

Die Beeinflussung des deutschen Strafrechts durch EU-Recht und der Gedanke des Rechtsmissbrauchs*

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin**

Franz von Liszt bezeichnete das Strafgesetzbuch bekanntlich als „Magna Charta des Verbrechers“, weil dieser bei einer sorgfältigen Durchsicht aller Straftatbestände daraus exakt abzulesen vermochte, was ihm bei Strafe verboten ist und was nicht.¹ Bei den klassischen Straftatbeständen im ausgehenden 19. Jahrhundert war dem Rechtsunterworfenen – so der BGH – zumindest bei kritischer Lektüre die Trennungslinie zwischen Recht und Unrecht klar.² Im Verlauf des 20. Jahrhunderts sind dagegen zahlreiche Straftatbestände geschaffen worden, bei denen das Unrecht der Tatbegehung nicht schon aus der Formulierung des Tatbestandes ablesbar ist; vielmehr ergibt sich eine Strafbarkeit erst daraus, dass das im Tatbestand umschriebene Verhalten im konkreten Einzelfall nicht durch eine verwaltungsbehördliche Gestattung erlaubt ist. Damit entscheidet im Anwendungsbereich einer Strafnorm ein Verwaltungsakt über das Vorliegen von strafbarem Unrecht. Man spricht daher von verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen.

Seit Inkrafttreten des 1. UKG im Jahre 1980 gilt das Umweltstrafrecht im StGB als Hauptanwendungsgebiet der Verwaltungsakzessorietät,³ doch gibt es auch weit ältere Beispiele: So stellt etwa seit 1919 § 284 StGB das öffentliche Veranstalten eines Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis unter Strafe,⁴ so dass – wie auch in der Mehrzahl der Umweltstraf-tatbestände (z.B. §§ 325, 327 StGB) – das Vorliegen eines behördlichen Gestattungsaktes den Tatbestand und damit die Strafbarkeit entfallen lässt.⁵ Da aber das Glücksspielstrafrecht (§§ 284 ff. StGB) bis vor kurzem durch ein staatliches Monopol geprägt war, gab es außerhalb des Toto/Lotto-Blocks keine Genehmigungen,⁶ so dass die Frage, ob auch rechtsmissbräuchlich erlangte Genehmigungen tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung haben können, erst für das in den §§ 324 ff. StGB kodifizierte Umweltstrafrecht virulent wurde. Bedeutung hat sie nicht nur für das Kernstraf-

recht, sondern auch für das Nebenstrafrecht, wengleich auf diesem Gebiet keine vergleichbar intensive Diskussion stattgefunden hat.

I. Der Rechtsmissbrauchsgedanke im deutschen Strafrecht

Weil es zwischen 1980 und dem Inkrafttreten des 2. UKG im Jahre 1994 keinerlei Regelung zum Umgang mit verwaltungsrechtswidrigen Gestattungsakten der Behörden gegeben hat, wurden zunächst in der Literatur und danach auch in der Rechtsprechung Eckpunkte erarbeitet, unter welchen Umständen verwaltungsrechtliche Gestattungsakte einer Strafbarkeit wegen eines Umweltdelikts entgegenstehen können. Dabei bestand und besteht zunächst Einigkeit darüber, dass nur verwaltungsrechtlich beachtliche Rechtsakte auch strafrechtlich das Unrecht ausschließen können, so dass weder sog. Nichtakte noch im Sinne von § 43 VwVfG nichtige Verwaltungsakte strafrechtliche Wirkungen entfalten können.⁷ Umgekehrt galt und gilt aber, dass allein ein Verstoß gegen das zugrunde liegende materielle Verwaltungsrecht, das den Gestattungsakt zwar seinerseits materiell rechtswidrig, aber eben nicht unwirksam macht, ihm für den Bereich des Strafrechts noch nicht per se eine tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung entzieht. Wer also aufgrund eines entgegen dem Umweltverwaltungsrecht ergangenen, aber verwaltungsrechtlich zunächst wirksamen Erlaubnisaktes z.B. eine Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) vorgenommen hat, war grundsätzlich allein aufgrund des formellen Vorliegens des begünstigenden Verwaltungsaktes gerechtfertigt,⁸ so dass – trotz Verstoßes gegen das materielle Umweltrecht – zumindest aus Sicht des Strafrechts kein Unrecht anzunehmen ist.⁹ Weil es auf das Vorliegen einer noch wirksamen Genehmigung zur Zeit der Tatbegehung ankommt, ändert sich an der dadurch bewirkten Straflosigkeit auch nichts dadurch, dass möglicherweise später der Verwaltungsakt aufgrund von § 48 VwVfG sogar mit Wirkung ex tunc zurückgenommen werden kann.

Vor diesem Hintergrund wurde allerdings alsbald darüber diskutiert, ob dann eine Ausnahme von der strafrechtlichen Beachtlichkeit eines wirksamen Verwaltungsaktes gemacht werden kann, wenn der diesen Ausnutzende rechtsmissbräuchlich gehandelt hat.¹⁰ Ein solcher Rechtsmissbrauch wurde etwa angenommen, wenn der Täter den ihn begünstigenden Verwaltungsakt durch Täuschung, Drohung, Bestechung oder kollusives Zusammenwirken mit dem Amtsträger erlangt hatte; darüber hinaus wurde aber auch diskutiert, ob als missbräuch-

* Um Nachweise erweiterter Vortrag, der im Mai 2013 an der Universität Konstanz gehalten worden ist.

** Der Verf. lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1, 1905, S. 80.

² BGHSt 2, 194 (202 f.).

³ Vgl. nur Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985, passim; Kühl, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 815; Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 26 ff.

⁴ Zur Geschichte der §§ 284 ff. StGB vgl. Krehl, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, Vor § 284 Rn. 2.

⁵ Vgl. nur Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 284 Rn. 12 m.w.N.

⁶ Vgl. nur Heger, ZIS 2012, 384.

⁷ Kloepfer/Vierhaus (Fn. 3), Rn. 32.

⁸ Lackner/Kühl (Fn. 5), § 324 Rn. 10a.

⁹ Vgl. Kloepfer/Vierhaus (Fn. 3), Rn. 31 ff.

¹⁰ Vgl. nur Mumberg, Der Gedanke des Rechtsmissbrauchs im Umweltstrafrecht, 1989, passim; Jünemann, Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht, 1998, S. 42 ff.; Schall, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 743 f.

lich und damit strafrechtlich unbeachtlich auch das bloße Ausnutzen einer erkanntermaßen fehlerhaften oder inhaltlich überholten Genehmigung anzusehen sein sollte.¹¹

Im Zuge des 2. UKG wurde in § 330d Nr. 5 StGB dieser Missbrauchsgedanke gesetzlich geregelt. Seither steht einer Strafbarkeit gemäß §§ 324 ff. StGB nicht entgegen eine durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkte oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichene Genehmigung etc. Der Rechtsmissbrauchsgedanke ist damit in seinem Kern kodifiziert worden; die ungeregt gebliebenen Diskussionsfälle einer fehlerhaften oder überholten Genehmigung sind mit diesem Federstrich aus dem Bereich des relevanten Rechtsmissbrauchs ausgeklammert worden.¹²

II. Die Europarechtsakzessorietät des deutschen Strafrechts

Waren akzessorische Strafnormen des Wirtschafts- und Umweltstrafrechts bis vor wenigen Jahrzehnten ausschließlich abhängig von den zugrunde liegenden nationalen zivil- oder verwaltungsrechtlichen Regelungen, hat sich dies in letzter Zeit dadurch massiv verändert, dass viele Bereiche des Wirtschafts-, Sozial- und Umweltrechts, aber auch des Ausländer- und Asylrechts in Deutschland nicht mehr ausschließlich durch nationale Rechtsnormen geregelt sind; vielmehr gibt es auf diesen Gebieten teilweise unmittelbar geltende EU-Verordnungen. Und viele neuere Normen des deutschen Rechts dienen der Umsetzung von Vorgaben in EU-Richtlinien. Besonders augenfällig ist dies wiederum auf dem Gebiet des Umweltrechts, beruhen hier doch nicht weniger als 80 % der anzuwendenden Rechtsvorschriften auf EU-Rechtsakten. Das hat Folgen auch für das Strafrecht. Hatte der BGH noch 1991 unter Geltung des Abfallgesetzes von 1976 entschieden, der strafrechtliche Abfallbegriff in § 326 Abs. 1 StGB sei „in Anlehnung an § 1 Abs. 1 S. 1 AbfG selbständig, ohne die verwaltungsrechtlichen Anwendungsbeschränkungen des § 1 Abs. 3 AbfG, zu bestimmen“,¹³ so dass der strafrechtliche Abfallbegriff inhaltlich an den des deutschen Abfallverwaltungsrechts angelehnt ist, so mag heute Entsprechendes für die Nachfolgenorm des § 3 KrWG anzunehmen sein.¹⁴ Weil aber dieses Gesetz in weiten Teilen auf EU-Vorgaben beruht, ist auch der strafrechtliche Abfallbegriff inhaltlich an das EU-Abfallrecht angelehnt. Die ursprünglich allein zum deutschen Recht angenommene Verwaltungsakzessorietät wandelt sich damit in Richtung auf eine Europarechtsakzessorietät.¹⁵

Diese betrifft aber nicht nur die begriffliche Ebene; wie bei der Verwaltungsaktakzessorietät des deutschen Strafrechts gibt es auch Konstellationen, in denen die Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtmäßigkeit eines Verhaltens nach deutschem Recht vom Vorliegen einer ausländischen Genehmigung ab-

hängig sein kann. Dies soll an zwei Beispielen – wiederum aus dem Umweltstrafrecht – verdeutlicht werden:

- Leitet ein österreichisches Unternehmen aufgrund einer österreichischen Genehmigung in Bregenz Abwässer in den Bodensee, welche diesen auch auf deutschem Staatsgebiet – schlimmstenfalls bis Konstanz – verunreinigen, ist der Tatbestand einer Gewässerverunreinigung nach § 324 Abs. 1 StGB gegeben; darauf ist wegen des inländischen Erfolgseintritts gemäß §§ 3, 9 Abs. 1 StGB auch deutsches Strafrecht anwendbar. Weil aber eine Gewässerverunreinigung nur strafbar ist, wenn sie „unbefugt“ erfolgt sein sollte, stellt sich die Frage, ob das Vorliegen einer österreichischen Genehmigung in Deutschland als Rechtfertigungsgrund wirken kann.
- Das zweite Beispiel betrifft mit dem „Mülltourismus“-Tatbestand des § 326 Abs. 2 StGB eine Norm, bei welcher das Vorliegen der erforderlichen Genehmigung für die Abfallverbringung bereits den Tatbestand entfallen lässt. Da es sich hier um ein typischerweise transnationales Delikt handelt, stellt sich die Frage, ob eine erforderliche Genehmigung auch allein in einem Nachbarstaat erteilt werden könnte; soweit z.B. Österreich aufgrund der EG-Abfallverbringungsverordnung eine erforderliche Genehmigung erteilt hat, kann diese in Deutschland tatbestandsausschließend wirken.

Für diesen zweiten Beispielsfall stellt dies seit Ende 2011 die mit dem 45. StrRÄndG eingefügte Regelung des § 330d Abs. 2 StGB klar, in welchem festgehalten ist, dass bei einer Tatbegehung im EU-Ausland einer Genehmigung in § 326 StGB entsprechende Genehmigungen auf Grund einer Rechtsvorschrift des anderen EU-Mitgliedstaats gleichstehen, soweit dadurch ein EU-Umweltrechtsakt umgesetzt wird. Der im ersten Beispiel genannte § 324 StGB ist zwar von dieser Neuregelung nicht erfasst, doch begründet dies der Gesetzgeber damit, dass die Anerkennung von Gestattungsakten anderer EU-Mitgliedstaaten schon seit längerem der in Deutschland herrschenden Ansicht entspricht.¹⁶ Auch wenn dies bislang vielleicht nicht so einhellig angenommen worden ist, hat diese Ansicht jedenfalls mit dieser Gesetzesbegründung den legislativen „Ritterschlag“ erhalten und entspricht daher zukünftig dem eindeutigen Willen des aktuellen Gesetzgebers.¹⁷

III. Der Rechtsmissbrauchsgedanke im europäischen Strafrecht

Der Gedanke eines Rechtsmissbrauchs findet sich im europäischen Strafrecht immer wieder. Dabei ging es aber bislang weniger um die Frage der Strafbarkeit und damit um das materielle Strafrecht, als vielmehr um das Strafverfahrensrecht. So wird befürchtet, dass die in EU wie im Schengen-Raum relativ großzügige Zulassung eines Doppelbestrafungsverbots zu einem forum shopping der Verteidigung einladen könnte,

¹¹ Lackner/Kühl (Fn. 5), § 324 Rn. 10.

¹² Weber, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 795; Wohlers, JZ 2001, 850.

¹³ BGHSt 37, 21.

¹⁴ Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, Rn. 274 ff.

¹⁵ Dazu und im Folgenden Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 38 ff.

¹⁶ BT-Drs. 17/5391, S. 10 f.

¹⁷ Vgl. Ransiek, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 330d Rn. 7.

indem man im Erstverfolgerstaat ein mildes Urteil erlangt, das jeder Verfolgung in anderen EU- oder Schengenstaaten entgegen gehalten werden kann. Nachdem mit Art. 50 GRCh die Voraussetzungen für ein ne bis in idem innerhalb der EU noch weiter abgesenkt worden sind – eine Vollstreckung der verhängten Strafe ist danach nicht mehr Voraussetzung¹⁸ – wird daher von manchen erwartet, dass der EuGH mit einer „Missbrauchs-Rechtsprechung“ reagiert.¹⁹

Umgekehrt fürchten viele Strafverteidiger vor allem, wenn es in Zukunft zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft kommen sollte, eine geradezu willkürliche Auswahl des Gerichtsstandes mit einer Tendenz zum „punitivsten Staat“.²⁰

Auf der Strafrechtslehrertagung in Zürich im Mai 2013 wurde in einem Diskussionsbeitrag von *Eser* schließlich auf die Gefahr sog. „fake trials“ hingewiesen,²¹ bei denen in einem Staat zwar pro forma eine Strafverfolgung durchgeführt wird, tatsächlich aber ein Freispruch oder nur eine minimale Strafe ergehen soll, um zu verhindern, dass in einem anderen Staat eine effektive Strafverfolgung durchgeführt wird. Unter Hinweis auf das ergangene Urteil könnte man z.B. die Vollstreckung eines in einem anderen EU-Mitgliedstaat ausgestellten Europäischen Haftbefehls ablehnen. Dieser Missbrauchsgedanke ist bereits im IStGH-Statut normiert; nach dem dafür geltenden Grundsatz der Komplementarität ist der IStGH nur zur Verfolgung berufen, wenn der Tatortstaat zu einer effektiven Strafverfolgung des Völkerverbrechens nicht willens oder in der Lage ist.²² Allerdings lässt sich diese Figur m.E. nicht auf den EU-Raum übertragen.²³ Das Völkerstrafrecht beruht ja gerade auf dem Gedanken, dass durch Unfähigkeit oder Unwilligkeit der zuständigen Staaten zur Strafverfolgung faktisch ein Zustand von Strafflosigkeit geschaffen wird; Grundlage der Zuständigkeit des IStGH wegen Unwilligkeit des Tatortstaates ist daher ein nachvollziehbares Misstrauen in dessen Justiz. Demgegenüber beruht die Europäische Union gerade auf dem Gedanken wechselseitigen Vertrauens von strikt an die Menschenrechte von EMRK und GRCh sowie

die Grundfreiheiten des AEUV gebundenen Rechtsstaaten.²⁴ Die Annahme, ein EU-Mitgliedstaat könnte sich seinen europarechtlichen Verpflichtungen durch „fake trials“ o.ä. entziehen, stellt damit die normative Grundlage der Union in Frage, weshalb eine solche Kontrollmöglichkeit – wie sie dem IStGH zukommt – hier fehl am Platze wäre. Deshalb ist es auch völlig überzeugend, dass die englischen Gerichte im Verfahren über den Europäischen Haftbefehl gegen Julian Assange den von dessen Seite erhobenen Vorwurf, Schweden täusche einen Verfolgungswillen nur vor und wolle Assange eigentlich unverzüglich an die USA ausliefern, nicht als mögliches Auslieferungshindernis angesehen haben.²⁵

IV. Rechtsmissbrauch bei Europarechtsakzessorietät

1. Ausgangspunkt: § 330d Abs. 2 StGB n.F.

Bedenkt man, dass der deutsche Strafgesetzgeber 1994 mit § 330d Nr. 5 StGB den Rechtsmissbrauchsgedanken zumindest für seinen Hauptanwendungsfall – das Umweltstrafrecht – kodifiziert hat und betrachtet man vor diesem Hintergrund die bereits angesprochene neue Regelung des § 330d Abs. 2 StGB etwas näher,²⁶ so sieht man, dass es darin an einem Verweis auf die nunmehr in Abs. 1 Nr. 5 lozierte Rechtsmissbrauchsregelung fehlt. Die Gleichstellungsklausel des § 330d Abs. 2 StGB lautet wie folgt:

- „Für die Anwendung der §§ 311, 324a, 325, 326, 327 und 328 stehen in Fällen, in denen die Tat in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union begangen worden ist
1. einer verwaltungsrechtlichen Pflicht,
 2. einem vorgeschriebenen oder zugelassenen Verfahren,
 3. einer Untersagung,
 4. einem Verbot,
 5. einer zugelassenen Anlage,
 6. einer Genehmigung und
 7. einer Planfeststellung
- entsprechende Pflichten, Verfahren, Untersagungen, Verbote, zugelassene Anlagen, Genehmigungen und Planfeststellungen auf Grund einer Rechtsvorschrift des anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder auf Grund eines Hoheitsakts des anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union gleich. Dies gilt nur, soweit damit ein Rechtsakt der Europäischen Union oder ein Rechtsakt der Europäischen Atomgemeinschaft umgesetzt oder angewendet wird, der dem Schutz vor Gefahren oder schädlichen Ein-

¹⁸ Eine solche wird in der deutschen Rspr. aber noch verlangt (vgl. BGHSt 56, 11; LG Aachen StV 2010, 237; *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206).

¹⁹ So *Zöller*, in: *Amelung/Günther/Kühne* (Hrsg.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag* am 9.7.2010, 2010, S. 501 (S. 520).

²⁰ Eine solche Tendenz betont insbesondere *Schünemann*, StV 2003, 531.

²¹ Ein Tagungsbericht von *Abo Youssef/Godenzi* mit den einzelnen Diskussionsbeiträgen erscheint in Heft 4 der ZStW 125 (2013).

²² Dazu *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 3. Aufl. 2012, Rn. 262 ff.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl. 2013, § 14 Rn. 17 ff.; ausf. *Laflaur*, *Der Grundsatz der Komplementarität, Der Internationale Strafgerichtshof im Spannungsfeld zwischen Effektivität und Staatensouveränität*, 2011, passim.

²³ *Vogel* (in: *Heß* [Hrsg.], *Wandel der Rechtsordnung*, 2003, S. 45 [S. 61 ff.]) plädiert für den Aufbau eines komplementären europäischen Strafjustizsystems.

²⁴ Vgl. *Satzger* (Fn. 22), § 10 Rn. 24.

²⁵ Dazu *Heger*, *Hamburger Rechtsnotizen* 2011, 105.

²⁶ Dazu *Hecker*, in: *Ruffert* (Hrsg.), *Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts*, *Festschrift für Professor Dr. Meinhard Schröder zum 70. Geburtstag*, 2012, S. 531; *Heger*, *HRRS* 2012, 211, *Meyer*, *wistra* 2012, 371; *Schall*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 132. Lfg., Stand: April 2012, § 330d Rn. 61 ff.; *Ransiek* (Fn. 17), § 330d Rn. 6 f.; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, *Kommentar*, 60. Aufl. 2013, § 330d Rn. 13; *Noriuzzi/Rettenmaier*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 330d Rn. 14.

wirkungen auf die Umwelt, insbesondere auf Menschen, Tiere oder Pflanzen, Gewässer, die Luft oder den Boden, dient.“

Eben weil in § 330d Abs. 2 StGB kein ausdrücklicher Verweis auf die Rechtsmissbrauchsklausel des § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB enthalten ist, ist fraglich, ob eine im EU-Ausland durch Drohung, Täuschung, Bestechung oder Kollusion erlangte Genehmigung etc. wie eine mit gleichen Mängeln behaftete inländische Genehmigung gleichfalls strafrechtlich unbeachtlich sein soll. Dabei ist vorab allerdings zu bedenken, dass es zunächst eine Frage des jeweils anwendbaren ausländischen Umweltverwaltungsrechts ist, ob eine derart bemakelte Genehmigung etc. überhaupt – wie in Deutschland – verwaltungsrechtlich wirksam sein kann. Ein nach ausländischem Verwaltungsrecht unbeachtlicher Nichtakt oder nichtiger Verwaltungsakt kann auch nicht gemäß § 330d Abs. 2 StGB im Inland wie eine deutsche Genehmigung etc. wirken, schon weil eine solche bei Nichtigkeit im Sinne von § 43 VwVfG ebenfalls strafrechtlich unbeachtlich ist. Ist die im EU-Ausland erlangte Genehmigung etc. freilich nach örtlichem Verwaltungsrecht zur Tatzeit im Sinne von § 8 StGB²⁷ beachtlich (wenngleich vielleicht rechtswidrig und ex tunc zurücknehmbar), muss dies gleichermaßen mit Blick auf das deutsche Strafrecht gelten, so dass etwa auch das Vorliegen einer umweltrechtswidrigen Genehmigung in einem anderen EU-Mitgliedstaat zur Folge hat, dass der diese dort Ausnutzende sich nicht nach deutschem Umweltstrafrecht strafbar macht.

Nimmt man daher allein den Wortlaut von § 330d Abs. 2 StGB, gelten im Rahmen der darin genannten Tatbestände alle zur Tatzeit (noch) wirksamen ausländischen Genehmigungen etc., so dass im EU-Ausland auch durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkte Genehmigungen etc. einer Strafbarkeit wegen §§ 324 ff. StGB in Deutschland den Boden entziehen könnten, solange sie nur nach dem am Tatort anwendbaren ausländischen Verwaltungsrecht zur Tatzeit noch wirksam sind.²⁸ Da allerdings unter Geltung des 1. UKG bis 1994 der Rechtsmissbrauchsgedanke noch nicht kodifiziert war, nichtsdestotrotz aber bereits als immanente Schranke im Rahmen der Verwaltungsaktakzessorietät des Umweltstrafrechts angesehen wurde, könnte man erwägen, nunmehr ausländische Zulassungsakte an dem gleichen gewohnheitsrechtlichen Maßstab zu messen; in diese Richtung zielten Bemerkungen vor Erlass des 45. StrRÄndG, wonach § 330d Nr. 5 StGB (a.F.) auch für im Rahmen der §§ 324 ff. StGB anzuwendende Genehmigungen gelten solle.²⁹ Die Gesetzesbegründung schweigt sich dazu aus; wahrscheinlich

ist das Problem gar nicht genau gesehen worden. Im deutschen Schrifttum wird einerseits mit Blick auf den Wortlaut von § 330d Abs. 2 StGB eine strafrechtliche innerstaatliche Beachtlichkeit auch rechtsmissbräuchlich erlangter ausländischer Genehmigungen verfochten,³⁰ während andere insbesondere mit Blick auf die Judikatur des EuGH in anderen Fällen im Interesse eines EU-weit scharfen Umweltstrafrechts rechtsmissbräuchlich erlangten Genehmigungen eine strafrechtliche Wirksamkeit absprechen wollen.³¹ Für beide Positionen sprechen gute Gründe, die jeweils in Grundprinzipien des Europarechts bzw. des Europäischen Strafrechts verwurzelt sind; auch lassen sich für beide Präjudizien aus der Rechtsprechung – freilich noch nicht zum Umweltstrafrecht – heranziehen. Darauf soll im Einzelnen nunmehr eingegangen werden.

Dabei sollen drei in der deutschen und partiell auch bereits der europäischen Rechtsprechung behandelte Fallkonstellationen vorgestellt werden:

- Die Rechtsprechung des BGH zum Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen bei im EU-Ausland rechtsmissbräuchlich erlangten E 101-Bescheinigungen.
- Die Rechtsprechung von BGH und EuGH zur Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 AufenthG, wenn der Ausländer in einem anderen EU-Staat sein Visum durch eine arglistige Täuschung erschlichen hat.
- Die Rechtsprechung deutscher Obergerichte und des EuGH zur Strafbarkeit wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis gemäß § 21 StVG, wenn der Fahrer während einer Sperrfrist im Inland im EU-Ausland einen Führerschein erworben hat.

2. Europarechtliche Grundprinzipien

Die darin gefundenen Lösungen divergieren – wie noch zu zeigen sein wird – in einer vorliegend entscheidenden Frage. Bevor darauf aber näher eingegangen werden soll, möchte ich kurz die konkurrierenden Grundprinzipien vorstellen, die beide im Europarecht wurzeln:

a) Gegenseitige Anerkennung

Für eine Anerkennung ausländischer Genehmigungen etc., so wie sie sind (und das heißt ohne eine inhaltliche Rechtsmissbrauchskontrolle), spricht vor allem der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, wie er seit 1999 als „Eckstein der

²⁷ Vgl. dazu *Werle/Jeßberger*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 8 Rn. 1.

²⁸ *Pfohl*, *ZWH* 2013, 95 (100).

²⁹ *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 330d Rn. 5; *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar* 28. Aufl. 2010, § 330d Rn. 40; *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2006, § 330d Rn. 26; *Breuer*, *Der Im- und Export von Abfällen innerhalb der Europäischen Union aus umweltstrafrechtlicher Sicht*, 1998, S. 139.

³⁰ *Heger*, *HRRS* 2012, 211 (218 f.); *Pfohl*, *ZWH* 2013, 95 (100).

³¹ So *Schall* ([Fn. 26], § 330d Rn. 47) und *Hecker*, der zwar in *Sieber* u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2011, § 28 Rn. 17, noch für eine Ergänzung der Richtlinie um eine Missbrauchs-Klausel plädiert hatte, mich aber – bezugnehmend auf meine kurz zuvor (in *HRRS* 2012, 211 [218 f.]) geäußerte Ansicht – auf einer Veranstaltung der Richterakademie in Trier im Mai 2012 vor allem mit dem nachfolgend näher darzustellenden Judikat des EuGH (Urt. v. 10.4.2012 – C-83/12 = *NJW* 2012, 1641) „konfrontiert“ hatte.

europäischen Strafrechtspolitik“ gilt³² und seit 2009 mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 67 und 82 Abs. 1 AEUV deutlichen Ausdruck gefunden hat.³³ Die Reihung legt mit Rücksicht auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zumindest einen Vorrang des Prinzips gegenseitiger Anerkennung im Strafrecht vor einer EU-weiten Harmonisierung dieses Rechtsgebietes nahe. Überdies ist dieser Grundsatz auch auf anderen Gebieten des Europarechts etabliert, soweit es an einer EU-weit einheitlichen Regelung eines Rechtsgebietes fehlt. So hat der EuGH bekanntlich bereits 1979 im Fall „Cassis de Dijon“ seiner Entscheidung das Herkunftslandprinzip zugrunde gelegt.³⁴

b) Effet utile des Unionsrechts

Für eine Versagung der strafrechtlichen Wirksamkeit wo auch immer – im In- oder Ausland – rechtsmissbräuchlich erlangter Genehmigungen streitet demgegenüber zumindest auf den ersten Blick das Gebot eines effet utile,³⁵ denn größtmögliche Wirkung als Sanktionsnorm für europarechtswidriges Verhalten wird zumindest vordergründig dadurch vermittelt, dass jeder inhaltliche Verstoß gegen aus EU-Sicht strafwürdiges Verhalten auch in allen Mitgliedstaaten verfolgt werden kann, selbst wenn eine missbräuchlich erlangte Gestattung hierzu vorgewiesen werden kann.

3. Nationalrechtliche Aspekte

Dagegen spielen andere pro- und contra-Erwägungen weiterhin vor allem auf nationaler Ebene und scheinen damit prima facie wenig geeignet, die eine oder andere Ansicht im Lichte des Europarechts zu stützen; dass dem allerdings nicht so ist, wird noch zu zeigen sein.

a) Praktikabilitäts Erwägungen

So werden vor allem gegen eine umfassende Rechtsmissbrauchskontrolle Praktikabilitäts Erwägungen geltend gemacht; für den deutschen Strafrichter wäre es im Einzelfall sicherlich

schwierig bis unmöglich, rechtsmissbräuchliches Verhalten ausländischer Behörden nachweisen zu können.

b) Gleichbehandlung nationaler und ausländischer Taten

Für eine umfassende Rechtsmissbrauchskontrolle mag man dagegen einwenden, dass es anderenfalls zu einer Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Tatorten kommen würde. Zwar ist das Gebot der Nichtdiskriminierung nach Art. 18 AEUV ein Kerngrundrecht der Europäischen Union, doch würde die Strafverfolgung nur im Inland tätig gewordener Täter ja die ausländischen Tätergruppen nicht benachteiligen. Auch EU-Ausländer können im Inland wegen hier begangener Straftaten gemäß §§ 324 ff. StGB verfolgt werden, sofern sie bei deutschen (Umwelt-)Behörden eine Genehmigung etc. im Sinne von § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB rechtsmissbräuchlich erlangt haben.

c) Wortlautgrenze und Bestimmtheitsgrundsatz

Schließlich ist mit Blick auf den konkreten Fall des § 330d Abs. 2 StGB zu fragen, ob nicht der klare Wortlaut dieser Norm in Verbindung mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG einer Erweiterung des Rechtsmissbrauchsgedankens im europäisierten Umweltstrafrecht entgegensteht. Auch dieser Einwand hat freilich inzwischen eine europarechtliche Konnotation, ist doch der Bestimmtheitsgrundsatz auch in Art. 49 Abs. 1 S. 1 der mit dem Vertrag von Lissabon rechtswirksam gewordenen Grundrechte-Charta (Art. 6 Abs. 1 EUV) enthalten³⁶ und hat der EuGH in seinem viel beachteten Urteil in der Rechtssache „Fransson“ vom 26.2.2013³⁷ den in Art. 51 GRCh festgelegten Anwendungsbereich dieser Vorschrift relativ weit gezogen, so dass jedenfalls Strafnormen, die aufgrund von Richtlinienvorgaben ergangen sind – wie eben auch die Neuregelungen des Umweltstrafrechts und damit von § 330d StGB im Zuge des 45. StrRÄndG – grundsätzlich an den Verbürgungen der Grundrechte-Charta zu messen sind.

4. Zu den Präzedenzfällen

a) BGHSt 51, 124 (zu § 266a StGB)

Der BGH hat zur Strafbarkeit wegen Vorenthaltes von Sozialversicherungsbeiträgen gem. § 266a StGB anerkannt, dass sozialversicherungsrechtliche Bescheinigungen anderer EU-Staaten (damals sog. E 101-Bescheinigungen) selbst bei eindeutiger Fehlerhaftigkeit von deutschen Gerichten nicht überprüft werden können,³⁸ während dies für ausländische Bescheinigungen außerhalb des EU-Raums gerade nicht gelten soll.³⁹ Jedenfalls für das Vorenthalten von Sozialversicherungsabgaben gilt damit aus Sicht der deutschen Rechtspre-

³² Vgl. Böse, in: Momsen/Bloy/Rackow (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung, für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, 2003, S. 233; Gleß, ZStW 115 (2003), 146; Satzger (Fn. 22), § 10 Rn. 24 ff.; Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 12 Rn. 51 ff.; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 12 Rn. 38 ff.; Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 11 ff.; Harms/Knauss, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, 2011, S. 1479; Andreou, Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union, 2009, passim.

³³ Heger, ZIS 2009, 406 (410 f.).

³⁴ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78 (Cassis de Dijon) = Slg. 1979, 649 (664).

³⁵ Zu dieser Figur im europäischen Strafrecht Vogel, in: Sieber u.a. (Fn. 31), § 5 Rn. 37.

³⁶ Eser, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 49 Rn. 20 f.; ausf. Schaut, Europäische Strafrechtsprinzipien, 2012, S. 136 ff.

³⁷ EuGH JZ 2013, 613 (dazu Dannecker, JZ 2013, 616; Wegner, HRRS 2013, 126; Eckstein, ZIS 2013, 220).

³⁸ BGHSt 51, 124.

³⁹ BGHSt 52, 67, zu den sog. D/H 101-Bescheinigungen vor Ungarns EU-Beitritt (dazu Heger, JZ 2008, 366 f.).

chung zwischen den EU-Mitgliedstaaten uneingeschränkt der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung.

b) *EuGH, Urt. v. 10.4.2012 – C-83/12 (zu § 96 AufenthG)*

Demgegenüber hat der EuGH vor rund einem Jahr darüber zu entscheiden gehabt, ob das in einem anderen EU-Staat durch arglistige Täuschung und damit rechtsmissbräuchlich erworbene Visum eines Nicht-EU-Ausländers trotz seiner materiellen Unrichtigkeit einer Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern entgegensteht oder nicht.

Nach § 95 Abs. 6 AufenthG steht – wortgleich zu § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB – „einem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel ein Handeln auf Grund eines durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitels gleich“. Aufgrund einer Vorlage des BGH gemäß Art. 267 AEUV⁴⁰ hatte der EuGH zu entscheiden, ob Art. 21 und 34 des Visakodexes der EU dahin auszulegen sind, dass sie einer Strafbarkeit nach deutschem Recht wegen Einschleusens von Ausländern entgegenstehen, wenn diese von anderen EU-Staaten Visa durch arglistige Täuschung erschlichen hatten, die Visa aber noch nicht annulliert worden sind. Der EuGH verneint diese Frage mit Nachdruck; aus dem Unionsrecht ergebe sich nicht nur eine Berechtigung der Mitgliedstaaten, solche Handlungen unter Strafe zu stellen, sondern geradezu eine Pflicht, weil nur so den Bestimmungen des Visakodexes volle praktische Wirksamkeit vermittelt werde.⁴¹ Hier hebt der EuGH mithin entscheidend auf den *effet utile*-Grundsatz ab. Der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung in Bezug auf das von einer Behörde eines anderen Mitgliedstaats erteilte Visum tritt dahinter vollkommen zurück; allerdings mag dies auch mit einer Besonderheit des EU-Visakodexes zusammenhängen, auf die der EuGH verweist, dass nämlich zwar die ausstellende Behörde zur Annullierung des missbräuchlich erlangten Visums verpflichtet, die Behörden eines anderen EU-Staates dazu aber immerhin berechtigt sind.

c) *EuGH, Urt. v. 26.4.2012 – C 419/10 (zu § 21 StVG)*

Einen „Mittelweg“ beschreitet der EuGH – und mit ihm inzwischen auch die deutsche Rechtsprechung – beim sog. „Führerscheintourismus“. In einem Strafverfahren wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (§ 21 StVG) nach Entziehung der Fahrerlaubnis im Inland ist ein im EU-Ausland erworbener Führerschein von der deutschen Strafjustiz nur zu beachten, wenn er nicht während einer im Inland verhängten Sperrfrist erworben wurde und der Inhaber zu diesem Zeitpunkt seinen ordentlichen Wohnsitz im ausstellenden Mitgliedstaat hatte.⁴² Unter diesen Voraussetzungen ist die ausländische Behördenentscheidung anzuerkennen; mit der Orientierung an der inländischen Sperrfrist wird letztlich eine Umgehung der nationalen Entscheidung sanktioniert, was in Richtung auf ein Verbot des Rechtsmissbrauchs gedeutet werden mag. Wird die Fahrerlaubnis zwar von einer deutschen Verwaltungsbe-

hörde entzogen, aber keine Sperre für die Neuerteilung verhängt, kommt es mit Blick auf die innerstaatliche Wirksamkeit einer ausländischen Fahrerlaubnis allein darauf an, ob der Berechtigte seinen ordentlichen Wohnsitz am Ausstellungsort hatte.⁴³ Überträgt man diese Situation sinngemäß auf ausländische umweltrechtliche Genehmigungen, wird man diese – losgelöst von ihrem Inhalt – wohl im Inland akzeptieren müssen, soweit sie ein Handeln im Ausland (z.B. den Anlagenbetrieb gemäß § 327 Abs. 2 S. 2 StGB) betreffen. Genehmigt eine ausländische Umweltbehörde dagegen ein Handeln im Inland, wäre dies eine Umgehung des hiesigen Verwaltungsrechts; dieser Fall wird aber von § 330d Abs. 2 StGB überhaupt nicht erfasst, weil danach die Tat im EU-Ausland erfolgt sein muss. Das spricht letztlich bei einer Tatbegehung im Ausland für eine Präferenz für den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung auch rechtsmissbräuchlich erlangter, wenngleich wirksamer Genehmigungen.

5. *Folgerungen*

Aus diesen drei Präzedenzfällen lässt sich kein ganz einheitliches Bild ablesen, wie die deutsche Rechtsprechung und insbesondere auch der EuGH mit im EU-Ausland rechtsmissbräuchlich erworbenen Genehmigungen zu verfahren gedenken. Maßgebend sind einerseits die der Genehmigung zugrunde liegende EU-Rechtsakte; das zeigt sich deutlich in den beiden Urteilen des EuGH zur Schleußerkriminalität und zum Führerscheintourismus. Besteht etwa von Europarechts wegen eine unbegrenzte Möglichkeit für Behörden im Verfolgerstaat, in einem anderen EU-Staat ausgestellte Genehmigungen zu annullieren, ist es nur konsequent, wenn der Gedanke gegenseitiger Anerkennung behördlicher Entscheidungen im Strafrecht an Gewicht verliert.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass der Grundsatz des *effet utile* bzw. voller Wirksamkeit nicht in jedem Fall dafür streiten muss, dass im EU-Ausland rechtsmissbräuchlich erlangten Genehmigungen in inländischen Strafverfahren eine tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung versagt wird. Bezieht man den vordergründig im nationalen Recht wurzelnden Gedanken der Praktikabilität mit ein, wird man im Regelfall realisieren müssen, dass die Feststellung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vor Erlangung der Genehmigung im Ausland vor einem inländischen Strafgericht im Regelfall nicht unerhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen dürfte. Hält es aber eine deutsche Staatsanwaltschaft für wahrscheinlich, dass eine Genehmigung im EU-Ausland rechtsmissbräuchlich erlangt worden ist, muss sie grundsätzlich nach dem Legalitätsprinzip Anklage erheben (die erleichterte Einstellungsmöglichkeit gemäß § 153c StPO besteht nur, wenn kein Erfolg im Inland eingetreten ist,⁴⁴ während § 330d Abs. 2 StGB lediglich auf eine Tathandlung im EU-Ausland rekurriert,⁴⁵ so dass gerade das erste Beispiel nicht erfasst wäre); kann das Strafgericht in der Hauptverhandlung nicht abschließend klären, ob tatsächlich eine Rechts-

⁴⁰ BGH HRRS 2012, Nr. 409.

⁴¹ EuGH NJW 2012, 1641.

⁴² EuGH NJW 2012, 1935.

⁴³ OLG Hamm NSTZ-RR 2013, 113.

⁴⁴ *Schoreit*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 153c Rn. 4.

⁴⁵ *Schall* (Fn. 26), § 330d Rn. 65.

missbrauchskonstellation vorgelegen hat, muss es letztlich in dubio pro reo freisprechen. Dieser Freispruch hätte aber EU- und Schengen-weit ein ne bis in idem gemäß Art. 54 SDÜ bzw. Art. 50 GRCh zur Folge, so dass auch in dem Staat, dessen (Umwelt-)Behörde möglicherweise missbräuchlich die Genehmigung erteilt hatte und in dem eine Aufklärung der Umstände und damit eine Klärung der Rechtsmissbräuchlichkeit am leichtesten möglich wäre, wegen des Doppelbestrafungsverbots kein Strafverfahren mehr durchgeführt würde. Erkennt man hingegen in Deutschland in Strafverfahren – wie der BGH im E 101-Verfahren⁴⁶ – jede Genehmigung aus dem EU-Ausland als solche an, dürfte die Staatsanwaltschaft die Ausnutzung einer rechtsmissbräuchlich erlangten ausländischen Genehmigung in Deutschland gar nicht erst gemäß § 170 Abs. 1 StPO zur Anklage bringen; damit bleibt der Weg offen, dass die Strafgerichte am Genehmigungsort das Geschehen aufklären und gegebenenfalls den Täter bestrafen.⁴⁷ Dass Strafsanktionen zur Gewährleistung einer Beachtung von Unionsrecht diesem bei einer nicht angemessenen Ausgestaltung des Strafverfahrensrechts gerade keinen effektiven Schutz vermitteln können, hat der EuGH im Fall „Berlusconi“⁴⁸ vor Augen geführt bekommen; die zur Durchsetzung einer EG-Bilanzrichtlinie vorgesehene italienischen Strafnormen führten bekanntlich wegen einer nachträglich zu knapp bemessenen Verjährungsfrist faktisch zur Straflosigkeit, das scharfe Schwert des Strafrechts war im wahrsten Sinne des Wortes zu kurz geraten und vermittelte damit gerade keinen (straf)rechtlichen Schutz.

Mit Blick auf das Umweltstrafrecht gilt dies umso mehr, streitet angesichts des Wortlauts von § 330d StGB doch hierfür auch noch das Bestimmtheitsgebot, welches – wie ausgeführt – seit 2009 explizit Eingang in die Justizgrundrechte der EU gefunden hat. Dass § 95 Abs. 6 AufenthG fast identisch mit § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB formuliert ist und hier der EuGH wie der BGH den darin niedergelegten Rechtsmissbrauchsgedanken auf ausländische Genehmigungen erstrecken wollen, ist nur vordergründig ein Gegenargument, denn in § 95 AufenthG fehlt eine explizite Erstreckung bestimmter Regelungen auf Auslandssachverhalte, so dass die Rechtsmissbrauchsklausel darin gar nicht – wie in § 330d Abs. 2 StGB – ausgeklammert sein kann. Gerade diese lückenhafte Verweisung in § 330d Abs. 2 StGB für ausländische Genehmigungen legt aber dem unbefangenen Leser nahe, dass für solche Gestattungsakte nur diejenigen Regelungen des deutschen Strafrechts Geltung beanspruchen können, auf die ausdrücklich verwiesen worden ist.

Deshalb und im Lichte der genannten Praktikabilitätserwägungen spricht viel dafür, § 330d Abs. 2 StGB „beim Wort zu nehmen“ und bei Auslandssachverhalten vor deutschen Gerichten nur Verstöße gegen formell wirksame Umweltverwaltungsrechtsakte zu verfolgen.⁴⁹ Das bedeutet ja noch nicht, dass solche Verhaltensweisen EU-weit straflos bleiben

müssen; vielmehr ist es zulässig, dass der jeweilige Tatortstaat – wie Deutschland mit § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB – an die strafrechtliche Beachtlichkeit „seiner“ Genehmigungen besondere Anforderungen stellt und damit auch Rechtsmissbrauchsfälle effektiv verfolgt.

6. Exkurs: Mögliche Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit?

Bekanntlich hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung seit seiner Entscheidung „Inspire Arts“ angenommen, dass in einem EU-Staat ansässige Wirtschaftsunternehmen nicht notwendig in einer dort rechtlich normierten Gesellschaftsform tätig sein müssen.⁵⁰ Daher kann ein allein in Deutschland aktives Unternehmen seine Geschäftstätigkeit auch in Form einer englischen „Ltd.“ ausüben. Damit verbunden ist, dass – z.B. bei einer Insolvenz einer solchen in Deutschland tätigen Ltd. – die Strafgerichte mit Blick auf eine Anwendbarkeit der Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB)⁵¹ oder des Untreue-Tatbestandes (§ 266 StGB)⁵² auch ausländisches (hier: englisches) Sachrecht (Insolvenz- bzw. Gesellschaftsrecht) überprüfen müssen. Vor diesem Hintergrund könnte man argumentieren, dass es nichts anderes bedeuten würde, wären sie verpflichtet, auch die Rechtsmissbräuchlichkeit eines Verhaltens vor Erteilung der Genehmigung im Ausland zu überprüfen.

Allerdings besteht m.E. ein grundlegender Unterschied zwischen beiden Konstellationen. Geht es in den Ltd.-Fällen darum, dass das deutsche (Straf-)Gericht schon angesichts des typischerweise inländischen Tatorts das Geschehen problemlos aufklären kann und diese ermittelte Tat danach mit dem ihm vielleicht noch nicht so vertrauten englischen Gesellschafts- oder Insolvenzrecht abgleichen muss (dabei muss es sich gegebenenfalls sachverständig beraten lassen, denn deutsche Gerichte müssen nicht das ausländische Sachrecht kennen), stünde in den Rechtsmissbrauchsfällen mit Auslandsbezug – hält man insoweit § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB für anwendbar – das anzuwendende Recht zwar fest; dagegen müsste das Gericht in die komplizierte Aufklärung des Sachverhalts vor Ort (d.h. im Ausland) einsteigen, um festzustellen, ob ein dem Anschein nach rechtskonformes Dokument in Wirklichkeit z.B. auf einer unzulässigen Absprache oder Einflussnahme beruht. Deshalb lässt sich aus den Ltd.-Fällen nicht ableiten, dass deutsche Strafgerichte verpflichtet sein müssen, nicht nach außen erkennbares, behördeninternes Fehlverhalten im Ausland aufzuklären.

V. Fazit

Wie die deutsche Strafjustiz im Falle einer rechtsmissbräuchlich im EU-Ausland erworbenen umweltrechtlichen Genehmigung entscheiden wird, erscheint derzeit offen. Der Wortlaut von § 330d StGB legt es aber nahe, aufbauend auf dem

⁴⁶ BGHSt 51, 124.

⁴⁷ Zu aktuellen Fragen der Kompetenzkonflikte innerhalb der EU vgl. nur *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1; *Sinn*, ZIS 2013, 1.

⁴⁸ EuGH Slg. 2005, I-3565.

⁴⁹ *Pfohl*, ZWH 2013, 95 (100).

⁵⁰ EuGH Slg. 2003, I-10155.

⁵¹ Dazu ausf. *Hinderer*, Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der englischen private company limited by shares, 2010, passim.

⁵² Vgl. dazu nur *Schramm/Hinderer*, ZIS 2010, 494.

Grundsatz gegenseitiger Anerkennung auch eine derart rechtsmissbräuchlich erworbene Genehmigung als Grundlage eines Tatbestandsausschlusses oder einer Rechtfertigung anzunehmen. Die dagegen angeführten effet utile-Erwägungen können bei näherem Hinsehen nicht wirklich überzeugen; sie passen wohl nur in Sonderfällen wie bei der Schleuserkriminalität.