

engagierte Abhandlung zu dem genannten Spezialbereich der mangels Kontrollbalance (vgl. *Tittle, C. R., Control Balance*, 1995) weithin gedeihenden Aktivitäten von Staatsführungen und ihren Organen als Tätergemeinschaften. Daher wird, unbeschadet der empirischen Bedenken gegenüber verbreite-

ter gesetzlicher „Überkriminalisierung“ im allgemeinen, dem hier einschlägigen kriminalpolitischen Ziel von *Verf.* schwerlich zu widersprechen sein.

Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, Berlin

Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?

Von Prof. Dr. Roland Hefendehl, Freiburg

Ist von einem europäischen Strafrecht die Rede, so denkt man unwillkürlich an europäische (Transfer-)Vorschriften des Strafverfahrensrechts. Warum hier das klassische Verhältnis von materiellem Recht und Strafverfahrensrecht auf den Kopf gestellt zu sein scheint, wird in diesem Beitrag ebenso untersucht wie die Notwendigkeit betont, sich auch mit einem europäischen materiellen Strafrecht zu befassen.*

Hierfür wird als Sachstrukturkriterium mit kritischem Potenzial der Rechtsgutsbegriff herangezogen. Die Analyse eines Vierstufenmodells (k)eines Europastrafrechts beginnt mit der Stufe 1 der Entpönalisierung. Diese wird als das unabdingbare Gegengewicht zur Schaffung eines europäischen Strafrechts angesehen. Die Stufe 4 als der Bereich des genuinen Europastrafrechts ist noch einmal nach Wertigkeitsstufen unterteilt. Hierbei kommt dem strafrechtlichen Schutz gesellschaftsrelevanter Vertrauensrechtsgüter bei der Konstruktion des Strafrechts von unten, von den Bürgerinnen und Bürgern her, eine besondere Bedeutung zu. Zwischen der Stufe der Entpönalisierung und der Stufe des genuinen Europastrafrechts liegen die Stufe 2 (Belassen in der jeweiligen nationalen Strafrechtsordnung) und die Stufe 3 (Harmonisierung).

I. Lage und perspektivische Einschätzung

Ein europäisches Strafrecht ist längst Realität. Es ist nicht nur Thema in Brüssel, Straßburg und Berlin, sondern mittlerweile auch in Forschung und Lehre angekommen. Nur: Dieses europäische Strafrecht ist wegen der fehlenden Strafrechtssetzungskompetenz der EG weder ein supranationaler Besonderer Teil des materiellen Rechts noch gar ein ebensolcher Allgemeiner Teil. Vielmehr handelt es sich – in den Worten von *Ambos* – um einen Sammelbegriff, der all jene strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Normen und Praktiken umfasst, die auf das Recht und die Aktivitäten der EG und des Europarats zurückgehen und zu einer weitgehenden Harmonisierung des nationalen Strafrechts führen sollen.¹

* Basierend auf einem Vortrag, den der *Verf.* auf einer Tagung in Thessaloniki am 26./27.5.2006 gehalten hat. Hier stellte eine Arbeitsgruppe um *Bernd Schünemann* ihre Ergebnisse eines Gesamtkonzepts für europäische Strafrechtspflege (AGIS 2004) vor. Dieser Entwurf wird im Herbst dieses Jahres im Carl Heymanns Verlag veröffentlicht werden.

¹ *Ambos*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2003, Vor §§ 3-7 Rn. 7; *ders.*, Internationales Strafrecht, 2006, § 9 Rn. 14.

Man mag aufgrund dieses Dogmas einer fehlenden originären Strafrechtssetzungskompetenz der EG beruhigt seine Hände in den Schoß legen und die Vorschläge zum sog. *Corpus Juris*² als den abzulehnenden Vorschlag einer kleinen Gruppe verwerfen – oder aber auf der Hut bleiben: Findet sich nicht im Verfassungsentwurf im Kontext der Betrugsbekämpfung in Art. III-415 die Ermächtigungsgrundlage für die Schaffung bereichsspezifischen europäischen Strafrechts?³ Hat der EuGH nicht in einer Aufsehen erregenden Entscheidung aus dem September letzten Jahres zum Umweltschutz gleichsam den Verfassungsentwurf vorweggenommen und sämtliche selbst vagen Kompetenzkautele ignoriert, die ein europäisches Strafrecht gleichsam durch die Hintertür verhindern sollen?⁴ Nunmehr gilt die schlichte Regel: Liegt eine Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers auf dem Gebiet der gemeinsamen Politiken sowie der Grundfreiheiten vor, so kann er auch den Einsatz des Strafrechts verlangen, wenn nur dieses die volle Wirksamkeit verspricht.⁵ Schließlich: Liegt ein weiterer Ausbau des europäischen Strafrechts nicht in der Logik der EU und wird weiter forciert werden?

II. Was tun?

Ich bin bei der Frage angelangt, was bei einer solchen Einschätzung zu tun ist. Und nehme drei unterschiedliche Perspektiven ein.

² *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998; *Strafrechtliche Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union – Corpus Juris 2000* (Fassung von Florenz), dt. Übersetzung http://ec.europa.eu/comm/anti_fraud/green_paper/corpus/de.doc [10.6.2006]; Übersicht hierzu bei *Braum*, JZ 2000, 493 ff.

³ *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 2005, § 14 Rn. 45 f.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2005, § 7 Rn. 40 f.; so auch *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 2004, Rn. 85a; *Dannecker*, *Jura* 2006, 173 (176 f.); *Weigend*, *ZStW* 116 (2004), 275 (288).

⁴ *Hefendehl*, *ZIS* 2006, 161 ff.; *Pohl*, *ZIS* 2006, 213 ff.; ferner *Beukelmann*, *NJW-Spezial* 2006, 183; *Böse*, *GA* 2006, 211 ff.; *Braum*, *wistra* 2006, 121 ff.; *Douma*, *EurUP* 2005, 250 f.; *Heger*, *JZ* 2006, 310 ff.; *Wegener/Greenawald*, *ZUR* 2005, 585 ff.

⁵ *Hefendehl*, *ZIS* 2006, 161 (164).

Die professionelle Perspektive: Ein originäres Europastrafrecht wird kommen bzw. ist in seiner Keimzelle bereits vorhanden und findet einen fruchtbaren Nährboden vor. Wenn sich die Strafrechtswissenschaft nicht auf dogmatische Glasperlenspiele beschränken will,⁶ muss sie sich an diesem Prozess beteiligen und darf sich auch nicht auf hehre Dogmen zurückziehen, die ohnehin faktisch schon zertrümmert worden sind.

Die systematische Perspektive: Über eine Beteiligung an diesem Prozess könnte ein Gesamtkonzept für das materielle europäische Strafrecht befördert und eine deutliche Schiefelage hin zu einem (weiteren) Schutz der finanziellen Interessen bzw. – allgemeiner – von Ressourcen der Europäischen Union beseitigt werden. Das Strafrecht ist auch in Europa nicht „von oben“, sondern von seinen Bürgerinnen und Bürgern her zu konstruieren. Wenn sich die staatsähnlichen Strukturen der EU weiter ausformen und damit Macht- und Herrschaftsstrukturen schaffen, müssen diese schon aus Fairness- und Gleichheitsgründen ebenfalls in den Fokus eines europäischen Strafrechts gelangen und nicht in die jeweils differierende Obhut der Mitgliedstaaten gestellt werden.

Die folgenabschätzende Perspektive: Jeder Hinweis darauf, man würde mit derartigen Überlegungen zu einem europäischen Strafrecht einen Dammbbruch befördern und gerade dadurch das beschriebene Dogma fehlender europäischer Strafrechtssetzungskompetenz untergraben, geht bei einer genauen Analyse der Bedingungen einer methodisch korrekten Slippery Slope-Argumentation fehl.⁷ Denn es handelt sich – bildlich gesprochen – überhaupt nicht um eine schiefe Ebene, sondern um eine im Zuge der national wie international zu beobachtenden Forcierung einer Sicherheitsgesellschaft folgerichtige Entwicklung. Mit dem Ruf nach einem europäischen Strafrecht wird also ein Symptom beschrieben, nicht ein zu verhindernder Schritt A, der zwangsläufig zu Schritt B führt. Es wäre also nicht nur methodisch falsch, sondern sogar naiv, wenn man unter Hinweis auf den insbesondere in der amerikanischen Literatur⁸ ausgearbeiteten Slippery Slope-Grundsatz die Diskussion eines europäischen Strafrechts ablehnen würde.

III. Das Verhältnis von materiellem Strafrecht und Strafverfahrensrecht im nationalen und im europäischen Kontext

1. Bevor ich mich den soeben angerissenen Themen im Detail zuwende, möchte ich in einem ersten vorbereitenden Schritt der Frage nachspüren, warum zumindest in Europa das Verhältnis von materiellem Strafrecht und Strafverfahrensrecht auf den Kopf gestellt zu sein scheint.

⁶ So lautet der Vorwurf häufig, auch gerade im europäischen Kontext; vgl. Vogel, GA 2002, 517 (524); hiergegen Schünemann, FS Roxin, 2001, S. 1 (4 ff.); ders., StV 2003, 117 (120).

⁷ Hierzu demnächst Hefendehl, KJ 2006, Heft 3.

⁸ Lode, 87 Cal. L. Rev. 1469 ff. (1999); Schauer, 99 Harv. L. Rev. 361 ff. (1985); Volokh, 116 Harv. L. Rev. 1026 ff. (2003); Walton, Slippery Slope Arguments, 1992.

Warum finden über den Europäischen Haftbefehl internationale Konferenzen statt⁹ und befasst sich das Bundesverfassungsgericht¹⁰ mit diesem, warum gibt es Grünbücher über die europäische Staatsanwaltschaft, Kompetenzkonflikte, den Grundsatz ne bis in idem, Verfahrensgarantien im Strafverfahren, ferner über die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union¹¹ – und bis auf den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften¹² kaum Vergleichbares zum materiellen Recht? Warum hat sich auch der Arbeitskreis zur Erarbeitung eines Gesamtkonzepts für europäische Strafrechtspflege¹³ in vielen Sitzungen mit dem Strafverfahrensrecht befasst und Gesetzentwürfe vorbereitet, bevor er seinen Blick auf das materielle Recht lenkte?

Das herkömmliche Bild des Verhältnisses von materiellem Strafrecht und Strafverfahrensrecht sieht anders aus und spiegelt sich beispielsweise in der juristischen Ausbildung wider.¹⁴ Auch die Strafprozessualisten betonen das *Wechselspiel* und *Ergänzungsverhältnis* zwischen dem materiellen Recht und dem Strafverfahrensrecht.¹⁵

Wenn man beispielsweise einen Blick auf den Katalog der Straftaten beim Europäischen Haftbefehl wirft, bei dem

⁹ Beispielsweise im April dieses Jahres in Salzburg; <http://www.sbg.ac.at/ver/tagungrb.htm> [10.6.2006].

¹⁰ BVerfG NStZ 2006, 104.

¹¹ Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 vom 11.12.2001; Grünbuch über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz ne bis in idem in Strafverfahren, KOM (2005) 696 vom 23.12.2005; Grünbuch zu Verfahrensgarantien in Strafverfahren innerhalb der EU, KOM (2003) 75 vom 19.2.2003; Grünbuch über die gegenseitige Anerkennung von Überwachungsmaßnahmen ohne Freiheitsentzug im Ermittlungsverfahren, KOM (2004) 562 vom 17.8.2004; Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der EU, KOM (2004) 334 vom 30.4.2004.

¹² Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 vom 11.12.2001.

¹³ Vgl. zu diesem <http://www.eu-strafrecht-ae.jura.lmu.de> [10.6.2006].

¹⁴ Hier beginnt man in aller Regel mit dem materiellen Strafrecht und lässt vorerst das Strafverfahrensrecht links liegen, das im Examen meist auch nur in Form einer „strafprozessualen Zusatzaufgabe“ zum Tragen kommt; eine gewisse Aufwertung erfährt das Strafverfahrensrecht seit kurzem über das die Wahlfachgruppen ersetzende Schwerpunktstudium.

¹⁵ Vgl. etwa Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 1 Rn. 13; Volk, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1; Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2005, Vor § 1 Rn. 198.

es nicht auf die beiderseitige Strafbarkeit ankommen soll,¹⁶ wird schnell deutlich, dass dieses Wechselspiel und Ergänzungsverhältnis deutlich verkümmert ist. So findet man Straftatenkomplexe wie die Cyberkriminalität, die Fremdenfeindlichkeit oder die Sabotage, der Terrorismus gehört ebenso dazu wie der Drogenhandel. Diese Begriffe erweisen sich als ohne jede Systematik angeordnete Karikaturen hinreichend bestimmter Straftatbestände, haben aber natürlich Methode und finden sich denn auch in Art. III-271 des Verfassungsentwurfs nahezu in identischer Form wieder.

2. Die Gründe dafür, dass das materielle Strafrecht im Verhältnis zum Strafverfahrensrecht an Bedeutung eingebüßt hat, sind vielschichtig. Ich führe die wichtigsten an.

Erstens: Die Staaten sowie quasistaatliche Strukturen wie diejenigen der Europäischen Union haben in ihrem Kampf gegen den *internationalen Terrorismus* sowie die sog. *Organisierte Kriminalität* Gegner auf den Schild gehoben, die erstens trotz aller Kritik weitgehend als solcher akzeptiert werden, zweitens nicht besiegt sind bzw. nicht besiegt werden können und drittens – bis auf die Anschläge selbst – weitgehend im Verborgenen agieren.¹⁷ Diese vagen Rahmenbedingungen machen es strukturell einfach, „eine Verbesserung der Bekämpfung“, wie es seit einiger Zeit bei Gesetzesverschärfungen euphemistisch heißt,¹⁸ nicht nur zu fordern, sondern auch durchzusetzen. Evaluierbar ist der Erfolg kaum. Auch wegen dieser ausgemachten *Bedrohungsszenarien* ist die *Sicherheit* in den vergangenen Jahrzehnten zu einem Schlüsselkonzept westlicher Gesellschaften geworden. In diesen geht es nicht mehr vordringlich um Problembehandlung und Konfliktlösung, sondern um die Eindämmung von scheinbaren oder echten Risiken. Hierfür bedarf es einer vorverlagerten umfassenden sozialen Kontrolle.¹⁹ Der Staat wird zunehmend *proaktiv* tätig und schafft sich mit den genannten vagen Worthülsen alle Möglichkeiten hierzu.

Zweitens: Prozessual bedarf es schlicht des *Verdacht*es einer entsprechenden Straftat. Materiellrechtliche Präzision ist nicht gefragt. Vorverlagerungen bis in den Bereich der

Gesinnung hinein²⁰ sowie vage Kollektivrechtsgüter erleichtern das Ermitteln incl. prozessualer Zwangsmaßnahmen weiter.²¹

Drittens: Grundsätzliche strategische Unterschiede zwischen dem Verfahrensrecht und dem materiellen Recht kommen hinzu. Während man über das Verfahrensrecht häufig *Transferfragen* zu klären hat, sei es den Transfer von Beweisen, sei es denjenigen von in Verdacht geratenen oder bereits verurteilten Menschen,²² von der Stoßrichtung her also Schranken bzw. nationale Vorbehalte formuliert werden, geht es beim materiellen Recht politisch allein um eine Ausweitung bzw. eine Harmonisierung auf punitiverem Niveau.²³ Eine solche Tendenz ist aus den erwähnten Gründen den Mitgliedstaaten selbst gleichfalls jeweils zu Eigen. Sie bedürfen daher gar nicht des Impetus aus Brüssel bzw. lassen sich die Art und Weise des Anziehens der Strafrechtsschraube ungern oktroyieren oder wollen den überragenden Einfluss ihres nationalen Strafrechts nicht verwässern.

3. Vor diesem Hintergrund kann man aus der Perspektive des materiellen Strafrechts fast resignieren oder doch versuchen, auch aus Gründen der wissenschaftlichen Redlichkeit den Ausgangspunkt und den unabdingbaren Bestandteil des oben beschriebenen Wechselspiels zum Strafverfahrensrecht nicht aus den Augen zu verlieren.

IV. Das Vierstufenmodell (k)eines Europastrafrechts

1. Das Sachstrukturkriterium

a) Bevor ich auf das Sachstrukturkriterium einer Herleitung und Differenzierung des Vierstufenmodells²⁴ eingehe, zunächst ein Überblick über dieses Modell in Stichworten: Es enthält die *erste Stufe* der Entpönalisierung, die *zweite Stufe* des Belassens der nationalen Strafrechtsordnung, die *dritte Stufe* der Harmonisierung sowie die *vierte Stufe* des genuinen Europastrafrechts.²⁵ Aufsteigend nimmt damit die Brisanz für

¹⁶ Vgl. § 81 Nr. 4 IRG in der durch das EuHbG v. 21.7.2004, BGBl. I v. 26.7.2004, S. 1749 f. geänderten Fassung (für nichtig erklärt durch BVerfG NSTZ 2006, 104) bzw. in der noch im Entwurf befindlichen Fassung des EuHbG, BT-Drs. 16/544 v. 7.2.2006, S. 4, i.V.m. Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 190/1 v. 18.7.2002.

¹⁷ Hierzu *Hefendehl*, StV 2005, 156 ff.

¹⁸ Vgl. das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit v. 23.7.2004, BGBl. I, 1842; das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus v. 8.8.2002, BGBl. I, 3105; das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität v. 4.5.1998, BGBl. I, 845; kritisch zu einem solchen Verständnis von Strafrecht als Bekämpfungsinstrument *Hefendehl*, NJ 2002, 459 f.

¹⁹ *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft, 2006, S. 92 f.

²⁰ Zu den Vorverlagerungstendenzen *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 35 ff.

²¹ Vgl. am Beispiel der Geldwäsche (§ 261) eindringlich *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl. 2006, § 261 Rn. 3: Die Norm solle Ermittlungsansätze für die Verfolgung von Katalogtaten schaffen.

²² So war das „transnationale Strafverfahren“ auch ein Schwerpunkt des Projekts.

²³ Vgl. etwa *Ambos*, Internationales Strafrecht (Fn. 1), § 12 Rn. 7.

²⁴ Vgl. bereits vorbereitende Überlegungen bei *Hefendehl*, in: Schünemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004, S. 82 ff.; *Schünemann*, GA 2004, 193 (198 f.).

²⁵ Strukturell geht es hier also – worauf *Gómez-Jara* in der Diskussion hinwies – um eine ähnliche Frage wie beim Model Penal Code in den USA (vgl. die Beiträge einer Model Penal Code Conference in Buffalo 1999, Buffalo Law Review 4/1 [2000]; <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm#issues> [10.6.2006]; ferner *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005): Soll ein European Federal Law entstehen?

Europaskeptiker zu, die Luft wird – bildlich gesprochen – immer dünner und die Begründungslast steigt.

b) aa) Dieses Vierstufenmodell eines oder keines Europastrafrechts bedient sich dabei eines materialen Kriteriums, das ich – freilich durch meine Arbeiten vorbelastet²⁶ – nach wie vor für konkurrenzlos erachte: nämlich dasjenige des geschützten *Rechtsguts*. Hier ist nicht der Ort der Auseinandersetzung mit anderen Modellen oder der Kritik.²⁷ Der Arbeitskreis selbst befand sich aber hinsichtlich dieses Sachstrukturkriteriums unter Einschluss des *Harm Principle*²⁸ in großer Einmütigkeit, was zumindest als ein erstes Indiz dafür gelten mag, dass es trotz der permanenten Betonung der nationalen Eigenheiten im Strafrecht *übernationale Legitimationskriterien* gibt. Diese Feststellung wird auch für den Bereich der Entpönalisation als der ersten Stufe des Vierstufenmodells von Bedeutung sein. Der mögliche Hinweis in einem Mitgliedstaat, man wolle einen bestimmten Moralkodex auch über das Strafrecht absichern, überzeugt nämlich in keiner Weise, mag es auch unterschiedliche Moralkodizes in den einzelnen Staaten geben. Denn diese Varianz ist bereits in einem Hörsaal vorhanden, ohne dass auch nur einer auf die Idee käme, eine Homogenität der Moralvorstellungen und noch dazu über das Strafrecht herstellen zu wollen.

bb) Nachfolgend möchte ich zu demonstrieren versuchen, dass das Rechtsgut auch im europäischen Kontext zu bestehen vermag, weil es gerade nicht an irgendwelche nationalstaatliche Detailregelungen gebunden ist. Es materialisiert sich vielmehr, wie ich im Einvernehmen mit *Hassemer*²⁹ dargelegt habe, *von unten*.³⁰ Dieses Bild kann dabei *in zweierlei Kontext* verwendet werden: *Zum einen* geht es nicht darum, eine Rechtsgutsdefinition gleichsam von oben herab zu präsentieren, aus der sich alles weitere logisch ableitet. Das kann und will der Rechtsgutsbegriff in meinem Verständnis nicht leisten. *Zum anderen* aber soll von unten argumentiert werden, von der Gesellschaft her, und nicht vom Staat bzw. staatsähnlichen Strukturen ausgehend.

cc) Man mag über das konstruktive und kritische Potenzial des Rechtsgutsbegriffs geteilter Meinung sein.³¹ Aber

²⁶ Hefendehl, *Anales de Derecho* 19 (2001), 147 ff.; *ders.*, GA 2002, 21 ff.; *ders.*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 119 ff., 286 ff.; *ders.* (Fn. 20), *passim*.

²⁷ Vgl. hierzu etwa *Jakobs*, FS Saito, 2003, S. 17 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl. 2004, § 2 Rn 5 ff., 13 ff.; *Stratenwerth*, in: *Rechtsgutstheorie* (Fn. 26), S. 299 f. (Diskussionsbeitrag).

²⁸ *von Hirsch*, in: *Rechtsgutstheorie* (Fn. 26), S. 13 (14 ff.); *Dubber*, ZStW 117 (2005), 485 (499 f.); *Mill*, *On liberty*, 1859, Kap. 4; *Feinberg*, *The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. 1, *Harm to Others*, 1984; Überblick bei *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 123 ff.

²⁹ *Hassemer*, in: *Neumann/Puppe/Schild* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, Vor § 1 Rn. 288 (1995); *Hassemer/Neumann* (Fn. 15), Vor § 1 Rn. 145.

³⁰ *Hefendehl*, GA 2002, 21 (22); *ders.* (Fn. 20), S. 23 f.

³¹ Vgl. hier umfassend – pro et contra – der o. Fn. 26 zitierte *Sammelband zur Rechtsgutstheorie*.

bereits einige wenige Angelpunkte des Rechtsgutsbegriffs, die ich vorstellen möchte, können eine erhebliche inhaltliche Wirkung erzielen: Ich nenne vorab *erstens* die Differenzierung von Staat und Gesellschaft und – daraus folgend – eine Zweiteilung der kollektiven Rechtsgüter,³² *zweitens* die Interpretation von gesellschaftsrelevanten kollektiven Rechtsgütern als freiheitsschaffende und -bewahrende Rechtsgüter³³ und *drittens* die Notwendigkeit der Verletzbarkeit von Rechtsgütern,³⁴ was wiederum deren hinreichende Konkretheit voraussetzt. Ideale,³⁵ Konstrukte oder wolkige Ungeheuer kann man nicht verletzen.

2. Der Bereich der Entpönalisation (Stufe 1)

Ich beginne meine Ausführungen zum Vierstufenmodell mit der Entpönalisation. Das mag auch vor dem Hintergrund der Überschrift des Beitrages überraschen, scheint mir aber stringent zu sein. Man steigt auch nicht zuerst von der Pyramide herab. Die Entpönalisation – bzw. zumindest die Strafrechtsbegrenzung³⁶ – ist das unabdingbare *Gegengewicht* zur Schaffung eines europäischen Strafrechts. Sie wird im europäischen Kontext naturgemäß klein geschrieben. Dafür ist Europa nach dem oben Ausgeführten nicht da. Man bekämpft Bedrohungsszenarien im europäischen Raum und sichert übernationale Schutzgegenstände wie die finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft (zusätzlich) ab. Die Spirale geht dabei ohne jeden Zweifel nach oben, in Richtung einer harmonisierenden Verschärfung.³⁷ Dabei scheint gerade die Existenz unterschiedlicher nationaler Strafrechtsordnungen in dem permanent zitierten gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts besonders geeignet zu sein, sich nicht nur über eine Ausweitung, sondern auch eine Reduzierung des Kriminalstrafrechts klar zu werden. Natürlich darf nicht der Fehler begangen werden, den oben beschriebenen Grundsatz einer fehlenden originären Straf-

³² *Hefendehl*, GA 2002, 21 (25); *ders.*, in: *Rechtsgutstheorie* (Fn. 26), S. 119 (121 ff.); *ders.* (Fn. 20), S. 76 ff., 113 ff.

³³ *Hefendehl*, GA 2002, 21 (25); *ders.* (Fn. 20), S. 116 ff.

³⁴ *Hefendehl*, GA 2002, 21 (23); *ders.* (Fn. 20), S. 30.

³⁵ *Hefendehl*, GA 2002, 21 (23); *ders.*, in: *Rechtsgutstheorie* (Fn. 26), S. 286 (287); *ders.* (Fn. 20), S. 28 ff.

³⁶ Hierzu etwa *Vormbaum*, ZStW 107 (1995), 734 (746); auf die Möglichkeit der Strafrechtsbegrenzung in der Diskussion noch einmal explizit hinweisend *Kaiafa-Gbandi*; die in dieser Diskussion ferner geäußerte Kritik, ein derartiger Ansatz sei „naiv“ (so etwa *Vogel* oder *Cancio Meliá*), geht meines Erachtens fehl. Sie betrifft nicht die hier erfolgte Analyse des Konzepts einer Sicherheitsgesellschaft und des damit kongruent verlaufenden Bekämpfungsstrafrechts. Und die hieraus von mir gezogenen Folgerungen wiederum wären nur dann naiv, wenn ich von der umgehenden Durchsetzbarkeit ausginge. So wurden denn auch – wiederum in der Diskussion – die Integration der Entpönalisationskomponente, die strafrechtsbegrenzende und strukturierende Rolle des Rechtsguts sowie die Konstruktion des Strafrechts von unten etwa von *Ambos*, *Prittwitz* und *Walther* begrüßt.

³⁷ Vgl. etwa *Ambos*, *Internationales Strafrecht* (Fn. 1), § 12 Rn. 7.

rechtssetzungskompetenz bei propagierten Strafrechtsverschärfungen in Ansatz zu bringen und bei Strafrechtsreduzierungen unter den Tisch fallen zu lassen. Denn die Forderung nach einer Reduzierung des nationalen Strafrechts wäre ja in gleicher Weise ein Eingriff in das Konzept des nationalen Strafrechtsgesetzgebers. Der pauschale Hinweis auf die national eigenen sozial-ethischen Wertvorstellungen³⁸ ist indes in meinen Augen kein taugliches Argument, um Entkriminalisierungen auszuschließen. Vielleicht ist der gemeinsame Nenner strafrechtlicher Mindestbedingungen nicht groß, und solange die einzelstaatlichen Strukturen bestehen, wird man auch nicht mehr als kriminalpolitisch vernünftige Forderungen erheben dürfen. Zu diesen rechne ich aber das Verbot des strafrechtlichen Schutzes von Moralvorstellungen,³⁹ rein paternalistischer Vorstellungen,⁴⁰ der Gesinnungsstrafbarkeit,⁴¹ des strafrechtlichen Schutzes von lediglich scheinbaren kollektiven Rechtsgütern,⁴² der Pönalisierung des rechtsgutslosen Verstoßes gegen Gehorsamsregeln⁴³ sowie inhomogener Verhaltensüberzeugungen.⁴⁴

Der Rahmenbeschluss des Rates zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels⁴⁵ aus dem Jahr 2004 mag als Beispiel in diese Richtung hin dienen. Denn der schlichte Besitz von Drogen findet sich hier nicht als zu pönalisierender Sachverhalt. Weiterer nationaler Entnormierungsbedarf wird sich bei detaillierter Prüfung einstellen.

3. Der Bereich des genuinen Europastrafrechts (Stufe 4)

a) Aufbau nach der Wertigkeit

aa) Der Bereich des genuinen Europastrafrechts als der

³⁸ Satzger (Fn. 3), § 8 Rn. 7 ff.; ders., Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 159 ff.; vgl. auch Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mittelstaatlichen Rechtsordnungen in der EU, 1997, S. 133 (134); vgl. auch die Zusammenstellung der Argumente bei M. Vormbaum, Schutz der Rechtsgüter von EU-Staaten durch das deutsche Strafrecht, 2005, S. 69 ff., 74 ff.

³⁹ Hefendehl (Fn. 20), S. 51 f.; Roxin (Fn. 28), § 2 Rn. 17 ff.; Freund, in: Münchener Kommentar (Fn. 1), Vor §§ 13 ff. Rn. 47.

⁴⁰ Am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Haffke, ZStW 107 (1995), 761 (781 f.); Köhler, ZStW 104 (1992), 3 (39 f.); Hefendehl (Fn. 20), S. 142 f.; zur Paternalismusdebatte ferner Seher, in: Rechtsgutstheorie (Fn. 26), S. 39 (51 f.); Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005.

⁴¹ Hefendehl (Fn. 20), S. 344 ff.

⁴² Hefendehl, in: Rechtsgutstheorie (Fn. 26), S. 119 (122 ff.); Hefendehl (Fn. 20), S. 33 ff., 139 ff.; in gleicher Weise etwa Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 90 ff. (zum öffentlichen Frieden).

⁴³ Vgl. Karlsruher Kommentar/Bohnert, OWiG, 3. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 85.

⁴⁴ Hefendehl, GA 2002, 21 (26); ders., in: Rechtsgutstheorie (Fn. 26), S. 119 (128); ders. (Fn. 20), S. 52 ff.

⁴⁵ ABl. L 335/8 v. 11.11.2004.

vierten Stufe macht die Spitze der Pyramide aus. Ich steige nun zunächst zu ihr hinauf. Die Spitze ist dabei nicht etwa metaphorisch gemeint, sondern bringt allenfalls zum Ausdruck, dass auf ihr nicht viel Platz ist. Hier mit dem Schutz der Interessen der Europäischen Union beginnen zu wollen, wie wir es in Art. 280 Abs. 4 EGV, dem Corpus Juris⁴⁶ und schließlich dem Verfassungsvertrag⁴⁷ angelegt finden, ist entlarvend und bringt den obrigkeitsstrafrechtlichen Ansatz unverblümt zur Geltung. Danach hat das Strafrecht nicht seine klassische Funktion des Rechtsgüterschutzes als ultima ratio, sondern wird kongenial zum beschriebenen Modell des Sicherheits- oder Risikostaates machterhaltend und in einem wesentlich umfangreicheren Umfang funktional eingesetzt als allein zum Rechtsgüterschutz.

bb) Dass das deutsche Strafgesetzbuch mit einer ausführlichen Regelung des sog. Staatsschutzstrafrechts beginnt, das nach wie vor 50 Straftatbestände und damit einen nicht unerheblichen Prozentsatz des Besonderen Teils umfasst,⁴⁸ lässt sich lediglich historisch erklären. Jede moderne Fassung eines Strafgesetzbuches müsste sich anderer Strukturkriterien bedienen, um sich nicht von Beginn an zu diskreditieren, und bedeutende Individualrechtsgüter wie das Leben oder die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung an seine Spitze stellen. Das Grundgesetz macht es für den Bereich des Verfassungsrechts mit dem Voranstellen des Grundrechttekatalogs vor, der Code Pénal beginnt – was den BT anbelangt – mit den Verbrechen gegen die Menschlichkeit, das österreichische Strafgesetzbuch oder auch spanische Código Penal stellen strafbare Handlungen gegen Leib und Leben voran.

cc) Der Streit um eine monistische Rechtsgutskonstruktion in anderer Richtung muss an dieser Stelle nicht erneut geführt werden. Ein solches Modell, den Strafrechtsschutz individueller Rechtsgüter zu präferieren,⁴⁹ ist im Sinne einer kriminalpolitischen und dogmatischen Leitlinie uneingeschränkt beizupflichten. Würde man diese Präferenz aber mit Ausschließlichkeit gleichsetzen wollen,⁵⁰ so hätte man einen wesentlichen Eckpfeiler des Strafrechtsschutzes fast verantwortungslos eliminiert. Dieser lässt sich so beschreiben, dass in einem modernen Staat der Einzelne zwingend bestimmter kollektiver Rechtsgüter bedarf, um seine individuellen Rechtsgüter verwirklichen zu können.⁵¹ Zu diesen Rechtsgütern zähle ich paradigmatisch die Bestechungs-, die Geldfälschungs- sowie die Rechtspflegedelikte. Es handelt sich je-

⁴⁶ Strafrechtliche Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union – Corpus Juris 2000 (Fassung von Florenz); die dt. Übersetzung findet sich unter http://ec.europa.eu/comm/anti_fraud/green_paper/corpus/de.doc [10.6.2006], hier die Art. 1 ff.

⁴⁷ Vgl. Art. III-415 EV.

⁴⁸ Vgl. hierzu demnächst Hefendehl, FS Schroeder, 2006, S. 451 ff.; ders. (Fn. 20), S. 337; Hellmer, GS H. Kaufmann, 1986, S. 747 f.

⁴⁹ Hefendehl (Fn. 20), S. 65 ff. m.w.N.

⁵⁰ So ist aber bei einer genauen Analyse kaum einer der personalen Rechtsgutsansätze zu verstehen; vgl. Hefendehl (Fn. 20), S. 62 ff.

⁵¹ S.o. Fn. 33.

weils um kollektive Rechtsgüter, die sich aber ähnlich den individuellen Rechtsgütern her von unten, von der Person her, konstituieren. Dem stehen als Counterpart die den Staat stabilisierenden Rechtsgüter und Straftatbestände gegenüber, zu denen beispielhaft der Hochverrat, die Nötigung des Bundespräsidenten oder auch die Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole gehören.⁵² Der Bezug zum Individuum ist in diesem Bereich deutlich vermittelter. Ein misstrauischer Staat setzt große Energie in seinen strafrechtlichen Schutz, agiert im Vorfeld, pönalisiert bereits scheinbar gefährliche Strukturen – und agiert damit auf Kosten seiner Bürgerinnen, die er zu schützen vorgibt. Ein souveräner Staat nimmt auf seine Konstituierung von unten Bedacht und bringt dies auch in Art und Umfang des Schutzes seiner Strafrechtsgüter zum Ausdruck.

b) Der strafrechtliche Schutz von Individualrechtsgütern

Eine moderne freiheitsorientierte Interpretation des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes muss demnach die Individualrechtsgüter an die Spitze stellen. Da sich in einem Staatenverbund, der seinerseits teilweise funktional Staatsaufgaben übernimmt,⁵³ die Zahl der individuell zu schützenden Rechtsgüter logisch nicht vergrößert haben kann, ist dieses Feld auf solche Qualifizierungen beschränkt, bei denen ein Amtsträger handelt, das geschützte Rechtsgut aber personal interpretiert werden kann. Wenn also seitens eines europäischen Amtsträgers eine Körperverletzung im Amt begangen wird, so ist die Verletzung einer EU-Bürgerin vergleichbar § 340 StGB unter Strafe zu stellen. Denn eines eigenständigen kollektiven Rechtsguts wie der Rechtsstaatlichkeit des Staates oder des Interesses der Allgemeinheit an korrekter Amtsführung bedarf es zur Legitimation der Norm nicht.⁵⁴ Anders sieht es etwa bei der Aussageerpressung⁵⁵ oder der Verfolgung Unschuldiger⁵⁶ aus, bei denen ein überindividuelles Rechtsgut, dasjenige der Rechtspflege, jedenfalls dazukommt.

c) Der strafrechtliche Schutz gesellschaftsrelevanter Vertrauensrechtsgüter

Unmittelbar an die zweite Stelle der Prioritätenliste eines Europastrafrechts setze ich den strafrechtlichen Schutz hier so bezeichneter *gesellschaftsrelevanter Vertrauensrechtsgüter*.⁵⁷

aa) Der Begriff des Vertrauens gehört im Bereich des Strafrechts kurioserweise zu denjenigen, denen das größte Misstrauen entgegengebracht wird.⁵⁸ Dies liegt daran, dass er *erstens* in mehrerlei Kontext auftaucht, nämlich als Vertrauen in die Geltung der Rechtsordnung⁵⁹ und als Rechtsgutsbestandteil,⁶⁰ und *zweitens* nicht evaluierbar erscheint. Beide Bedenken sprechen aber nur *scheinbar* gegen diesen Begriff des Vertrauens. Mag Vertrauen als soziales Phänomen auch schwieriger festzustellen sein als etwa die körperliche Integrität, so ist dies doch möglich. Nicht nur zufällig werden die *Korruptionsdelikte* im nationalen Kontext immer wieder als Beispiel für den unabdingbaren, zu forcierenden und legitimen Schutz eines kollektiven Rechtsguts genannt und stehen auch bei der Diskussion um ein europäisches Strafrecht wieder an vorderster Stelle, so etwa auch im sog. Corpus Juris.⁶¹

bb) Wenn beim Institut der gegenseitigen Anerkennung ein wechselseitiges Vertrauen „von oben“ fingiert und als Ausgangspunkt für weit reichende Maßnahmen genommen wird,⁶² sieht man sogleich, wie der Begriff des Vertrauens missbraucht bzw. falsch eingesetzt werden kann. Denn man ist nur dann bereit, eine komplexe Situation zu reduzieren und an eine bestimmte Institution zu delegieren, wenn das Vertrauen als soziale Kategorie bereits existiert. Anderenfalls ginge es um Macht und damit wiederum eine Anordnung durch eine mit Autorität versehene Institution.

cc) Immer dann, wenn man mit dem Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil, nicht als Rechtsgut selbst, arbeiten will, bedarf es also des existenten Vertrauens in einen hinrei-

⁵² Zu diesen im Einzelnen Hefendehl (Fn. 20), S. 335 ff.

⁵³ Vgl. Streinz, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2002, Art. 23 Rn. 2.

⁵⁴ Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl. 2005, § 340 Rn. 5; Tröndle/Fischer (Fn. 21), § 340 Rn. 7; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2005, § 62 Rn. 5; so bereits Amelung, FS Dünnebier, 1982, S. 487 ff.

⁵⁵ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 343 Rn. 1; Kuhlen (Fn. 54), § 343 Rn. 3; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 343 Rn. 1; Tröndle/Fischer (Fn. 21), § 343 Rn. 1.

⁵⁶ Hefendehl (Fn. 20), S. 332 f.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 9. Aufl. 2005, § 77 Rn. 1; Kuhlen (Fn. 54), § 344 Rn. 4; Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 55), § 344 Rn. 1/2; Tröndle/Fischer (Fn. 21), § 344 Rn. 1.

⁵⁷ Zu diesen Hefendehl, in: Rechtsgutstheorie (Fn. 26), S. 119 (127), 301 f. (Diskussionsbeitrag); ders. (Fn. 20), S. 124 ff., 255 ff..

⁵⁸ Vgl. jüngst Roxin (Fn. 28), § 2 Rn. 84; Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S. 171 ff., 178; vgl. auch Amelung, in: Rechtsgutstheorie (Fn. 26), S. 155 (172); Hassemer, in: Rechtsgutstheorie (Fn. 26), S. 300 (Diskussionsbeitrag).

⁵⁹ Zu diesem positiven Aspekt der Generalprävention Roxin (Fn. 28), § 3 Rn. 26.

⁶⁰ Zur Notwendigkeit der strengen Unterscheidung Hefendehl, GA 2002, 21 (25 f.); ders., in: Rechtsgutstheorie (Fn. 26), S. 301 f. (Diskussionsbeitrag).

⁶¹ Art. 3 des Corpus Juris, vgl. Delmas-Marty (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998; Art. 5 des Corpus Juris (Florenz); die dt. Übersetzung findet sich unter http://ec.europa.eu/comm/anti_fraud/green_paper/corpus/de.doc [10.6.2006].

⁶² Vgl. zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und seiner Kritik hieran Schünemann ZRP 2003, 185 (186 ff.); Ambos, Internationales Strafrecht (Fn. 1), § 13 Rn. 29 f.

chend bestimmten Vertrauensgegenstand.⁶³ Vertraut die Bürgerin in die Rechtspflege, so wird sie eine Rechtsstreitigkeit nicht an der Judikative vorbei selbst in die Hand nehmen. Das Vertrauen ist also in diesem Bereich nicht personen-, sondern institutionenbezogen ausgestaltet. Wenn nun diese Institution nicht national, sondern im europäischen Kontext verankert ist, verwandelt sich auch das Rechtsgut in ein solches, das über ein europäisches Strafrecht geschützt werden kann. Der derzeit beschrittene Weg, ausländische mit inländischen Amtsträgern etwa bei Bestechungshandlungen kraft Gesetzes gleichzustellen,⁶⁴ wird damit der Besonderheit des Vertrauensgegenstandes nicht gerecht. Denn es geht nicht um eine bestimmte abstrakte Eigenschaft wie diejenige eines Richters, sondern um die Stellung als Richter in einem bestimmten Kontext, etwa als Richter des EuGH.

dd) Beschreitet man diesen Weg einer Europäisierung des Strafrechts bei gesellschaftsrelevanten Vertrauensrechtsgütern, müssen nicht nur restriktive Kautelen eingehalten werden, nämlich der Nachweis von Vertrauen in eine übernationale Institution, sondern konstituiert sich das Strafrecht von den Bürgerinnen und Bürgern Europas her, also von unten. Selbst Skeptiker einer Europäisierung des Strafrechts, zu denen sich grundsätzlich auch der Arbeitskreis selbst zählt, müssten bei derart hohen Hürden ihre Sorgen bezähmen können.

d) Der strafrechtliche Schutz funktionaler Staatsstrukturen und staatlicher Kontingente

Ein strafrechtlicher Schutz funktionaler Staatsstrukturen sowie staatlicher Kontingente über genuines Europastrafrecht ist indes gleich mehrfachen Bedenken ausgesetzt: Wie das deutsche Staatsschutzstrafrecht zeigt, kennt dieser Bereich kaum Grenzen und erscheint grundsätzlich nahezu beliebig erweiterbar. Eine derartige Aufstockung des Strafrechtsschutzes wäre entsprechend dem oben Gesagten mit einem misstrauischen Staatenverbund gleichzusetzen, der zugleich aber auch das Misstrauen seiner Bürgerinnen und Bürger befördern würde. Denn existente Bedenken gegen die Schaffung neuer Macht- und Herrschaftsstrukturen werden nicht dadurch ausgeräumt, dass derartige Strukturen sogleich strafrechtlich abgesichert werden. Schließlich würde die oben angemahnte Machtbalance zwischen dem hier so bezeichneten europäischen Strafrechtsschutz von unten und demjenigen von oben aus den Fugen geraten, wenn der Schutz von Strukturen und Kontingenten nicht von Beginn an überaus kritisch flankiert würde. Ein Weg in diese Richtung liegt darin, den Schutz von zu verteilenden Kontingenten, wie etwa Subventionen, auf die Harmonisierungsebene, also die Stufe 3 (hierzu sogleich u. 4.), zu delegieren.

⁶³ Hefendehl (Fn. 20), S. 255 ff.

⁶⁴ Art. 2 § 1 des 21. Gesetzes zu dem Protokoll vom 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz) v. 10.9.1998, BGBl. II v. 21.9.1998, S. 2340.

e) Kompetenzrechtliche Realisierung und Umsetzung

Ein genuines Europastrafrecht muss konsequenterweise gesetzlich neu verankert werden. Es ist durch europäische Organe zu verfolgen und durch europäische Gerichte zu verhandeln.⁶⁵ Anderenfalls bestünde das schwer zu bändigende Risiko nationaler Beliebigkeit. Einzelheiten sind dann anzudenken, wenn der Grundsatz eines an die beschriebenen engen Kautelen geknüpften europäischen Strafrechts als vorzugswürdig angesehen wird.

4. Harmonisierung von bzw. Belassen der Strafrechtsordnungen (Stufe 3 und Stufe 2)

Zwischen dem Fundament der Stufe 1 und der Spitze der Stufe 4, der Entpönlisierung und der Schaffung eines genuinen Europastrafrechts, sind die beiden Stufen der Harmonisierung (Stufe 3) sowie des Belassens in der jeweiligen nationalen Strafrechtsordnung (Stufe 2) angesiedelt.

a) Immer dann, wenn es an einem homogenen europäischen Bezugspunkt mangelt, das Handeln aber gleichwohl transnationalen Charakter hat, kann sich der Bedarf für eine Harmonisierung der nationalen Strafrechtsordnungen einstellen. Ansonsten bestünde das Risiko, dass Art und Ausmaß der Strafbarkeit von Zufällen abhängig wären und intentional eingesetzt würden. Dies ist das Feld der sog. dritten Säule, der polizeilich-justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, sowie der Angleichung im Wege der Richtlinien.⁶⁶ Eine Harmonisierung darf dabei nicht – der europäischen Realität entsprechend – im Sinne einer Strafrechtsanhebung missverstanden werden.⁶⁷ Es muss in gleicher Weise möglich sein, die Strafe vereinheitlichend *nach unten* zu korrigieren.

b) Die beiden Beispiele des Subventions- sowie des Ausschreibungsbetruges mögen als kritisches Anschauungsmaterial dienen, wo die Grenze zwischen den beiden Stufen der Harmonisierung sowie der Europäisierung des Strafrechts verläuft.

aa) In Deutschland sind in § 264 Abs. 7 StGB EG-Subventionen in die nationale Vorschrift integriert worden. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Leistungen unmittelbar von Stellen der EG oder nach deren Vorschriften von deutschen Stellen vergeben werden.⁶⁸ Strukturell vergleichbar sind wettbewerbsbeschränkende Ausschreibungen sekundär-

⁶⁵ Das Gegenmodell – Verfolgung durch nationale Gerichte – ist im Rahmen der Diskussion etwa von Böse vertreten worden.

⁶⁶ Hierzu etwa Ambos, Internationales Strafrecht (Fn. 1), § 11 Rn. 30 ff. (Richtlinien) sowie § 12 Rn. 9 f. (Harmonisierung im Rahmen der 3. Säule); ferner Tiedemann, ZStW 116 (2004), 945 (953).

⁶⁷ Vgl. o. Fn. 23.

⁶⁸ Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 264 Rn. 30 (1996); Hellmann, in: Nomos Kommentar (Fn. 54), § 264 Rn. 21; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 55), § 264 Rn. 26; BT-Drs. 13/10425 v. 20.4.1998, S. 7, 11, 16.

rechtlich harmonisiert worden.⁶⁹ § 298 StGB erfasst u.a. Ausschreibungen der EG selbst.⁷⁰

bb) Interpretiert man den Subventionsbetrug richtigerweise als ein Kontingentdelikt mit dem Kontingent des öffentlichen Vermögens als Schutzgegenstand,⁷¹ so erscheint der Weg über die Stufe 3, also die Harmonisierung, der geeignete zu sein. Anders sieht es hingegen beim Ausschreibungsbetrug aus, wenn man in diesem nicht lediglich ein vorverlagertes Vermögensschutzdelikt sieht, sondern ein solches, das das Vertrauen in den Wettbewerb schützen soll.⁷² Im Falle der Interpretation als ein Vertrauensdelikt käme es darauf an, ob die EG eher die Rolle eines bürokratischen Verteilers hätte – dann könnte es bei der jetzigen Regelung bleiben – oder aber die Funktion eines Vertrauensgegenstandes übernehmen würde – dann wäre das Modell einer eigenständigen europastrafrechtlichen Lösung im Sinne des Corpus Juris zu präferieren. Auch das Beispiel der Geldfälschung zeigt, dass nicht jede technische Kompetenzverlagerung auf europäische Institutionen wie die Europäische Zentralbank hin auch dazu führen muss, dass der Vertrauensgegenstand seinen nationalen Bezugspunkt verliert.

cc) Die Frage nach der Verortung des Ausschreibungsbetruges braucht hier nicht entschieden zu werden, weil sie entscheidend von einer exakten Rechtsgutsanalyse abhängt, die hier nicht im Zentrum steht. Dieses Problemfeld zeigt

aber, wie die verschiedenen Stufen unseres Modells ausdifferenziert und konkretisiert werden können. Die Lösung hängt auch davon ab, auf welche Art und Weise jetzt und in Zukunft Finanzförderung seitens der EU betrieben wird.

c) In den Fällen, in denen weder ein genuines Europastrafrecht noch eine Harmonisierung geboten sind, verbleibt es bei einem Strafrecht im nationalen Kontext unter den bei der Stufe der Entpönlisierung beschriebenen Kautelen (Stufe 2).

V. Resümee

Damit ist ein Vierstufenmodell eines bzw. keines Europastrafrechts entwickelt worden, das die Frage der Überschrift dieses Beitrages klären sollte: bis wohin und nicht weiter? Dieses Modell hat sein Korsett über den Begriff des Rechtsguts erfahren, was man nicht als modern, wohl aber in Maßen als erprobt bezeichnen kann. In Maßen deshalb, weil die Erkenntnisse aus dem Rechtsgut eher *negative* sind. Aber darum ging es mir ja gerade auch, die Beantwortung der Frage nach dem „bis wohin und nicht weiter“. Der Prüfungsgegenstand wird einem fortwährend und weiter wachsend seitens der Politik in einem Europa geliefert,⁷³ das dabei ist, den Weg hin zu einer Sicherheitsgesellschaft weiter zu forcieren. Da brauchen wir uns keine Sorgen zu machen.

⁶⁹ Dannecker, in: Nomos Kommentar (Fn. 54), § 298 Rn. 74.

⁷⁰ Tiedemann (Fn. 68), § 298 Rn. 54 (2001); Dannecker (Fn. 69), § 298 Rn. 74; Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 55), § 298 Rn. 1.

⁷¹ Hefendehl (Fn. 20), S. 374 ff.; Ranft, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 1259 Fn. 273 m.w.N.; Volk, in: Belke/Oehmichen (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität, 1983, S. 76 (78 f.).

⁷² Hefendehl (Fn. 20), S. 279 f.

⁷³ Das Hauptaugenmerk kann also auf die negative Kontrollfunktion gelegt werden; vgl. Hefendehl (Fn. 20), S. 24; Roxin (Fn. 28), § 2 Rn. 13 ff., wo nicht weniger als neun negative Kontrollprinzipien aufgeführt werden.