [...]. Vom Trichter verlangt wird aber die Prüfung, ob die jeweilige Handlung bei genereller Betrachtung gefahrengerechtigt ist (vgl. BGH NJW 1999, 2129 zu § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG). Notwendig ist allerdings eine konkrete Eignung zur Friedensstörung; sie darf nicht nur abstrakt bestehen und muss – wenn auch aufgrund generalisierender Betrachtung – konkret festgestellt sein [...]. Deshalb bleibt der Gegenbeweis der nicht gegebenen Eignung zur Friedensstörung im Einzelfall möglich.“ Für die Eignung zur Friedensstörung genügt es danach, dass berechnete, d.h. konkrete Gründe für die Annahme vorliegen, der Angriff werde das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern.

<sup>59</sup> Abl. Herzog, wistra 2000, 41 (44).

<sup>60</sup> BVerfG NJW 1993, 1909 (1910) zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG-1990 (dem Abs. 2 Nr. 3 AWG-1992: „Störung der auswärtigen Beziehungen“) mit einer adressatenspezifischen Auslegung des Bestimmtheitsgebots, die dem im Außenhandel tätigen Unternehmen besondere Informationspflichten abverlangt.

<sup>61</sup> In § 34 Abs. 2 AWG.

<sup>62</sup> BVerfGE 78, 374 (383) zu § 327 Abs. 2 StGB; BVerfG NJW 1992, 2664 und zum AWG die oben in Fn. 60 zitierte Entscheidung NJW 1993, 1909.

<sup>63</sup> Die offenbar in Eile erfolgte Nichtberücksichtigung der Verschiebung des bisherigen § 33 Abs. 4 zu § 33 Abs. 5 in § 34 Abs. 2 AWG wurde mit dem 8. AWG-Änderungsgesetz vom 9.8.1994 nachgeholt, was zu einer neuerlichen Expansion der Strafbarkeit führte.

<sup>64</sup> Diese Anpassung an die Regelung des § 330d Abs. 5 StGB trägt der Kritik Rechnung, dass die kernstrafrechtliche Norm rechtstechnisch nicht als allgemeine Regel auf das AWG übertragbar ist; so Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 13), vor § 32 Rn. 63a entgegen Fuhrmann, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 42), § 34 Rn. 10.

<sup>65</sup> Die Regelbeispielstechnik („insbesondere“) wurde im allgemeinen Strafrecht vor allem bei § 243 Abs. 1 entwickelt (hier einschlägig: Nr. 3 StGB – gewerbsmäßiger Diebstahl). Sie wird auch im Nebenstrafrecht häufig benutzt. Weil diese Technik Beispiele als Indizien, nicht als Kriterien benutzt, kann sowohl ein besonders schwerer Fall in unbenannten Fällen angenommen werden wie ein solcher in benannten Fällen abgelehnt werden kann.

Art. 103 Abs. 2, Art. 104 GG geforderte Berechenbarkeit beim Normadressaten wäre mit einer schlichten Anbindung an die Staatsraison dann überstrapaziert. Die Erheblichkeit prägt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus, ist jedoch noch kein Kriterium, das eine Ja-Nein-Entscheidung zulässt.<sup>66</sup> Sie liefert nur ein Indiz, das keine weitere Berechenbarkeit bringt, weil seine Ausfüllung auch nicht wie sonst bei Verwendung des Merkmals durch eine gewisse Kasuistik eine materielle Typisierung zulässt. Wird, um das Beispiel China aufzunehmen, ein Rohstoff in dieses Land geliefert, den es selbst produziert, scheidet prima facie eine erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen aus. So wurde im Fall der geplanten Ausfuhr der Brennelementefabrik nach China argumentiert, China verfüge bereits über Atomwaffen und tatsächliche Anhaltspunkte für eine weitere Ausfuhr aus China beständen nicht. In einem Fall des Erschleichens einer Genehmigung zur Ausfuhr von Waffen (Ausfuhr mehrerer Panzer in den Jemen, die für den Iran gedacht waren) sah sich der BGH nicht veranlasst, über das Verwaltungsunrecht hinaus von einer erheblichen Gefährdung auszugehen,<sup>67</sup> vielmehr könne eine Strafbarkeit nach § 34 Abs. 2 AWG a.F. „allenfalls in Ausnahmefällen“ eintreten. Anders verhält es sich, wenn man die Gefährdungseignung bei § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG a.F. angesichts der besonderen Vagheit des Schutzgutes und der geforderten Erheblichkeit der Verletzung mit einer im Vordringen begriffenen Ansicht als konkrete Gefährdung interpretiert. Dann läge nicht nur ein Indiz, sondern ein – noch vor der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall handhabbares – Kriterium vor. Dafür muss nicht der Ansicht gefolgt werden, wonach Eignungsdelikte generell keine Untergruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte sind<sup>68</sup> oder zumindest generell bei Tatbeständen wie § 34 AWG als konkretes Gefährdungsdelikt interpretiert werden müssen.<sup>69</sup> Es genügt die Zuspitzung dieser Ansicht auf den Fall der erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG a.F./n.F., § 34 Abs. 6 Nr. 4c i.V.m. Abs. 4 AWG n.F.).

Der kriterielle Charakter dieser Ansicht ist beweistechnisch ersichtlich. Im Beweisrecht ist dann die Entscheidung über die Gefährdungseignung nicht einfach dem Entlastungsbeweis durch den Beschuldigten überlassen. Vielmehr obliegt dem Tatgericht die Aufklärung der Gefährdung in der konkreten Situation. Damit wäre der Einwand ausgeräumt, § 34 AWG widerstreite der Unschuldsumutung oder dem aus ihr folgenden In-dubio-Satz. Während die Gefährdungseignung ermittlungstechnisch zwar die dem abstrakten Gefährdungsdelikt entsprechende Ermittlung ins Blaue ausschließt, bleibt damit eine rasterhafte Vorfeldermittlung möglich. Die Definition der Gefährdungseignung als konkrete Gefahr verlangt hingegen eine individualisierende Feststellung der Gefähr-

dung (und entspricht damit der Anknüpfung an die konkrete Gefahr im Polizeirecht und bei funktionaler Äquivalenz an den Anfangsverdacht im Strafverfahren). In diesem Fall läge es für das Gericht nahe, der früheren Praxis bei § 34 AWG folgend, eine gutachterliche Stellungnahme des Auswärtigen Amtes einzuholen.<sup>70</sup>

Folgen hat diese Restriktion auch in der subjektiven Zurechnung, d.h. für die gerade beim Handel mit Dual-Use-Gütern schwierige Feststellung des Vorsatzes,<sup>71</sup> auf die in § 34 Abs. 2 AWG a.F. (und n.F.) sogar ausdrücklich Bezug genommen wird, soweit darin der Bezug auf Handlungen nach § 33 AWG hergestellt wird. Die Anforderungen an den Vorsatz spiegeln die Erfordernisse im objektiven Tatbestand. Der Vorsatz hat, soweit besteht noch Einigkeit, die Umstände der Gefahreignung zu erfassen, mithin auch die der Erheblichkeit. Soweit die Eignung als konkrete Gefährdung verstanden wird, muss sich die Kenntnis auf diese erstrecken. Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums verlangen jedoch nicht, dass der Vorsatz ein Gefahrenurteil voraussetzt. Es genüge, dass der Täter damit rechnet, dass die Tatumstände der Eignung möglicherweise vorliegen. Der Täter, der die die Gefährlichkeit begründenden Umstände kennt, nehme die objektive Gefährlichkeit zumindest billigend in Kauf.<sup>72</sup> Das steht allerdings nicht im Einklang mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, wonach zum Vorsatz die Kenntnis aller objektiven Umstände gehört. Weil zum objektiven Tatbestand die Eignung zur erheblichen Gefährdung zählt, muss der Täter diese Eignung kennen.<sup>73</sup> Das bei § 224 StGB vom BGH vorgebrachte Argument, damit wäre der „bedenkenlose, unbesonnene Schläger“ besser gestellt, hieße in der Konsequenz, dass bei jedem Vorsatzmangel aufgrund von Unbesonnenheit, d.h. bei Fahrlässigkeit, eine Vorsatzstrafe geboten wäre.<sup>74</sup> In der Sache tritt die Differenz selten zutage, weil bei einer Kenntnis der Umstände auch das Gefahrenurteil vorliegt. In schwer überschaubaren Bereichen des Handelns wie im vorliegenden spielt sie allerdings eine größere Rolle. Hier muss dem Umstand, dass die Gefährdungseignung bei § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG a.F. nur ausnahmsweise gegeben ist, durch eine Kenntnis dieser Eignung Rechnung getragen werden. Nach zutreffender Ansicht umfasst der Vorsatz deshalb nicht nur die

<sup>70</sup> Von ihr ist allerdings eher selten eine Restriktion des Merkmals zu erwarten; krit. *Bieneck*, AW-Prax 2006, 324.

<sup>71</sup> *Fuhrmann* (Fn. 42), § 34 Rn. 27.

<sup>72</sup> So bei § 224 StGB *Lilie*, in: *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 37. Lieferung, Stand: Mai 2001, § 224 Rn. 38 m.N.

<sup>73</sup> *Fuhrmann* (Fn. 42), § 34 Rn. 27. Praktisch ermöglichte es diese Position der Verteidigung nach altem Recht, beim Verbrechenstatbestand des § 34 Abs. 4 die Annahme eines minderschweren Falles nach S. 2 zu erreichen – mit der Untergrenze einer Freiheitsstrafe von drei Monaten, die nach dem Vergehenstatbestand von § 34 Abs. 4 n.F. mit seiner Untergrenze von sechs Monaten zu Lasten des Beschuldigten entfallen ist.

<sup>74</sup> *Roxin* (Fn. 52), § 12 Rn. 96, daran in der Sache anschließend *Hardtung*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, 2003, § 224 Rn. 36.

<sup>66</sup> Dem entspricht rechtstheoretisch die verbreitete Unterscheidung von Prinzip und Regel, vgl. *Schulz*, *Normiertes Misstrauen*, 2001, S. 246.

<sup>67</sup> BGH NJW 1999, 2129.

<sup>68</sup> *Hoyer* (Fn. 52).

<sup>69</sup> So *Roxin* (Fn. 52) und die oben zu § 130 StGB genannte Literatur.

Anknüpfungstatsachen für das Gefahrenurteil, sondern dieses selbst.<sup>75</sup> Eine Strafbarkeitslücke besteht nicht, weil auch für die Abs. 1, 2 und 4 die Fahrlässigkeit inkriminiert ist (§ 34 Abs. 7 AWG a.F./n.F.).

Den Schlusspunkt der zweifelhaften Kriminalisierung in materieller Hinsicht setzte der Gesetzgeber mit der Strafdrohung. Schon 1991 wurde der Strafraum spürbar erhöht (Höchststrafe bis 10 Jahre Freiheitsstrafe), mit der Novellierung vom 28.2.1992 weiter auf die durch § 38 Abs. 2 StGB vorgegebene Grenze von 15 Jahren („mindestens zwei Jahre“).

### c) Prozessuale Folgen

Aus der ungewöhnlich hohen Strafdrohung folgt prozessual zunächst die lange Verjährung. Dazu kommt die eklatant bessere Verhandlungsposition der Verfolgungsbehörden bei Absprachen. Für die verfolgungsfreundliche Ausgangslage bei Absprachen war es die praktisch vielleicht bedeutendste Weichenstellung, dass in § 73 StGB der „Vermögensvorteil“ durch das schlichte „etwas“ ersetzt wurde. Damit wurde für die Anwendung des Verfalls, bis dahin eine Rechtsfolge *sui generis*,<sup>76</sup> die erst mit der Neufassung des StGB zum 1.1.1975 allgemein eingeführt worden war und lange Zeit ein Schattendasein gefristet hatte, das Bruttoprinzip<sup>77</sup> zugelassen, mit dem die Verfallspraxis und wenig später die vorläufige Sicherung während des Verfahrens<sup>78</sup> revolutioniert und eine

<sup>75</sup> *Hardtung* (Fn. 74), § 224 Rn. 36; allgemein *Roxin*, (Fn. 52), § 12 Rn. 96 und gleichermaßen *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 30. Aufl. 2006, Rn. 284, mit Hinweis auf die Grundsätze der Parallelwertung in der Laiensphäre; *Fuhrmann* (Fn. 42), § 34 Rn. 29. Nach *Roxin* liegt der abweichenden Ansicht der Rekurs auf die überholte Lehre von den Komplexbegriffen (a.a.O., Rn. 93) zugrunde.

<sup>76</sup> Während die Rechtsprechung an dieser Auffassung auch nach Einführung des Bruttoprinzips festhält (BVerfG NJW 2004, 2073), geht die h.L. vom Strafcharakter aus, weshalb sie eine schuldhaftige Anknüpfungstat voraussetzt und eine Strafmilderung fordert, wenn der Täter insgesamt einen „Verlust“ erzielt; so *Tröndle/Fischer* (Fn. 12), § 73 Rn. 3 bis zur 50. Aufl. 2001, *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 13) § 73 Rn. 2, 19; *Herzog*, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2005, Vor §§ 73 ff. Rn. 7 f. m. w. N.

<sup>77</sup> Demnach bestimmt sich der herauszugebende Taterlös nur nach dem unkorrigierten tatsächlich zugeflossenen Vermögenszuwachs, unabhängig von der vorher üblichen Saldierung mit den vom Täter getroffenen Aufwendungen. „Crime doesn't pay“, so wollte es der Gesetzgeber, und die Rechtsprechung folgte ihm darin (BGHSt 47, 369 [373 f.]; BVerfG NJW 2004, 2073 ff.).

<sup>78</sup> Nach § 111b Abs. 1 StPO können Gegenstände sichergestellt werden, die dem Verfall oder der Einziehung (§§ 74 ff. StGB) unterliegen. Gleiches gilt nach Abs. 2 für den Wertersatz. Mit Art. 2 Nr. 6a des Gesetzes zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4.5.1998 wurde die vordem hohe Schwelle des dringenden Verdachts bis auf den einfachen Verdacht eingeebnet, was in Kombination mit dem Bruttoprinzip den entscheidenden, zumeist lukrativen Durch-

Fiskalisierung<sup>79</sup> der Strafverfolgung bewirkt wurde. Über § 36 Abs. 3 AWG ist der erweiterte Verfall nach § 73d StGB immer dann anzuwenden, wenn die Tatmodalitäten des § 34 AWG gewerbs- oder bandenmäßig verwirklicht werden.

Die Erleichterung der Beweisanforderungen war das erklärte Ziel der Ausgestaltung des Tatbestands als abstraktes Gefährdungsdelikt. Nach der Beseitigung der Beweisschwierigkeiten beim Erfolgsdelikt<sup>80</sup> wurden damit auch die weiter bestehenden Schwierigkeiten eines Nachweises der konkreten Gefährdung ausgeräumt.<sup>81</sup>

Die materielle Expansion des Tatbestands wurde zudem prozessual flankiert von zusätzlichen Ermittlungsmöglichkeiten. Die Eingliederung der Norm in den Katalog des § 100a StPO (Telefonüberwachung, inzwischen Überwachung der Telekommunikation genannt) gestattete diese wichtigste Art der verdeckten Ermittlung, die dem inzwischen personell aufgestockten Zollkriminalamt „zur Verhütung von Straftaten“ übertragen wurde (§§ 39-43, 51 AWG und § 29a OWiG). Das damit mögliche präventive Vorgehen trägt der Bewegung vom Wirklichen zum Möglichen als dem Grundzug der Entwicklung Rechnung: Die wirkliche Tat und der wirkliche Täter treten zurück zugunsten möglicher Taten und möglicher Täter, parallel zur Dominanz der Möglichkeit des Schadens über den eingetretenen Schadenserfolg im materiellen Recht.<sup>82</sup> Eine weitere prozessuale Weichenstellung soll Anfang 2007 in Kraft treten. Demnach erhält, wie am Ende dieses Beitrags ausgeführt wird, die Bundesanwaltschaft die Ermittlungszuständigkeit für Straftaten gem. § 34 AWG faktisch in allen von ihr als wichtig angesehenen Fällen.

Das Ergebnis der rigorosen Kriminalisierung des Außenwirtschaftsverkehrs war die flächendeckende Strafdrohung für den Außenhandel. Symbolisch wurde damit das plötzliche, mit dem Wegbrechen der traditionellen Feinde hinter dem Eisernen Vorhang entstandene Vakuum mit einem neuen Feind gefüllt. Nur so war zu erklären, dass sich die Kriminalpolitik trotz ablehnender Reaktion im Schrifttum<sup>83</sup> zugute

bruch für die Verfolgungsbehörden und den nicht seltenen Zusammenbruch von wirtschaftlichen Betrieben bedeutet; zu Beispielen s. *Strate*, StV 2006, 386-373, zur Differenz der Verdachtsschwellen s. *Schulz*, (Fn. 66), Teil III.

<sup>79</sup> *Herzog* (Fn. 76), Vor §§ 73 ff. Rn. 6.

<sup>80</sup> *Pietsch*, KJ 1991, 475 (477).

<sup>81</sup> Ausf. *Dahlhoff*, NJW 1991, 20.

<sup>82</sup> Da die Vermutung ein allgemein akzeptierter Verfassungsgrundsatz ist, wird sie auch bei der Verschärfung des § 34 AWG als verletzt betrachtet; *Michalke*, StV 1993, 262 (263, 267) speziell zur Inkriminierung des bloßen Verwaltungsunrechts in § 34 Abs. 1).

<sup>83</sup> *Fuhrmann* (Fn. 42), § 34 Rn. 1 („kaum noch verständliche“ Ausdehnung der Strafbarkeit); *Hocke/Berwald/Maurer*, Außenwirtschaftsrecht, 105. Ergänzungslieferung, 2003, § 34 Rn. 3; *Bieneck* (Fn. 45), § 33 Rn. 75: Vorfelddelikt; im Anschluss daran auch BGH NJW 1999, 2129; siehe gleichermaßen *Michalke*, StV 1993, 262 (264), *Otto*, ZStW 105 (1995), 559, und *Herzog*, wistra 2000, 41 (44: „zunehmende Ersetzung von Recht durch Politik und damit eine Zersetzung der Garantiefunktionen des Strafrechts“).

hielt, das härteste Außenwirtschaftsstrafrecht der Welt bewerkstelligt zu haben. Inzwischen hat der Gesetzgeber gewisse Einsicht gezeigt, nachdem insbesondere bei den Embargo-Verstößen der ganz normale Bürger reihenweise durch schlichten verwaltungsrechtlichen Regelverstoß gewissermaßen ins Reich des Bösen geraten war.<sup>84</sup>

### IV. § 34 AWG n.F. vom 8.4.2006

Die Novelle von 2006 betrifft zunächst den materiellen Tatbestand. Dabei stellt § 10 AWG n.F. eine systematische Weiche: Die Einfuhr wird grundsätzlich frei von einer Genehmigungspflicht gestellt.<sup>85</sup> Die nun leichter handhabbare Einfuhrliste enthält nur noch genehmigungspflichtige Waren sowie Waren, für die nach § 26 AWG eine Kontrollmitteilung verpflichtend ist.<sup>86</sup>

Im strafrechtlichen Mittelpunkt der Novelle steht § 34 AWG n.F. Er enthält bei geringfügigen Embargoverstößen nach § 34 Abs. 4 eine partielle Dekriminalisierung, die der höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechnung trägt. In der Begründung der Novelle drückt sich dies in der Feststellung aus, dass die Strafbewehrung von Embargoverstößen differenzierter gestaltet und damit der am Ende vom BGH formulierte Differenzierungsbedarf der Justiz gestillt werden soll.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Wegen Verletzung des Serbien-Embargos wurde beispielsweise jemand verurteilt, der einige LKW-Lieferungen von gefrorenen Früchten aus dem vormaligen Jugoslawien nach Deutschland besorgt hatte (nach § 69h Abs. 2 Nr. 1 AWV a.F. LG Nürnberg-Fürth, zitiert bei *Lübbig*, AW-Prax 1996, 409) oder jemand, der seinen PKW einer in Serbien lebenden Person zum Gebrauch überlassen hatte (BayObLG, wistra 1998, 119f.). Aussagekräftig ist auch das Beispiel der Lieferung von Kleidungsstücken aus den Beständen der ehemaligen NVA nach Kroatien in den Jahren 1992-1994. Der Beschuldigte hatte, um jedem Strafbarkeitsrisiko aus dem Weg zu gehen, auf den Kleidungsstücken aufgenähte Rang- und Hohheitsabzeichen sorgfältig beseitigt; vgl. *Herzog*, wistra 2000, 41 (43). Der BGH hatte sich mit nicht genehmigten Zahlungen in die kurdische Schutzzone des Irak für humanitäre Zwecke bei grundsätzlicher Erlaubtheit solcher Zahlungen zu befassen; BGH wistra 2003, 65 ff. Nach dieser Entscheidung hat das Tatgericht angesichts des hohen Regelstrafrahmens bei § 34 Abs. 4 AWG a.F. stets die Verhältnismäßigkeit, insbesondere eine Verletzung des Übermaßverbots zu prüfen und ihm durch die Annahme eines minder schweren Falles nach § 34 Abs. 4 S. 2 AWG a.F. zu entsprechen. Als Alternativstrategie ließ der Tatbestand allenfalls noch die unbeliebte Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums zu, vgl. BGH wistra 1995, 306 f.

<sup>85</sup> Der alten Fassung, die insoweit noch dem Stand bei Erlass des AWG im Jahr 1961 verpflichtet war, lag der Gedanke zugrunde, dass eine Einfuhr nur ausnahmsweise nach Maßgabe einer Liste zulässig ist.

<sup>86</sup> Einfuhrkontrollmitteilungen nach § 27a AWV, vorherige Einfuhrüberwachung nach § 28a AWV, Ursprungszeugnis und Ursprungserklärung gem. § 29 AWV.

<sup>87</sup> BT-Drs. 16/33, S. 10 sub Nr. 1. Wörtlich heißt es: „Damit ist die Anwendung der flexiblen strafprozessualen Möglich-

Von Dekriminalisierung kann auch dann noch gesprochen werden, wenn man die Versuchsstrafbarkeit einbezieht, die vordem beim Verbrechenstatbestand nicht genannt werden musste und nun in § 34 Abs. 5 AWG n.F. normiert wurde. Damit scheint aus dem kleinen Embargo-Verletzer der gewöhnliche, auch von *Jakobs* gewiss nicht als „Feind“ denunzierte Täter zu werden, für den gem. § 34 Abs. 4 AWG eine Strafandrohung von sechs Monaten bis zu fünf Jahren genügen soll.

Der Schein trägt, wie eine lange Reihe von Kriminalisierungstendenzen zeigt, mit denen die Dekriminalisierung zurückgenommen wird, ja beim Ausgangspunkt der h.M. zum Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit durch eine radikale Kriminalisierung noch überboten wird.

Zunächst liegt das vom Gesetzgeber selbst gesetzte Ziel darin, „bestehende Strafbarkeitslücken [...] zu schließen.“ Die Ersetzung des Begriffs der Waren durch den weiteren der Güter wurde bereits erwähnt.<sup>88</sup> Sie betrifft nicht nur den Grundtatbestand von § 34 Abs. 1 AWG n.F., sondern auch den Fördertatbestand von § 34 Abs. 3 AWG n.F. Damit erstreckt sich die Förderung auf jede Art von Technik, von Hardware bis zur Software, die wiederum nur der Herstellung von Teilen der gefertigten Waren dienen muss. Dazu kommt, dass der Grundtatbestand von § 34 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 AWG n.F. auch die Ausfuhr aus anderen EU-Mitgliedstaaten verbrachten Gütern erfasst (Abs. 1 Nr. 2 S. 2), soweit der Exporteur in diesem Staat niedergelassen ist – dem Wortlaut nach ohne die Voraussetzung, dass die Güter vorher in den betroffenen Staat verbracht wurden. Auch wenn dafür eine unselbständige Zweigniederlassung nicht genügen wird, dehnt der Gesetzgeber damit die Strafbarkeit weit aus, weil selbst extritorial agierende Täter ohne deutsche Staatsbürgerschaft erfasst werden. Weiterhin wird das von der EG verhängte Embargo dem Embargo, das der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen beschlossen hat, gleichgestellt.<sup>89</sup> Der Verstoß gegen reine EG-Sanktionen, immerhin ihre Veröffentlichung im Bundesanzeiger vorausgesetzt, begründet keine Ordnungswidrigkeit mehr, sondern eine erhebliche Straftat (§ 34 Abs. 4 AWG). Über § 44 AWG n.F. werden auch die prozessualen Möglichkeiten erweitert, sofern die durch die AO mögliche, effektive und kostensparende Betriebsprüfung mittels Datenverarbeitung auch auf den Außenwirtschaftsverkehr erstreckt wird (§ 44 Abs. 2 AWG n.F.). Demnach hat der Verpflichtete auf eigene Kosten seine Daten dem jederzeitigen behördlichen Zugriff zu öffnen. Hier ist auch an die allgemeine Informationspflicht im Bereich terroristischer Aktivitäten zu erinnern, deren Verletzung im Verbund mit einer Gefährdungseignung strafbar ist.<sup>90</sup>

Im Hinblick auf die Dekriminalisierung in Abs. 4 geht der Gesetzgeber bei Embargoverstößen weiterhin von Tätern aus,

keiten gewährleistet, ohne dass die Abschreckung vermindert wird, da schwere Verstöße gemäß § 34 Abs. 6 AWG nach wie vor als Verbrechen geahndet werden.“

<sup>88</sup> Siehe oben Fn. 2.

<sup>89</sup> Damit wird der Kritik an der alten Regelung Rechnung getragen; s. *Krach* (Fn. 31), passim.

<sup>90</sup> Siehe oben bei Fn. 30.

für die gem. § 34 Abs. 6 AWG der Strafraumen von zwei bis fünfzehn Jahren unangetastet bleibt. Genannt wurde bereits die Einbeziehung weiterer, noch diffuserer Rechtsgüter über die äußere Sicherheit der Bundesrepublik hinaus auf das friedliche Zusammenleben der Völker und die die erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehung der Bundesrepublik. Dadurch wird der Tatbestand politisiert.<sup>91</sup> Diese Einbeziehung des Embargoverstoßes im Fall der Verletzung eines Waffenembargos in den Abs. 6 durch Nr. 3 wird mit einer „erhöhten außenpolitischen Sensibilität“ begründet.<sup>92</sup>

Dadurch, dass die Technik des Regelbeispiels zugunsten eines Qualifikationstatbestands aufgegeben wurde, geht die bislang wenn auch beschränkt bestehende prozessuale Flexibilität verloren. Die veränderte Regelungstechnik verdankt sich augenscheinlich nicht den Zweifeln an dieser Technik, die im Schrifttum nach ihrem inflationären Gebrauch beim 6. Strafrechtsreformgesetz verstärkt wurden, sondern prozessualen Überlegungen. Der Gesetzgeber verweist in den Erläuterungen nur auf den Verjährungsaspekt. Es sei festgeschrieben, dass ein Verstoß nach Abs. 6 der Verjährungsfrist von zehn Jahren gem. § 78 Abs. 3 Nr. 2 und § 78a StGB unterliegt. Nicht genannt wird der Umstand, dass nun § 34 Abs. 6 AWG als Qualifikationstatbestand vom Straftatenkatalog des § 261 StGB erfasst wird, der als Ermittlungsparagraf systematisch Ermittlungsmöglichkeiten eröffnet, auf staatlicher Seite namentlich die Rasterfahndung gem. § 98a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO, die Überwachung der Telekommunikation gem. § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO i.V.m. § 261 Abs. 1 StGB, den Lauschangriff gem. § 100c Abs. 1 Nr. 3a StPO und den Einsatz verdeckter Ermittler gem. § 110a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO. Hinzu kommt wiederum durch die Anknüpfung an die Geldwäsche die vehement um sich greifende private Ermittlung, zu der bei § 261 StGB de lege ferenda jeder Gewerbetreibende verpflichtet sein wird, der eine Zahlung von mindestens 15.000 Euro bar oder elektronisch entgegennimmt.<sup>93</sup> Die Untergrenze von 2 Jahren Freiheitsstrafe bei § 34 Abs. 6 AWG führt weiterhin dazu, dass in der Regel deren Aussetzung auf Bewährung und auch andere Möglichkeiten zu einer flexiblen Verfahrensbeendigung wie die Einstellung nach §§ 153, 153a StPO oder die Beendigung mit Strafbefehl gem. § 407 Abs. 1 S. 1 StPO ausscheiden. Durch die der Heraufstufung zum Verbrechenstatbestand entsprechende Aufnahme von § 34 Abs. 6 AWG n.F. in den Katalog des § 36 Abs. 3 AWG n.F. steht über den nun anwendbaren erweiterten Verfall gem. § 73d StGB im Ermittlungsverfahren bereits die Sicherstellung nach § 111b StPO offen. Hinzu kommt schließlich das erhöhte Risiko einer Sicherungsverwahrung gem. § 66 Abs. 2 StGB. Materiellrechtlich führt ein Verbrechenstatbestand dazu, dass bereits die Verabredung zur Begehung gem. § 30 Abs. 2 StGB strafbar ist, das Paradebeispiel für die Analyse einer feindstrafrechtlichen Vorverlagerung bei *Jakobs*.

Zu den Tendenzen der Kriminalisierung gehört schließlich, dass die Akzessorietät des Tatbestands, dem Vorbild des

§ 330d Abs. 5 StGB im Umweltstrafrecht folgend, mit der Einbeziehung des kollusiven Zusammenwirkens weiter relativiert wird: Ohne Genehmigung im Sinne von Abs. 1 (bzw. entsprechend in den Fällen der Abs. 2 und 4) handelt nach Abs. 8 auch, wer auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder durch Zusammenwirken eines Amtsträgers mit dem Antragsteller zur vorsätzlichen Umgehung der Genehmigungsvoraussetzung erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Genehmigung handelt.

So bekundet der Gesetzgeber weiterhin seinen Stolz darauf, dass das deutsche Ausfuhrstrafrecht im internationalen Vergleich „eines der strengsten der Welt“ bleibt.<sup>94</sup> Die folgende Analyse wird zeigen, dass zu solchem Stolz wenig Anlass besteht. Ungeachtet der genannten Ausdehnung von § 34 Abs. 6 AWG n.F. führt bereits das auch in § 34 Abs. 6 AWG a.F. enthaltene Merkmal der Gewerbsmäßigkeit dazu, dass der typische Akteur im Außenwirtschaftsverkehr von jener Dekriminalisierung nicht zu profitieren vermag.<sup>95</sup> Diesem Merkmal steht, so wird sich ergeben, die fehlende Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG auf die Stirn geschrieben. Der Gesetzgeber behandelt in diesem Belang den Bürger nicht mehr als Normadressaten eines berechenbaren Strafrechts und namentlich den Täter nicht mehr nur als Gegner, mit dem nach rechtsstaatlichen Regeln zu verfahren ist.

#### V. Das Qualifikationsmerkmal „gewerbsmäßig“ (§ 34 Abs. 6 Nr. 2 AWG n.F.)

Nach dem allgemeinen Begriff des gewerbsmäßigen Handelns liegt ein solches vor, wenn der Täter von der Absicht geleitet wird, sich durch wiederholte Tätigkeit eine Einnahmequelle von einiger Dauer<sup>96</sup> und einigem Umfang zu verschaffen. Jede Auslegung des Merkmals muss davon ausgehen, dass sich eine rigorose, gesinnungsstrafrechtliche Subjektivierung des Merkmals verbietet, dass sich mithin die Absicht deutlich manifestiert. Am ausführlichsten thematisiert ist dieses Erfordernis beim Merkmal der Zueignung bei der Unterschlagung (§ 246 StGB). Dort hat die so genannte Manifestationslehre sogar dazu geführt, dass aus dem im objektiven Tatbestand normierten Merkmal der Zueignung ein subjektives wurde. Seit 1998 der Besitz oder Gewahrsam als Indiz der objektiven Sachherrschaft wegfiel, wurde diese Subjektivierung augenfällig und führte zu vermehrten Versuchen, eine Objektivierung der Auslegung zu garantieren.<sup>97</sup> Die Auslegung des Merkmals ist auch für die empirische Bestandsaufnahme von Bedeutung, die wiederum für den Gesetzgeber belangvoll ist. Dass sie für die kriminologische Bestandsaufnahme Folgen zeitigt, demonstriert *Bienecks* Vermutung, das Merkmal dürfte „im Außenwirtschaftsverkehr häufiger vorliegen [...], als es in der Strafverfolgung

<sup>94</sup> BT-Drs. 16/33, 10 sub Nr. 1.

<sup>95</sup> Siehe auch *Bieneck*, AW-Prax 2006, 323.

<sup>96</sup> BGHSt 19, 63 (76).

<sup>97</sup> *O. Hohmann*, in: Münchener Kommentar (Fn. 74) § 246 passim; *Schulz*, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, 2003, S. 653 ff.

<sup>91</sup> Siehe oben bei Fn. 42.

<sup>92</sup> BT-Drs. 16/33, S. 13.

<sup>93</sup> Siehe oben die Nachweise in Fn. 30.

festgestellt wird.<sup>98</sup> Diese empirische Vermutung verdankt sich einer spezifischen Auslegung des Merkmals, die sich sowohl objektiv wie subjektiv mit Minimalanforderungen an die Gewerbsmäßigkeit begnügt, dem z.B. augenscheinlich bereits das einfache Gewinnstreben genügt. Folgen wir zunächst der h.L. Nach ihr besteht das Merkmal subjektiv aus der genannten Absicht und aus einem spezifischen Gewinnstreben, objektiv aus Elementen, in denen sich die Absicht manifestiert. Die Auslegung der beiden Elemente, die in einer Gesamtbetrachtung zusammen zu führen sind, erfolgt vor dem Hintergrund dessen, dass mit dem Merkmal der Gewerbsmäßigkeit eine besondere Verwerflichkeit der Tatbegehung Ausdruck findet. Nur so ist auch die gravierende Differenz im Strafraum nachvollziehbar, die höher ausfällt als in vergleichbaren Fällen der Strafschärfung (z.B. § 243 Abs. 1 StGB im Kernstrafrecht oder bei § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO – „aus grobem Eigennutz“). Das Gewinnstreben muss eine gewisse Intensität aufweisen.<sup>99</sup> Einfaches, sozial- oder professionell adäquates Gewinnstreben genügt nicht. Auch bei unternehmerischem Handeln ist deshalb vom *Normalfall* einer *nicht gewerbsmäßigen* Tätigkeit auszugehen. Für die gebotene Objektivierung gibt es verschiedene Ansatzpunkte. Dafür liegt es nahe, eine spezifische Beharrlichkeit des Verhaltens zu fordern oder an eine qualifizierte Höhe des erstrebten Gewinns oder an einen besonderen Schadensumfang anzuknüpfen oder schließlich beides zu verknüpfen.<sup>100</sup> Diese Ansatzpunkte lassen sich unter Heranziehung vergleichbarer Strafschärfungen weiterführen. In der Auslegung zu § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird teilweise entgegen der weit überwiegenen Meinung<sup>101</sup> eine Beharrlichkeit gefordert, die sich in mehreren, zumindest zwei Taten manifestiert. Erst dann könne man von einem erkennbar systematischen Vorgehen sprechen.<sup>102</sup> Schon die Beweissituation wird vielfach nach einer zweiten Tat rufen, wenn sich die Feststellung der Absicht bei einem bestreitenden Beschuldigten nicht als offene Zuschreibung entpuppen soll. Die materiellrechtliche Forderung nach zwei Vortaten provoziert allerdings einen bedenklichen Schematismus, der bei § 243 Abs. 1 StGB zu einem zweiten Vorschlag der Restriktion führte, in dem der zweite Ansatzpunkt zur Geltung gelangt. Demnach wird, um das Erfordernis eines erhöhten Gewinnstrebens zu präzisieren, verlangt, dass

die Vortat, an die anzuknüpfen ist, keine Bagatelldat ist.<sup>103</sup> Für diese zweite Strategie empfiehlt sich der Blick auf § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO. Für die bei der Gewerbsmäßigkeit vorauszusetzende Intensität lässt sich das Merkmal „aus grobem Eigennutz“ heranziehen, mit dem bei § 370 AO die Differenz zum Normalverhalten – bei erheblich geringerer Strafdrohung als in § 34 AWG – deutlich gemacht wird: Das Gewinnstreben muss demnach das bei jedem (Steuer-) Straftäter vorhandene Streben nach Eigennutz deutlich überschreiten.<sup>104</sup> Dabei kann die höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage, ob das besonders intensive Gewinnstreben schon „Gewinnsucht“ bedeutet, dahingestellt bleiben. Auszuscheiden ist jedenfalls das marktwirtschaftlich gewöhnliche Gewinnstreben. Das Vorliegen des Regelbeispiels von § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO setzt weiterhin ein „großes Ausmaß“ des Gewinns voraus, ein Merkmal, das bereits im Subventionsbetrug Verwendung fand.<sup>105</sup> Für dieses Ausmaß wird zumeist ein Millionenbetrag nötig sein.<sup>106</sup> Die für § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO nötige Gesamtbetrachtung muss sich auf beide Voraussetzungen beziehen, so dass, nicht zuletzt angesichts des erwähnten Strafraums, trotz der relativ unbestimmten Merkmale dem Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen wird. Dieses Ergebnis ist auf § 34 Abs. 6 Nr. 1 AWG schon deshalb nicht übertragbar, weil die Gewerbsmäßigkeit noch dazu bei einem ungleich höheren Strafraum durch kein weiteres Merkmal präzisiert wird, man also die bei § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO ausdrücklich formulierten Merkmale in die Auslegung der Gewerbsmäßigkeit hineinlegen müsste. Folgt man der Schaukeltheorie des BVerfG, dann muss ein Tatbestand umso präziser sein, je schwerer die angedrohte Strafe ist.<sup>107</sup>

Im Überschreiten dieser Bestimmtheit könnte § 370a AO dem § 34 Abs. 6 Nr. 1 AWG entsprechen, zumal zu beiden Normen *Jürgen Meyer* den Anlass gegeben hat. Um der Steuerverkürzung bei der Umsatzsteuer, namentlich den EU-weit praktizierten, so genannten Umsatzsteuerkarussellen ein Ende zu bereiten, hat der Gesetzgeber in Gestalt des Finanzministeriums und des Bundeskanzleramts gegen den Widerstand des Justizministeriums im Windschatten der Terrorbekämpfung in ungewöhnlicher Eile<sup>108</sup> mit dem Gesetz zur

<sup>98</sup> *Bieneck*, in: *Wolfgang/Simonsen*, Außenwirtschaftsrecht, § 34 Abs. 5-8 Rn. 21.

<sup>99</sup> Undifferenziert *Bieneck* (Fn. 98), § 34 Abs. 5-8 Rn. 21; siehe auch *ders.* (Fn. 45), § 28 Rn. 27.

<sup>100</sup> BGHSt 29, 187 (189).

<sup>101</sup> BGH NStZ 1995, 85; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 13), § 243 Rn. 31; *Schmitz*, in: *Münchener Kommentar* (Fn. 74), § 243 Rn. 40; für die Lehrbuchliteratur *Mitsch*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, Teilband 1, 2. Aufl. 2002, § 1 Rn. 199; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2003, § 33 Rn. 92; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 230.

<sup>102</sup> So *Kindhäuser*, in: *Nomos Kommentar*, Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl. 2005, § 243 Rn. 35; *ders.*, *Lehr- und Praxis-Kommentar*, 2. Aufl. 2005, § 243 Rn. 25.

<sup>103</sup> So *Tröndle/Fischer* (Fn. 12), § 243 Rn. 18, bis zur 52. Aufl. 2004 (mit Hinweis auf OLG Köln NStZ 1991, 585), nicht weiter geführt in der 53. Aufl. 2006, in der das Erfordernis kommentarlos entfällt.

<sup>104</sup> BGH NStZ 1985, 558.

<sup>105</sup> § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

<sup>106</sup> Mit Recht legt sich hier auch die Rspr. nicht fest; siehe BGH wistra 1985, 228; wistra 1993, 109, sowie zuletzt BGH wistra 2005, 30 („willkürlich“).

<sup>107</sup> BVerfGE 105, 135 (155f.).

<sup>108</sup> Noch in der ersten Lesung des Regierungsentwurfs im Bundestag am 20.11.2001 war von einem § 370a AO keine Rede. Dies war erst im Bericht des Finanzausschusses vom 23.11.2001 der Fall. Bereits eine Woche später hatte nach der zweiten und dritten Lesung der Bundesrat zugestimmt. Die aktuelle Fassung, die am 28.7.2002 in Kraft trat, verdankte sich den schnell aufkommenden Zweifeln, die im

Bekämpfung von Steuerverkürzungen bei der Umsatzsteuer und zur Änderung anderer Steuergesetze vom 19.12.2001 (Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz – StVBG) § 370a AO in einer Fassung eingefügt, in der verglichen mit der späteren Fassung weder der minder schwere Fall noch die Tatbestandsvoraussetzung einer Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ enthalten war. Der Tatbestand folgte in der Technik nicht dem Regelbeispiel,<sup>109</sup> sondern ist wie nun auch § 34 Abs. 6 AWG als Qualifikationstatbestand und in der Strafandrohung (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) als Verbrechen ausgestaltet. Ähnlich § 34 Abs. 6 AWG verbanden sich damit zahlreiche, insbesondere prozessuale Folgen.<sup>110</sup> Der Gesetzgeber selbst gab zu erkennen, dass der Tatbestand des § 370a AO zu weit geraten sei, wenn er ihn „äußerst restriktiv“ angewendet wissen wollte.<sup>111</sup> Wenn Meyer schließlich eine nachträgliche Restriktion über ein Rundschreiben des Bundesfinanzministeriums an die Obersten Finanzbehörden der Länder (BMF-Schreiben) anregte,<sup>112</sup> so lag dem ein zweifelhaftes Verständnis der Gewaltenteilung zugrunde.<sup>113</sup> Dem gleichfalls von diesem gegebenen und neuerlich gewaltenteilungstheoretisch ominösen Verweis auf eine Konkretisierung durch die Rechtsprechung<sup>114</sup> hat sich der BGH kürzlich verweigert,<sup>115</sup> ohne allerdings den Tatbestand gem. Art. 100 Abs. 1 GG i.V.m. § 80 Abs. 2 BVerfGG dem BVerfG vorlegen zu können, so dass ein für den gegenwärtigen Stil des Rechts nicht wirklich ungewöhnlicher subkutaner Geltungsverlust der Norm eingetreten ist. Für eine am allgemeinen Gewerbsmäßigkeitbegriff orientierte Auslegung besteht ein Hindernis, das sich in § 34 Abs. 6 Nr. 1 AWG wieder findet. Wegen der sich wiederholenden Erklärungspflichten im Steuerrecht, die namentlich für die Umsatzsteuer gelten, ist das Handeln des Steuerpflichtigen von einer „seriellen Begehungsweise“ geprägt.<sup>116</sup> Die Abgabe falscher Steuererklärungen ist deshalb in vielen Fällen auf Wiederholung in gewinnbringender Absicht angelegt. In diesem Fall würde nach dem allgemeinen Begriff bereits der Grundtatbestand den Fall der Gewerbsmäßigkeit enthalten. Die Frage, ob sich für § 370a AO im Weg einer teleologischen Reduktion des Tatbestands ein spezifischer Gewerbs-

mäßigkeitsbegriff empfiehlt,<sup>117</sup> wurde vom BGH schon deshalb verneint, weil der Wille des Gesetzgebers entgegenstehe.<sup>118</sup> Mag dies für § 370a AO angesichts der genannten Eile bezweifelt werden können,<sup>119</sup> muss für die überlegt verfertigte Novellierung des Außenwirtschaftsstrafrechts davon ausgegangen werden. Gerade die Umstellung vom Regelbeispiel auf ein Qualifikationsmerkmal demonstriert den bewussten Umgang mit § 34 Abs. 6 AWG, der darin vielleicht dem § 370a AO gefolgt sein mag. Dem typischerweise seriellen Charakter des strafbaren Verhaltens im Steuerstrafrecht entspricht im Außenwirtschaftsrecht ein Tätigwerden von Unternehmen, die typischerweise gewerbsmäßig agieren. Das Merkmal „gewerbsmäßig“ knüpft, soweit es ein strafscharfendes Merkmal ist, in diesen Fällen immer an Geschäfte an, die bereits unter den Tatbestand gem. § 34 AWG fallen. Verhält sich das Unternehmen marktwirtschaftlich korrekt, dann ist sein Agieren darauf ausgelegt, Geschäftsbeziehungen zu verstetigen. Anders als im Steuerrecht, in dem es sich bei der alltäglichen Hinterziehung nicht um wirklich profitable Vorteile handeln muss, steht beim unternehmerischen Handeln im Außenwirtschaftsverkehr typischerweise ein erheblicher Profit im Raum.

Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit als Qualifikationsmerkmal verletzt demnach das Bestimmtheitsgebot, zumal seine Strafandrohung unverhältnismäßig höher als jene von § 370a AO ist. Das Gebot einer verhältnismäßigen Strafsanktion ist gerade im Gebot von Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG besonders sensibel ausgeprägt. Die Maßgabe des BGH, in den Fällen eines nicht schwerwiegenden Verstoßes gegen Embargos gem. § 34 Abs. 4 AWG a.F., eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verlangen und auf die Annahme eines minder schweren Falles auszuweichen, ist pragmatisch gesinnt und empfiehlt sich als dogmatische Lösung nicht. Fehlt dem Merkmal eine dogmatisch legitime Funktion, so bleibt die kriminologische Funktion der Ausgrenzung des Täters nach Ende des Verfahrens und bereits vorher des Beschuldigten durch die genannten Ermittlungsmöglichkeiten.<sup>120</sup> Zumindest aus dieser Perspektive ist der Bürger nicht mehr schlichter Gegner eines – wenn es denn der Gesetzgeber will – kämpferischen Strafrechts. Ist er damit bereits ein Feind im Sinne von *Jakobs*? Lässt man die mystifizierende Frage, ob der Täter des § 34 Abs. 6 AWG eine kognitive Mindestgarantie bringt oder sich vom Recht ganz abgewendet hat, beiseite und geht prosaischer davon aus, dass mit dem Feindstatus eine Bemakelung des Täter als solchem vorliegen muss, dann lässt sich im vorliegenden Zusammenhang von Feind erst dann sprechen, wenn die Feststellung des Prädikats gewerbsmäßig die Person des Täters als solcher bemakelt.

Vermittlungsausschuss aufgegriffen wurden; Anlage zur BT-Drs. 14/9631.

<sup>109</sup> Dafür votierte die FDP-Fraktion, BT-Drs. 14/8887, S. 31 f.

<sup>110</sup> Siehe oben S. 506. Auf die Verjährungsvorschriften verweist § 369 Abs. 2 AO.

<sup>111</sup> BT-Drs. 14/8887, S. 24.

<sup>112</sup> Meyer (Interview), DStR 2002, 879 (881).

<sup>113</sup> So auch *Spatscheck/Wulf*, NJW 2002, 2983 (2984).

<sup>114</sup> Meyer, DStR 2002, 881.

<sup>115</sup> Zu den Zweifeln des BGH siehe zuletzt BGH, Urt. v. 12.1.2005 – 5 StR 271/04; siehe auch den Beitrag der Senatsvorsitzenden *Harms*, in: von Hirsch/Wolter/Brauns (Hrsg.), *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, 2003, S. 413 (425).

<sup>116</sup> BGH NJW 2004, 2990 (2991); siehe auch *Salditt*, StV 2002, 215.

<sup>117</sup> Vorschläge dafür finden sich bei *Joecks*, DStR 2001, 2184 (2187: Wiederholung innerhalb eines Jahres); *Kohlmann*, *Steuerstrafrecht* (Loseblatt), 7. Aufl. 1997, § 370a Rn. 13 (spezifisch aufwendiger modus operandi und außerordentlicher Profit).

<sup>118</sup> BGH NJW 2004, 2990 (2991: „ersichtlich nicht gewollt“, „geplante Beibehaltung“).

<sup>119</sup> So *Klein*, StV 2005, 459 (462).

<sup>120</sup> Siehe oben S. 506.

Die Schwierigkeit der Antwort zeigt immerhin, dass der analytische Ertrag von *Jakobs'* Begrifflichkeit gering ist. Der unverhältnismäßige Umgang des Gesetzgebers mit dem Bürger in den Fällen des § 34 Abs. 6 Nr. 2 AWG ist auch ohne deren Anwendung anstößig genug.

### VI. Zusammenfassung und Ausblick

Das neue Außenwirtschaftsstrafrecht des § 34 AWG nach der Fassung vom 8.4.2006 spiegelt neuere Tendenzen des Strafrechts in der Struktur und nicht zuletzt im Stil der Gesetzgebung durch eine Gemengelage von Kriminalisierung und Dekriminalisierung. Von der im Nebenstrafrecht besonders häufig beobachtbaren Diffusion des Rechtsgüterschutzes ausgehend, wurden drei Entwicklungstendenzen analysiert. 1. Die Abstraktion der Pönalisierung vom Schaden zum Schadensrisiko erfolgte im Außenwirtschaftsstrafrecht bereits in den frühen neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts. 2. Dazu kommt die Offenheit der Tatbestandsdefinition durch eine dynamisch strukturierte Akzessorietät, die das BVerfG durch eine adressatenspezifische Zuspitzung der Tatbestandskenntnis des Normadressaten zu retten versuchte. Wo die Strafdrohung allerdings weit in den Verbrechensbereich hineinreicht und mit einer minimalen Freiheitsstrafe von zwei Jahren Art. 104 Abs. 1 GG nachhaltig berührt, scheint eine dynamische Tatbestandsdefinition verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar zu sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie dem erfolgsqualifizierenden Merkmal der Gewerbsmäßigkeit einhergeht, das bei einem typischerweise gewerbsmäßigen Handeln der Akteure des Außenwirtschaftsrechts nicht sachgerecht ist. 3. Schließlich verquickt sich die Tatbestandsdefinition mit prozessualen Folgen, die insbesondere anhand des Geldwäschetatbestands ausgeführt wurden. Die Technik der Erfolgsqualifikation, zu der der Gesetzgeber in Gestalt des federführenden Wirtschaftsministeriums für § 34 Abs. 6 AWG gegriffen hat, überführt diesen Tatbestand in den Katalog des § 261 StGB und öffnet die Ermittlungsmöglichkeiten neben anderen Ausweitungen nun auch gegen Personen, die mit den Akteuren der Außenwirtschaft in wirtschaftlichem Kontakt stehen. Im Ergebnis erweist sich die zur Schau getragene Dekriminalisierung als verdeckte Kriminalisierung. Dass der Gesetzgeber wie beiläufig die Diskussion zu § 370a AO vernachlässigt, ist ein zusätzliches Indiz dafür, dass dem subkutanen Kriminalisieren ein verfassungsrechtlich überzeugendes Maß fehlt.

Für eine sachgerechte Analyse dieser Gesetzgebung eignet sich die Kategorie des Feindstrafrechts nur auf den ersten Blick. Gerade der Rekurs auf das Dispositionsprädikat „gewerbsmäßig“ ist zu unspezifisch, als dass er einem wie immer verfassten und ideologieanfälligen Begriff des Feindes genügen könnte. Ungleich besser eignet sich für die Akzentuierung des möglichen Schadens zu Lasten des wirklichen Schadens die dogmatisch geläufige Figur von Gefahr und Risiko als dem Vorfeld der Gefahr, in dem die traditionelle Eingriffsschwelle des präventiv-polizeilichen und – im Hinblick auf die Kategorie des Verdachts – des repressiv-strafrechtlichen Handelns abgetragen wird. Das Risiko steht deshalb auch für ein Möglichkeitsprinzip, das nicht nur mit bereits anlagehaft gegebenen Möglichkeiten, sondern auch mit

neu hinzu kommenden Möglichkeiten rechnet. Deshalb ist der Begriff des Risikostrafrechts nicht dem Risikodiskurs der achtziger Jahre verhaftet und anderen Begriffen wie „Sicherheitsstrafrecht“ oder „postpräventives Strafrecht“ überlegen.<sup>121</sup> Gerade die für die Soziologie des Risikos unübliche Kategorie des neuen, nicht mehr versicherbaren Risikos, die *Ulrich Beck* für ökologisch nicht mehr taxierbare Risiken einführte, könnte sich juristisch als eine Möglichkeit erweisen, das von *Beck* selbst als traditionell eingestufte Risiko von Schäden durch Terroranschläge im Hinblick auf seine juristische Wahrnehmung und Bewältigung adäquat zu analysieren. Der Umstand, dass das Risiko terroristischer Anschläge systematisch in die ohnehin schon offene Tatbestandsdefinition der Geldwäsche Eingang findet und damit ein qualitativ verändertes Kontrollniveau durch eine systematische Inpflichtnahme der wirtschaftlichen Akteure für die staatliche Ermittlung bewirkt, lässt sich vermutlich erst durch den Rekurs auf jenes Möglichkeitsprinzip angemessen analysieren.

Wurde bereits anhand der Geldwäsche der Blick in die weitere Zukunft einer verdichteten Kontrolle gewagt, so steht eine prozessuale Ergänzung der Novelle unmittelbar bevor, die sich in die genannten Entwicklungslinien einfügt. Nach einer Kabinettsvorlage vom 19.7.2006 soll zum Jahresbeginn 2007 im Rahmen eines Zweiten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz im Wege einer Novellierung des § 120 Abs. 2 GVG, verknüpft mit einer erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberlandesgerichte, der Generalbundesanwalt mit zusätzlichen Kompetenzen bei Straftaten nach dem AWG und KWKG ausgestattet werden.<sup>122</sup> Demnach ist die Zuständigkeit dann begründet, wenn entweder der Tat Staatschutzcharakter zukommt, d.h. sie „a) geeignet ist, die äußere Sicherheit oder die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik erheblich zu gefährden,“ oder wenn sie „b) bestimmt und geeignet ist, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören,“ und wenn der Generalbundesanwalt eine „besonderen Bedeutung des Falles“ annimmt.<sup>123</sup> Dafür wird nicht nur der Schutz des Ansehens Deutschlands ins Feld geführt, sondern mehr noch die besondere Vertrautheit der Generalbundesanwaltschaft mit dem Aufbau und Funktionsweisen von geheimdienstlichen Beschaffungsstrukturen, die der heimlichen Beschaffung von Komponenten für konventionelle und für ABC-Kampfstoffe oftmals zugrunde liegen würden, und dem Wunsch der Länder nach finanzieller und personeller Entlastung der Staatsanwaltschaften und Gerichte.

<sup>121</sup> So aber *Kuhlen*, GA 1994, 347 ff.

<sup>122</sup> <http://www.bmj.de/media/archive/1276.pdf>. Der Bundesrat hat zum Entwurf in diesem Punkt zustimmend Stellung genommen, indem dieser Abschnitt nicht kommentiert wird.

<sup>123</sup> Eine besondere Bedeutung soll der Erläuterung zufolge insbesondere dann in Betracht kommen, „wenn aufgrund der Erheblichkeit des Delikts eine Verfolgung mit besonderer Sachkunde geboten und angesichts des Auslandsbezuges ein spezieller Ermittlungsaufwand erforderlich erscheint.“