

AUSGABE 1/2008

S. 1 - 66

3. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Zur Hypertrophie des Rechts
Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis**
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 1

Internationales Strafrecht

- Zur Europäisierung im Strafrecht
Vom Schutz finanzieller Interessen der EG
zu einem gesamteuropäischen Strafgesetzbuch?**
Von Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg 9

- Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage
im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention**
Von Wiss. Ass. Dr. Stefan Lorenzmeier, LL.M. (Lugd.),
Augsburg 20

Strafrecht

- Rien ne va plus – Zur Strafbarkeit wegen des Anbietens
privater Sportwetten nach der Sportwettenentscheidung
des BVerfG v. 28.3.2006**
Von Wiss. Ass. Dr. Katharina Beckemper, Wiss. Ass.
Dr. Norbert Janz, Potsdam 31

Tagungsbericht

- Das Ich und sein Gehirn – zur Eröffnungsveranstaltung
des Instituts für Kriminalwissenschaften an der Universität
Göttingen am 13. Juli 2007**
Von Wiss. Mit. Dr. Stefan Harrendorf, Göttingen 41

Strafrecht

- Zur Korruptionsstrafbarkeit kommunaler Mandatsträger
Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BGH
vom 9.5.2006 – 5 StR 453/05**
Von Richter i.H. Dr. Holger Niehaus, Münster 49

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Helmut Goerlich (Hrsg.), Staatliche Folter, Heiligt der Zweck
die Mittel?, 2007**
(Wiss. Ass. Dr. Mark A. Zöller, Mannheim) 57

Strafprozessrecht

- Walter Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren, 2005**
(Wiss. Ass. Dr. Klaus Gärditz, Bayreuth) 60

- Karsten Altenhain u.a., Die Praxis der Absprachen in
Wirtschaftsstrafverfahren, 2007**
(Wiss. Ass. Dr. Jörg Scheinfeld, Bochum) 62

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Zur Hypertrophie des Rechts*

Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

I. Einleitung

Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Praxis zu lamentieren, ist in Mode, und das nicht erst in jüngster Zeit. So hat bereits von Savigny in seinem „System des heutigen römischen Rechts“ von 1840 beklagt, dass „das Hauptübel unsres Rechtszustandes in einer stets wachsenden Scheidung zwischen Theorie und Praxis“ liege.¹ Auch in jüngerer Zeit ist dieser Zustand wortmächtig beklagt worden. Allein drei bekannte Antrittsvorlesungen haben sich der Problematik angenommen: So hat 1957 Thomas Würtenberger sehr kritisch „Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“ beäugt², Lutz Meyer-Goßner im Jahre 2000 eine „Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie [...]“³ ausgemacht und Volker Erb nur ein Jahr später „Strafrechtswissenschaft, höchstrichterliche Rechtsprechung und tatrichterliche Praxis des Strafrechts“⁴ in ein „unauflösbares Spannungsverhältnis“ gesetzt. Weitere einschlägige Beiträge stammen etwa von Fritz Loos⁵, Hans Joachim Hirsch⁶, Björn Burkhardt⁷ und Rainer Zaczek⁸. Erst im letzten Jahr hat Henning Radtke das Phänomen unter der Überschrift „Gestörte Wechselbezüge?“ traktiert.⁹ Dabei hat Wolfgang Naucke bereits in seinem Referat auf der Strafrechtslehrertagung 1972 in Kiel formuliert: „Die Trennung von Wissenschaft und Praxis ist unterschieden um 1850 und wird danach nur noch subtil ausgeformt.“¹⁰

Bei dieser Trennung handelt es sich freilich nicht um ein auf unser Thema begrenztes Phänomen. So kennen wir alle den Gemeinpruch: „Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“, den bekanntlich auch Kant zum Titel einer Schrift gemacht hat, mit der er sich 1793

* Im Text leicht gekürzte, um Fußnoten erweiterte Fassung der Antrittsvorlesung, die der Verf. am 26.10.2007 an der Universität Augsburg gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840, S. XXV.

² Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl. 1959.

³ Meyer-Goßner, ZRP 2000, 345.

⁴ Erb, ZStW 113 (2001), 1.

⁵ Loos, in: Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 261 ff.

⁶ Hirsch, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 19 ff.

⁷ Burkhardt, in: Eser/Hassemer/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 111 ff.

⁸ Zaczek, in: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 33 ff.

⁹ Radtke, ZStW 119 (2007), 69.

¹⁰ Naucke, ZStW 85 (1973), 399 (424).

gegen Angriffe auf seine Moralphilosophie zur Wehr setzte.¹¹ Ist also möglicherweise der Versuch, die hier konstatierte Kluft zwischen Wissenschaft und Praxis zu überwinden, von vornherein zum Scheitern verurteilt? Ich glaube dies nicht. Daher werde ich in meinem Vortrag nach einer kurzen Bestandsaufnahme (unter II.) zunächst auf die Suche nach Gründen für das hier konstatierte Kommunikationsdefizit zwischen Wissenschaft und Praxis gehen (unter III.). Dass ich diese Gründe vor allem in einer *pathologischen Überwucherung* der deutschen Strafrechtsdogmatik sehe, mag nach dem Titel des Vortrages schon deutlich geworden sein. Deshalb möchte ich Ihnen in diesem dritten Abschnitt zuerst einige besonders prägnante Beispiele hypertropher Rechts- und Strafrechtsdogmatik zumuten (unter 1.). Die tieferen Gründe für diese Hypertrophie sind damit ihrerseits aber noch nicht benannt. Mit ihnen beschäftige ich mich sodann unter 2. Im vierten Abschnitt (unter IV.) möchte ich schließlich mögliche Wege der Annäherung beschreiben, bevor ich unter V. die Ergebnisse kurz zusammenfasse.

II. Inventur: Tiefe Kluft, gestörte Wechselbezüge oder fruchtbarer Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis?

Hirsch hat in seinem Beitrag in der Festschrift für Tröndle konstatiert, dass es nur wenige Staaten gebe, in denen der fachliche Kontakt zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung so eng sei wie in Deutschland.¹² Auch Schünemann weist darauf hin, dass ein auf deutschen Gerichten lastender vergleichbarer „Kontrolldruck“ durch die Wissenschaft etwa in England und Frankreich nicht existiere.¹³ Und Radtke verneint die von ihm in der Überschrift seines bereits genannten Beitrages noch als Frage formulierten „gestörten Wechselbezüge“ letztlich: der Gesamteindruck sei positiv, Harmonie überwiege und überdecke die teils unvermeidlichen Störungen.¹⁴

Sicher lässt sich nicht bestreiten, dass überhaupt eine Auseinandersetzung etwa des Bundesgerichtshofes mit strafrechtswissenschaftlichen Ansichten stattfindet. Und in der Tat ist etwa die Bezugnahme auf wissenschaftliche Stellungnahmen in anderen Ländern durchaus unüblich.¹⁵ Für das deutsche Strafrecht wie die deutsche Rechtswissenschaft jedoch ist der Umstand, dass die Rechtsprechung sich *überhaupt* mit der Wissenschaft auseinandersetzt, eine Selbstverständlichkeit. Vor diesem Hintergrund ist mit großer Sorge

¹¹ S. Zaczek (Fn. 8), S. 33.

¹² Hirsch (Fn. 6), S. 19.

¹³ Schünemann, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 5.

¹⁴ Radtke, ZStW 119 (2007), 90.

¹⁵ Auch der EGMR verzichtet weitgehend auf eine Bezugnahme, vgl. bspw. EGMR NJW 2006, 3117; EGMR NJW 2004, 2209.

ein Korrodieren des Verhältnisses von Strafrechtswissenschaft und Praxis zu konstatieren, das mich an die bekannte Metapher vom gekochten Frosch erinnert¹⁶: Taucht man einen Frosch in einen Topf mit heißem Wasser, so versucht er sofort, aus dem Topf zu springen. Setzt man ihn jedoch in kaltes Wasser, und erhöht die Wassertemperatur nur langsam, so lässt sich das Tier zu Tode kochen, ohne sich dagegen zu wehren. Dieses Phänomen scheint mir auch auf den derzeitigen Zustand der Strafrechtswissenschaften zuzutreffen: Wir bemerken seit Jahrzehnten, wie das Wasser immer wärmer wird, und bleiben dennoch sitzen!

In seinem äußerst differenzierten und kritischen Beitrag zur „geglückten und folgenlosen Strafrechtsdogmatik“ hat Burkhardt die Problematiken des Verhältnisses von Wissenschaft und Praxis treffend herausgearbeitet und dabei ein deprimierendes Fazit gezogen: „Die knappe Auflistung von Gründen für den unerfreulichen Zustand der Strafrechtsdogmatik lässt die Hoffnung auf Besserung eher schwinden.“¹⁷

III. Recht und Zeit – Auf der Suche nach Gründen für das Kommunikationsdefizit zwischen Wissenschaft und Praxis

Die existierenden Berührungspunkte zwischen Theorie und Praxis haben viele Gründe, die hier nicht einmal im Ansatz umfassend erörtert werden können.¹⁸ Ich möchte aber doch versuchen, zwei große Gruppen herauszuschälen, die vor allem für das prekäre Verhältnis von Theorie und Praxis verantwortlich zu sein scheinen. Sie handeln von der Hypertrophie des Rechts (sogleich unter 1.) und dem Geist der Zeiten (unter 2.).

1. Von der Hypertrophie des Rechts

Der Begriff der Hypertrophie wird insbesondere in der Medizin verwandt und beschreibt dort die Vergrößerung eines Organs durch Vergrößerung der Zellen.¹⁹ Unter *kompensatorischer Hypertrophie* versteht man die krankhafte Anpassung an eine pathologische Mehrbelastung.²⁰ Mit diesem Begriffspaar der kompensatorischen Hypertrophie²¹ scheint mir der derzeitige Zustand der Strafrechtsdogmatik recht treffend beschrieben: Kein anderes Strafrechtssystem der Welt zeichnet sich durch ein dermaßen komplexes und kompliziertes

Normen-, Theorien- und Judikatsgeflecht aus wie das deutsche. Und in keinem anderen Strafrechtssystem der Welt sind Strafrechtswissenschaftler mit einer solchen Akribie der letzten Verfeinerung einer praktisch irrelevanten Theorie auf der Spur. Dass aber eine bis zum Exzess betriebene „Vergengerung“²² der Dogmatik in der an ganz anderen Notwendigkeiten ausgerichteten Praxis nicht mehr ankommt, liegt auf der Hand. Dieses Phänomen hat im übrigen noch eine andere, aktuelle und drängende Seite: In einer europäisierten und globalisierten Welt, in der schon jetzt nach einer Dogmatik des Völkerstrafrechts und vielleicht bald nach einem gesamteuropäischen Strafrechtskonzept gesucht wird, ist für ein dermaßen hypertrophes Rechtssystem kein Platz.²³ Und niemand von uns wird wollen, dass die Befürchtung von Burkhardt irgendwann Realität wird, dass der deutsche Strafrechtsdogmatiker in einigen Jahren für das Überleben der deutschen Strafrechtsdogmatik – zu tüchtig war.²⁴

Verstehen Sie mich nicht falsch: Ich möchte nicht einer unterkomplexen Dogmatik das Wort reden. Aber ich möchte mit meinem Vortrag den Aufruf verknüpfen, Abschied zu nehmen von einer überkomplizierten Strafrechtsdogmatik und sich zurückzubedenken auf ein – nicht unterkomplexes, aber – in hinreichendem Maße einfaches und in notwendiger Weise klares und kompromissfähiges strafrechtliches Haftungssystem, das eine wirkliche inhaltliche Auseinandersetzung zwischen Theorie und Praxis zulässt. Das bekannte Wort von Albert Einstein: „Jede Theorie sollte so einfach wie möglich sein, aber nicht einfacher!“ lässt sich auch umkehren: „Jede wissenschaftliche Theorie darf so kompliziert wie nötig sein, aber nicht komplizierter!“

Dass der aktuelle Zustand ein völlig anderer ist, möchte ich Ihnen im Folgenden anhand einiger Beispiele zeigen (unter a). Danach soll ein vergleichender Blick über den nahen Tellerrand des Strafrechts gewagt werden (unter b), bevor wir (unter 2.) uns der zweiten Gruppe von Gründen zuwenden, die ich für das Kommunikationsdefizit zwischen Wissenschaft und Praxis verantwortlich mache.

a) Die Hypertrophie des Strafrechts

Im Strafrecht vertieft sich das durchaus bereits jahrhundertealte²⁵ Kommunikationsdefizit zwischen Theorie und Praxis zunehmend.²⁶ Während die Strafrechtswissenschaft sich in immer feinsinnigere Theorien, rechtstheoretische und rechtsphilosophische Auseinandersetzungen versteigt, ihre Erkenntnisse zudem „europäisiert“ und „internationalisiert“, hat der Praktiker heute Mühe, nicht in einer Flut von Akten zu

¹⁶ Der Hinweis auf das „boiling frog principle“ findet sich auch bei Burkhardt (Fn. 7), S. 137 in Fn. 90.

¹⁷ Burkhardt (Fn. 7), S. 156.

¹⁸ Vgl. insbes. bereits Burkhardt (Fn. 7), passim.

¹⁹ Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 259. Aufl. 2002, Stichwort Hypertrophie, S. 753 f.

²⁰ Pschyrembel Klinisches Wörterbuch (Fn. 19), Stichwort Kompensation, S. 885, ebenso Aktivitätshypertrophie, S. 35.

²¹ Berücksichtigt man, dass durch die Aufblähung des Strafrechts dogmatische Wucherungen auch außerhalb des ursprünglichen Systems entstehen, lässt sich auch von kompensatorischer Hyperplasie sprechen, vgl. Rotsch, ZIS 2007, 260 (263). Zum Unterschied im medizinischen Sinne vgl. Pschyrembel Klinisches Wörterbuch (Fn. 19), Stichwort Hyperplasie, S. 749.

²² Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 80, mit Verweis auf Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949.

²³ Vgl. hierzu ausführlich Rotsch, in: Hattenhauer/Hoyer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jörn Eckert, 2008 (im Erscheinen).

²⁴ Burkhardt (Fn. 7), S. 157.

²⁵ Vgl. Fn. 1.

²⁶ Siehe neben den in Fn. 1-9 genannten Beiträgen auch Vogel, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Fn. 13), S. 105.

ertrinken und ist froh, wenn sein Dezernat nicht „absäuft“. Dass ihm hierbei weder die Zeit noch die Mittel zur Verfügung stehen, die Erkenntnisse der Wissenschaft in ein möglichst gerechtes Urteil, eine umfassende Anklageschrift oder einen überzeugenden Schriftsatz zu transportieren, liegt auf der Hand. Dass in der Praxis zu einem solch wissenschaftlichen Arbeiten häufig nicht einmal die Notwendigkeit besteht, kommt hinzu.

Ich habe in dieser Zeitschrift²⁷ die derzeitige Entwicklung als *Diffusion der Strafrechtsdogmatik* beschrieben und dabei unter Zuhilfenahme von Begrifflichkeiten aus der Ökonomie zu analysieren versucht. Die Beschreibung der von mir ausgemachten Tendenzen zur Diffusion der Dogmatik als *Differenzierung*, *Diversifizierung* und *Divisionalisierung* hat dabei, so meine ich, mehrere Vorteile: Zum einen lassen sich möglicherweise die Erkenntnisse aus der Ökonomie über die mit den verschiedenen Tendenzen einhergehenden Risiken auf den uns interessierenden Bereich übertragen²⁸, zum anderen stellt diese Zuordnung vielleicht eine Grundlage dar, auf der man über Wege zur Verringerung der Kluft zwischen Wissenschaft und Praxis nachdenken kann. Ich möchte dies hier nicht weiter ausführen, sondern beschränke mich auf eine kurze Darstellung einiger aktueller Beispiele hypertropher Strafrechtsdogmatik:

aa) Ein prominentes Beispiel der Tendenz zur hypertrophen Diffusion in der Dogmatik des Allgemeinen Teiles des StGB ist die Auseinandersetzung um die mittelbare Täterschaft kraft „Organisationsherrschaft“.²⁹ Das Beispiel zeigt, dass der BGH sich an der Diffusion der Strafrechtsdogmatik durchaus zu beteiligen weiß. Während *Claus Roxin* ursprünglich (1967) den im Volksmund so genannten Schreibtischtäter eben auch strafrechtsdogmatisch *als Täter* bestrafen wollte und hierzu die für viele sofort einleuchtende Rechtsfigur der Organisationsherrschaft schuf – Täter ist, wer die in einen organisatorischen rechtsgelösten Machtapparat eingliederten Handlanger so beherrscht, dass der von ihm avisierte Erfolg mit Sicherheit eintritt – hat der BGH³⁰ drei Jahrzehnte (!) später vermeintlich³¹ diese Rechtsfigur adaptiert, um die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR als Täter (und nicht nur als Anstifter) eines Totschlages wegen der Schüsse an der innerdeutschen Grenze bestrafen zu können. Mittlerweile hat sich freilich spätestens durch eine ungewöhnlich freimütige Äußerung von *Armin Nack*³², damals Mitglied des entscheidenden 5. und heute Vorsitzender des 1. Strafsenats des BGH, längst herausgestellt, dass der BGH *Roxin* zwar ausgiebig zitiert, durchaus aber eine ganz andere – viel pragmatischere – Konstruktion im Sinne gehabt hat: Der *Chef des Wirtschaftsunternehmens* sollte *täterschaftlich* haften und für die Konstruktion einer solchen Täterschaft – hinter einem ja selbst voll verantwortlichen Straftäter (ursprünglich dem Mauerschützen, jetzt dem Arbeiter oder An-

gestellten) – schien diese Fallgruppe des so genannten „Täters hinter dem Täter“ jedenfalls dem Grunde nach gut zu passen. Freilich hat die Rechtsprechung sich von der Idee *Roxins* in vielerlei Hinsicht längst entfernt, und mittlerweile so viele unterschiedliche Begründungsparameter verwandt, dass sie ganz pragmatisch in all denjenigen Fällen, in denen sie den „Hintermann“ für den eigentlichen Übeltäter hält, diesen eben auch *als Täter* bestrafen kann. *Roxin* hat nach Einwänden aus der Literatur seine ursprüngliche Konstruktion seinerseits nunmehr so sehr modifiziert, dass sie mit seinem originären organisationstheoretischen Ansatz kaum noch etwas zu tun hat. Der natürlich weiter geführte wissenschaftliche Streit, an dem ich zugegebenermaßen nicht ganz uneteiligt bin, ist unter praktischen Gesichtspunkten umso unverständlicher, als die Strafraumen von Anstiftung und Täterschaft identisch sind, vgl. das Gesetz!

Das ist die Hypertrophie des Strafrechts.

bb) In einer der meistdiskutierten BGH-Entscheidungen überhaupt hat der 5. Strafsenat im Fall des Schiedsrichters Robert Hoyzer mit dem sog. „Quotenschaden“ einen neuen Schadensbegriff erdacht. Es ist hier nicht der Ort, die Unnötigkeit einer solchen Konstruktion darzutun. In unserem Zusammenhang interessiert die Potenz der Entscheidung zur Diffusion des Strafrechts: Bislang nahmen h.L. und BGH einen vollendeten Betrug – nur, aber immerhin – in zwei Fällen an: Das Erfolgsdelikt des Betrugers ist jedenfalls und selbstverständlich dann erfüllt, wenn der Vermögensschaden als Nachteil beim Opfer tatsächlich eingetreten, das Opfer also für einen hingegebenen Vermögensgegenstand nicht den entsprechenden Gegenwert erhalten hat. In diesem Fall handelt es sich bei dem Erfolgsdelikt gleichzeitig um ein Verletzungsdelikt, denn mit Eintritt des tatbestandlichen Enderfolges ist das vom Tatbestand geschützte Rechtsgut – das Vermögen – verletzt. Aber auch in einer zweiten Konstellation war man sich bekanntlich über das Vorliegen eines *vollendeten* Betrugers weitgehend einig. Sind die Leistungen, zu deren Erbringung die Vertragsparteien sich – etwa im Rahmen des Abschlusses eines Kaufvertrages – verpflichtet haben, noch nicht erbracht,³³ ist das Vermögen des Opfers aber durch das Eingehen der vertraglichen Verpflichtung wirtschaftlich bereits so stark gefährdet, dass es praktisch bereits verloren³⁴ ist, liegt ein sog. „Gefährdungsschaden“³⁵ vor. Dogmatisch wird eine gewisse „Konkretheit der Gefährdung“ vorausgesetzt, womit der Betrug zwar Erfolgsdelikt bleibt, aber zum konkreten Gefährdungsdelikt wird. Diese Vorverlagerung der Strafbarkeit wird von der h.M. akzeptiert.

Ist die Situation damit an sich komplex genug – jeder Examenskandidat weiß ein Lied davon zu singen –, so entsteht durch das aktuelle Urteil des BGH und die Annahme des Quotenschadens über die vermeintliche Begründung einer

²⁷ *Rotsch*, ZIS 2007, 260.

²⁸ *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (263).

²⁹ Ausführlich *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (264).

³⁰ BGHSt 40, 218.

³¹ Beachte aber jüngst *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (262).

³² *Nack*, GA 2006, 342.

³³ Tatsächlich genügt, dass mindestens eine Leistung noch nicht erbracht ist; richtig *Krack*, ZIS 2007, 103 (109 f.).

³⁴ I.d.S. der BGH jüngst in NJW 2007, 782 (786), unter Verweis auf BGHSt 34, 394; BGH NStZ 2004, 264; BGHSt 21, 112.

³⁵ Der Ausdruck „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ ist ungenau, vgl. *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (584 f.).

dritten Schadenskattegorie hinaus endgültig eine durch unnötige Diversifizierung bewirkte Diffusion der Strafrechtsdogmatik. Indem die Richter nämlich trotz des neu kreierten Quotenschadens offenbar weiter von einem Eingehungsbetrag ausgehen,³⁶ verkehrt sich das Verhältnis von Eingehungs- und Erfüllungsbetrag: Während bislang auf den Eingehungsbetrag nur zu rekurrieren war, wenn es zum tatsächlichen Austausch der Leistungen nicht gekommen ist, lässt der Quotenschaden sich – anders als der BGH³⁷ meint – nun nicht mehr als „Durchgangsstadium“ bis zum Erfüllungsschaden konstruieren. Denn wenn der Quotenschaden, wie der BGH³⁸ glaubt, tatsächlich in der Verschiebung der Gewinnchance liegt, ist diese Chance entweder bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verschoben oder sie ist es nicht. Bejaht man eine solche Verschiebung, kann sich diese Verschiebung aber nicht durch die Auszahlung des Gewinns in den Gewinnfällen „vertiefen“.³⁹ Entsprechen sich jedoch der Schaden im Eingehungs- und der Schaden im Erfüllungszeitpunkt, so hat der Erfüllungsschaden keinerlei Funktion mehr. Der Tatbestand des Betrages mutiert zum bloßen konkreten Gefährdungsdelikt.

Das ist die Hypertrophie des Strafrechts.

cc) In der kurz zuvor⁴⁰ ergangenen Entscheidung des BGH zum Fall „Kanter“⁴¹ gelingt dem BGH die offensichtlich für notwendig gehaltene Flucht aus der Annahme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten über eine äußerst beachtenswerte Modifikation des subjektiven Tatbestandes. Den Einwand des ehemaligen Bundesinnenministers, er habe die Partei nicht schädigen, sondern im Gegenteil schützen wollen, wendet der BGH dogmatisch und verlangt trotz im objektiven Tatbestand angenommener bloßer Vermögensgefährdung einen auf die „endgültige“ Schädigung gerichteten Vorsatz. Wenn der 2. Senat hier einen bloßen Gefährdungsvorsatz nicht genügen lassen will, geschieht das zunächst einmal in dem grundsätzlich anerkanntswerten Bestreben, die Reichweite des Untreuetatbestandes einzuschränken. Dies gelingt freilich nur über die Schaffung einer Inkongruenz zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand, die die Richter sogar sehen, aber für unbeachtlich erklären⁴². Unabhängig davon, ob diese Vorgehensweise dogmatisch überzeugt, ist sie ein weiterer Beleg für die Diffusion von Untreue- und Vorsatzdogmatik gleichermaßen.

Das ist die Hypertrophie des Strafrechts.

dd) Nach § 2 StPO können „zusammenhängende“ Strafsachen aus prozessökonomischen Gründen „verbunden“ werden.⁴³ Wann der nach § 2 StPO vorausgesetzte Zusammenhang besteht, ist in § 3 StPO geregelt. Ein sog. „sachlicher Zusammenhang“ ist nach § 3 Var. 2 StPO u.a. dann gegeben, wenn mehrere Personen beschuldigt werden, Täter oder Teilnehmer einer Tat zu sein. Die bislang einmütige Auffassung⁴⁴ nimmt an, dass zwar der Begriff des Täters im materiell-rechtlichen Sinne, derjenige des Teilnehmers hingegen in einem eigenen, strafprozessualen Sinne zu verstehen sei.⁴⁵ Auch hier wollen wir uns nicht inhaltlich mit der Frage auseinandersetzen⁴⁶, sondern können uns mit der Einsicht begnügen, dass auch insoweit die Tendenz zur Diffusion auszumachen ist

Das ist die Hypertrophie des Strafrechts.

ee) Während wir in unseren Erstsemesterveranstaltungen den Studenten einbläuen, dass es einen Rücktritt nur vom versuchten Delikt gebe und die Prüfung eines Rücktritts bei vollendeter Tat einen genauso schwerwiegenden Fehler darstelle wie ein unzutreffender Versuchsaufbau, muss ich meinen Examenskandidaten erklären, dass der Normierungsdrang des modernen Gesetzgebers etwa im Wirtschaftsstrafrecht dazu geführt hat, dass wir in Wahrheit auch einen Rücktritt vom vollendeten (!) Fahrlässigkeitsdelikt (!) kennen (man werfe einen Blick auf § 330b Abs. 1 i.V.m. § 330a Abs. 5 StGB)!

Das ist die Hypertrophie des Strafrechts.

ff) Eine Entwicklung scheint mir besonders fatal. Tatsächlich lässt sich schon längst nicht mehr von „Strafrecht“ als einheitlichem und homogenem Rechtsgebiet sprechen. Längst hat eine Aufspaltung in die unterschiedlichsten Divisionen stattgefunden, die durch eine besondere Dialektik gekennzeichnet ist. Das insbesondere von Jakobs unter großem Aufsehen in die Diskussion eingeführte gegensätzliche Begriffspaar vom Bürger- und Feindstrafrecht ist hierfür nur das vielleicht derzeit prominenteste Beispiel.⁴⁷ Weitere Gegensätze lassen sich leicht benennen. So sprechen wir seit einigen Jahren von „modernem“ Strafrecht, das sich offenbar prägnant unterscheidet von dem, was wir bislang zwar nicht als unmodern, aber doch als „traditionell“ (und das soll wohl heißen: rechtsstaatlich-liberal⁴⁸) bezeichnet haben. Das Prä-

³⁶ Vgl. BGH NJW 2007, 782 (785).

³⁷ BGH NJW 2007, 782 (786).

³⁸ BGH NJW 2007, 782 (785).

³⁹ In diesem Sinne aber der BGH in NJW 2007, 782 (786), der freilich gleichzeitig nicht ganz klar davon spricht, der Quotenschaden stelle „einen erheblichen Teil des beabsichtigten endgültigen Schadens bei dem Wettanbieter dar.“

⁴⁰ Die vielfach sog. „Hoyzer“-Entscheidung stammt vom 15.12.2006 (5 StR 181/06), das bislang erstaunlicherweise wenig beachtete „Kanter“-Urteil vom 18.10.2006 (2 StR 499/05; vgl. dazu jetzt aber Ransiek, NJW 2007, 1727).

⁴¹ BGH wistra 2007, 136.

⁴² BGH wistra 2007, 136 (142).

⁴³ Vgl. Rotsch, in: Krekeler/Löffelmann (Hrsg.), Anwaltkommentar zur StPO, 2007, § 2 Rn. 1 ff.

⁴⁴ Anders jetzt Rotsch/Sahan, ZIS 2007, 142.

⁴⁵ Wendisch, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 1999, § 3 Rn. 6; Pfeiffer, in: ders. (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2003, § 3 Rn. 3; Lemke, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2001, § 3 Rn. 4.

⁴⁶ Hierzu ausführlich Rotsch/Sahan, ZIS 2007, 142.

⁴⁷ Vgl. bereits Rotsch, ZIS 2007, 265 m.w.N. in Fn. 53.

⁴⁸ Das lässt freilich einen Rückschluss auf die Bedeutung des Terminus „modern“ zu. Diese Entwicklung hat ihren Ursprung natürlich in einem Klimawechsel der Kriminalpolitik – auch wenn dieser, jedenfalls in Deutschland, wissenschaft-

ventionsstrafrecht (im Gegensatz zum Repressionsstrafrecht) lässt sich als besondere Entwicklung des modernen Strafrechts konkretisieren; wer den hier geäußerten Eindruck der wachsenden Kluft zwischen Wissenschaft und Rechtsprechung teilt, wird die Diskrepanz zwischen „theoretischem“ und „praktischem“ Strafrecht betonen. Wir sprechen von Kern- und Nebenstrafrecht und auch die Dichotomie von Oberschicht- und Unterschichtstrafrecht ist uns nicht unbekannt. Das für die Zukunft vielleicht einschneidendste Begriffspaar scheint mir das des nationalen und des internationalen (auch europäischen) Strafrechts zu sein.

Liegt es nicht auf der Hand, dass ein solchermaßen diffuses Strafrecht einer einheitlichen Begriffsbildung überhaupt nicht mehr zugänglich ist, zerfasert, unüberschaubar und – vor allem für die Praxis – unfassbar wird?

Das ist die Hypertrophie des Strafrechts.

b) Die Hypertrophie des Rechts

Die Phänomene beschränken sich auf den Bereich des Strafrechts nicht. Lassen Sie mich in aller Kürze und soweit mir das möglich ist, einen Blick ins Verfassungsrecht werfen.

Bernhard Schlink hat seinen im Februar letzten Jahres in der Juristenzeitung veröffentlichten Aufsatz überschrieben mit: „Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel“⁴⁹. *Schlink* macht dort die Aufgabe der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts an seine eigenen Entscheidungen aus. Eine offenbar auch im Verfassungsrecht zunehmende Diffusion führt zur Zunahme von Selbstkorrekturen, also der Änderung früherer verfassungsrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht selbst. „Nachdem dem BVerfG zunächst aufgefallen ist, wie ähnlich Abgeordnete Beamten geworden sind (BVerfGE 40, 296, 311 ff.), fallen ihm bei genauem Hinsehen gleichwohl bestehende Unterschiede auf (BVerfGE 76, 256, 341 ff.); nachdem das BVerfG vielfach gescholten worden ist, weil es das Familienexistenzminimum nicht von der Steuer befreit hat (BVerfGE 43, 108, 121 ff.), ist es die Schelte leid und besinnt sich eines anderen (BVerfGE 82, 60, 85 f.); nachdem das bundesverfassungsgerichtliche Insistieren auf strafrechtlichem Schutz des ungeborenen Lebens (BVerfGE 39, 1, 45 ff.) seine gesellschaftliche und politische Evidenz verloren hat, will auch das BVerfG nicht mehr insistieren (BVerfGE 88, 203, 264); nachdem es nicht gerne gesehen hat, dass unter seinem weiten Versammlungsbegriff (BVerfGE 69, 315, 343) auch Spaß-, Unterhaltungs- und Aktionsveranstaltungen vom Grundrecht der Versammlungsfreiheit geschützt sind, wechselt es zu einem neuen, engen Versammlungsbegriff (BVerfGE 104, 92, 104), und bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Parteienfinanzierung ist es so ratlos und schwankend (BVerfGE 8, 51, 63; 20, 56, 97; 73, 40, 84 ff.; 85, 264, 285 ff.) wie die möglichen Lösungen des Problems vielfältig

lich kaum verbalisiert wird; eine Ausnahme bildet *Sack*, in: Obergfell-Fuchs/Brandenstein (Hrsg.), Nationale und internationale Entwicklungen in der Kriminologie: Festschrift für Helmut Kury zum 65. Geburtstag, 2006, S. 35.

⁴⁹ *Schlink*, JZ 2007, 157.

sind.“⁵⁰ Diese Selbstkorrekturen führen zu einem Verlust der Fremdbindung: nicht mehr nur ist das Bundesverfassungsgericht selbst nicht an seine eigene Rechtsprechung gebunden, auch die Rechtsprechung im Übrigen verweigert den obersten Richtern immer öfter die Gefolgschaft.⁵¹

Die mit dieser Rechtsprechung einhergehende Entdogmatisierung führt zu einer Entrationalisierung richterlicher Entscheidungsfindung. Sie begründet eine Überspezialisierung Einzelner und die Ohnmacht Vieler. Da auch sie im Deckmantel wissenschaftlicher Dogmatik daherkommt, führt sie im Ergebnis zur Hypertrophie der Verfassungsdogmatik.

Das ist die Hypertrophie des Rechts.

Ich möchte es bei diesem kurzen Ausflug auf fremdes Terrain bewenden lassen. Jeder der anwesenden Rechtswissenschaftler und Praktiker möge sich für seinen Bereich fragen, ob dort nicht ähnliche Tendenzen zu beobachten sind. Bei schon nur oberflächlicher Betrachtung scheint mir eine ähnliche Entwicklung in manchen Bereichen – etwa dem Urheber-, Steuer- und Internationalen Privatrecht – nicht fern zu liegen.

Bevor nunmehr nach möglichen Lösungswegen gesucht werden kann, ist nach den tieferen Gründen für den derzeitigen Zustand unseres Rechtssystems zu fragen:

2. Vom Geist der Zeiten

Wir müssen uns heute nicht mehr darüber streiten, dass eine *Einheit* zwischen Theorie und Praxis – anders als etwa *Bindung*⁵² und mit ihm das 19. Jahrhundert noch glaubte – nicht existiert, sich nicht herstellen lässt, ja auch nicht erstrebenswert ist.⁵³ Zu verschieden sind die Aufgaben und Handlungsbedingungen⁵⁴: Die Rechtsprechung, als Teil des gesellschaftlichen Machtanwendungsapparates hat für eine gerechte Entscheidung des Einzelfalles zu sorgen. Dabei ist sie insbesondere der Rechtssicherheit verpflichtet. Die Rechtsprechung sucht sich ihre Probleme nicht aus, sie werden ihr präsentiert. Sie darf sich der Rechtsanwendung nicht verweigern. Sie steht unter dem Zwang, zu einer Entscheidung kommen zu müssen, und das in einer begrenzten Zeit.⁵⁵ Die Wissenschaft hingegen ist frei. Sie wählt sich ihren Untersuchungsgegenstand selbst aus, sie traktiert ihn um der Originalität willen, und sie traktiert ihn, so lange und so oft sie will. Ihr geht es um die Perfektion des Rechtssystems.⁵⁶ Dass der Rock dieser Idee so weit ist, dass unter ihm die unterschiedlichsten Karriere- und Manipulationsinteressen Platz haben,⁵⁷

⁵⁰ *Schlink*, JZ 2007, 157 (159).

⁵¹ *Schlink*, JZ 2007, 157 (158).

⁵² *Bindung*, ZStW 1 (1881), 4 (29).

⁵³ I.d.S. auch *Erb*, ZStW 113 (2001), 18.

⁵⁴ *Burkhardt* (Fn. 7), S. 116 m.w.N. in Fn. 19-21.

⁵⁵ Der allenthalben kritisierte Zeitdruck, unter dem Entscheidungen gefällt werden müssen, hat freilich auch eine andere, den Interessen des Beschuldigten dienende Funktion, vgl. etwa *Radtke*, ZStW 119 (2007), 83.

⁵⁶ *Röhrich*, ZGR 1999, 445 (463).

⁵⁷ *Mertens*, ZGR 1998, 386.

steht auf einem anderen Blatt. Die Wissenschaft weiß alles – aber eben auch nicht mehr.⁵⁸

a) *Der Geist der Praxis*

Zeit- und Ressourcenknappheit der Praxis sind vielbeklagt, diese Klage muss hier nicht wiederholt werden. Lassen Sie mich vielmehr nur ein einziges Beispiel aus der Praxis der Strafrechtsprechung anführen, das auch in der nichtjuristischen Öffentlichkeit heftig und kontrovers diskutiert worden ist. Es handelt sich um das – mittlerweile abgeschlossene – sog. „Mannesmann-Verfahren“. Bekanntlich hat das Landgericht Düsseldorf das Verfahren nach einer Absprache unter den Verfahrensbeteiligten gem. § 153a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StPO eingestellt.⁵⁹ Die Einstellung wurde im Hinblick auf den bekanntesten der Angeklagten, den Vorstandssprecher der Deutschen Bank Dr. Ackermann – bei einem Jahresgehalt von 15-20 Mio. €, so genau konnte er das nicht sagen –, mit der Auflage der Zahlung von 3,2 Mio. € verbunden, die dieser zwischenzeitlich geleistet hat. Hier ist nicht der Ort, sich grundsätzlich zu Zulässigkeit und Notwendigkeit von Absprachen im Strafverfahren zu äußern. Der Fall zeigt aber in großer Deutlichkeit, wozu das Spannungsverhältnis von hypertropher Strafrechtswissenschaft einerseits und – wenn man so will – atropher Strafrechtspraxis andererseits führt: Strafrechtsdogmatisch geht es in diesem Fall um schwierigste Probleme des Untreuetatbestandes, komplexe Irrtums- und komplizierte Beteiligungsfragen.⁶⁰ Der Bundesgerichtshof⁶¹ hat zu diesen Fragen in seiner Revisionsentscheidung sehr deutlich Stellung genommen und das Landgericht unzweideutig auf seine Rechtsauffassung – Strafbarkeit wegen Untreue – hingewiesen. Das Landgericht ficht dies nicht an. Es sieht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch die Auferlegung der Geldzahlungen als beseitigt an. Und es behauptet gar, durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes seien die über das konkrete Strafverfahren hinausgehenden bedeutsamen Rechtsfragen geklärt! Das Landgericht geht also – wie der BGH – von einem strafwürdigen, ja strafbaren Verhalten aus, freilich bei gleichzeitigem Vorliegen solch geringer Schuld, dass diese – wie § 153a Abs. 1 StPO formuliert – der Einstellung „nicht entgegensteht“. Dass diese Auffassung angesichts des immensen öffentlichen Interesses und des im Raume stehenden Schadens in Höhe von 57 Mio. € nicht jedermann zu überzeugen vermag, scheint verständlich. Und wenn das Landgericht beschwichtigend behauptet, die Verfahrenseinstellung schmälere die Bedeutung des BGH-Urteils nicht, trifft dies den verheerenden Eindruck, den der Beschluss nicht nur in weiten Teilen der Öffentlichkeit⁶², sondern auch in der Strafrechtswissenschaft hervorgerufen

⁵⁸ Paul Montel.

⁵⁹ Vgl. Pressemitteilung Nr. 09/2006; Nr. 01/2007; www.lg-duesseldorf.nrw.de.

⁶⁰ Vgl. jüngst Saliger/Sinner, ZIS 2007, 476 (477).

⁶¹ BGH NJW 2006, 522 mit Anm. Hohn, wistra 2006, 161; Ransiek, NJW 2006, 814; Rönnau, NStZ 2006, 218; Schünnemann, NStZ 2006, 196.

⁶² Vgl. die Nachw. zur Medienberichterstattung bei Saliger/Sinner, ZIS 2007, 476 in Fn. 1.

hat, jedenfalls nicht. Frank Saliger und Stefan Sinner haben in einem aktuellen Beitrag in ZIS 12/2007 ganz treffend eine Dichotomie von „abstraktem Recht“ und „konkretem Willen“ ausgemacht⁶³: Das Interesse an der Klärung grundlegender abstrakter Rechtsfragen wird kurzerhand für erledigt erklärt, der konkrete Wille der Beteiligten zur Verfahrensbeendigung offensichtlich als vorrangig erachtet. Eine solche Auflösung der Fremdbindung an höchstrichterliche Urteile ist uns nicht unbekannt; wir haben sie im Rahmen der Darstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes bereits kennengelernt. Dass diese Kultur der Rechtsfindung in der Strafrechtswissenschaft mit allergrößter Sorge gesehen wird, liegt auf der Hand. Unter praktischen und pragmatischen Gesichtspunkten mag der Einstellungsbeschluss des LG Düsseldorf vertretbar sein, unter strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten ist er eine Katastrophe.

b) *Der Geist der Wissenschaft*

An solchen Entwicklungen ist natürlich nicht die Praxis alleine schuld. Wenn es der Strafrechtswissenschaft offensichtlich immer weniger gelingt, ihre Erkenntnisse verständlich und verwertbar in die Praxis zu transportieren, so verfehlt sie ihr vornehmstes Ziel, bleibt „welt- und lebensfremd“ und „kann keine Theorie des Rechts sein.“⁶⁴ So trägt sie ihren Teil zum gegenwärtigen Zustand unseres Strafrechtssystems bei.⁶⁵

Die tieferen Gründe für dieses Phänomen sind vielfältiger Art, sie alle haben zu tun mit dem derzeitigen Zustand der Geisteswissenschaften, der Art und Weise, wie sich an der Hochschule heute Karriere machen lässt, einer immensen Publikationsflut, die sich, hervorgerufen von dem Veröffentlichungszwang häufig auf immer größere Originalität bedachter junger Wissenschaftler, über uns ergießt, mit einem ständigen Anwachsen von Wissen, das – nicht nur für Studenten – mittlerweile immer weniger beherrschbar wird. Burkhardt hat treffend formuliert: „Zu den Problemen, die die neue Dogmatikergeneration vorfindet, gehören die Lösungsvorschläge der alten.“⁶⁶

Hieraus folgt eine hochgradige Verunsicherung der Wissenschaft. Rechtsunsicherheit ist damit nicht erst das Resultat widersprüchlicher Rechtsprechung, sondern findet ihren Ausgangspunkt in der Vielzahl fein ausziseliertes, hochgradig kontroverser, und häufig doch nur für den Spezialisten im Detail zu unterscheidender wissenschaftlicher Theorien. Alle kommen sie mit wissenschaftlichem Erkenntnisinteresse daher, das Resultat sind zur Verunmöglichung jeglicher sicheren Meinungsbildung führende Gewissheitsverluste. Um mit Arzt zu sprechen: Die Vielfalt wird zum Primärschaden.⁶⁷ Das lässt es nur zu verständlich erscheinen, wenn etwa der BGH sich von der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion

⁶³ Saliger/Sinner, ZIS 2007, 476 (479, 481).

⁶⁴ Zaczek (Fn. 8), S. 41.

⁶⁵ Freilich war im Mannesmann-Fall mit dem Revisionsurteil des BGH eine klare Rechtsauffassung in der Welt; darauf weisen Saliger/Sinner, ZIS 2007, 481 zu Recht hin.

⁶⁶ Burkhardt (Fn. 7), S. 148.

⁶⁷ Arzt, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 839 (867 ff., 873).

mehr oder weniger unbeeindruckt zeigt und sein eigenes *Recht findet*.

Die Anstrengungen der Strafrechtswissenschaft sind um so fragwürdiger, als sich längst erwiesen hat, dass die Übernahme einer strafrechtswissenschaftlichen Theorie in die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht etwa dann erfolgt, wenn sie dogmatisch besonders überzeugend ist, sondern sich schlicht nach dem bestehenden kriminalpolitischen Bedürfnis richtet. Wir erinnern uns an das zur Rezeption der *Roxin*-schen Rechtsfigur der Organisationsherrschaft durch den BGH vor einigen Minuten Gesagte.

Im „modernen“ Strafrecht, von dem bereits die Rede war, ist zudem die wissenschaftliche Diskussion durch ein weiteres Phänomen gekennzeichnet. Wenn es dort in zunehmenden Maße nicht mehr um die Reaktion auf Vergangenheit, sondern um die Bewältigung der Zukunft geht,⁶⁸ Strafrecht also zum Risikosteuerungs- und -bewältigungsinstrument verkommt, sehen wir uns mit der Schwierigkeit konfrontiert, immer komplexere Probleme in immer kürzerer Zeit lösen zu müssen. Dies hat unmittelbar Rückwirkungen auf die Qualität einer Wissenschaft, die nicht mehr die Zeit findet, sich ihrer selbst zu versichern.

Die Entwicklung hat freilich noch eine besorgniserregende, gleichsam entgegengesetzte Konsequenz: Offenbar wird insbesondere von wissenschaftlichen Verlagen zunehmend angenommen, (Straf)Rechtswissenschaft könne nur noch unterkomplex vermittelt werden. Während selbst meisterhaft verfasste Lehrbücher, wie etwa dasjenige von *Roxin* zum Allgemeinen Teil des StGB, sich mittlerweile im Ausland besser verkaufen als in Deutschland, finden auf wenigen Seiten zusammengeschriebene „Kurzanleitungen zum Prädikatsexamen“ reißenden Absatz. Den Verlagen hierfür einen Vorwurf zu machen, wäre absurd; sie sind auf Gewinnmaximierung ausgerichtete Wirtschaftsunternehmen, für die bei der Konzeption ihres Verlagsprogramms natürlich der Verkaufserfolg eines Buches an oberster Stelle steht.

c) *Der Geist der Zeit*

Wir alle sind Hausgenossen des Geistes unserer Zeit.⁶⁹ Diese Aussage ist banal und dennoch bleibt sie wahr. Von vielen noch immer – nicht ganz zutreffend – *Johann Gottfried Herder* zugeschrieben, stammt die Idee, die Eigenarten einer bestimmten Epoche mit Hilfe von zeitübergreifenden Instrumentarien und Messkriterien aufzuspüren, aus einem 1760 verfassten Werk des Philologen *Christian Adolph Klotz*.⁷⁰ Der deutsche Begriff des „Zeitgeistes“ ist nach einer Entlehnung aus dem Lateinischen in die Globalsprache eingegangen, auch im Englischen findet er Verwendung. Dieser „Geist der Zeiten“⁷¹ ist verführerisch: Anonym, bilderlos⁷² und ne-

⁶⁸ *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 9 ff.

⁶⁹ *Hiery*, Zur Einleitung: Der Historiker und der Zeitgeist, abrufbar unter www.uni-bayreuth.de/departments/neueste/ZeitgeistEinleitung.htm.

⁷⁰ *Hiery* (Fn. 69).

⁷¹ Vgl. *Goethe*, Faust, Erster Teil, Nacht.

⁷² *Konersmann*, in: *unizeit* v. 8.1.2005, S. 2.

bulös wie er ist, gibt uns der Begriff eine Rechtfertigungsfolie für unsere Bequemlichkeit an die Hand, uns mit den Umständen unserer Zeit abzufinden. Man bedient sich eines Begriffsgespentes, um das Gespenst der Hilflosigkeit zu vertreiben. Und dennoch lässt er manchmal einen erhellenden Blick zu auf das intellektuelle und kulturelle Klima einer Epoche.

Ein aktuelles Beispiel: Seit Jahren lässt sich, auch in den so genannten seriösen Medien, eine Rückkehr zur Oberflächlichkeit beobachten. Nunmehr hat auch die altehrwürdige FAZ mit einem Dogma gebrochen und präsentiert uns auf der Titelseite ein Farbfoto, dessen von der Redaktion in einem vielsagenden Rechtfertigungsversuch behauptete bildhafte Einmaligkeit von der täglichen Realität Lügen gestraft wird. Wie auch immer man zu dieser Boulevardisierung der Form stehen mag: Jedenfalls hat das neue Layout dazu geführt, dass *ein Drittel* des bislang auf der Titelseite untergebrachten Textes verschwunden ist. Der moderne Leser, euphemistisch als „eiliger“ Leser tituliert, wird zum entmündigten Leser degradiert. In einer digitalisierten Welt, in der es keine Entfernungen mehr gibt, hat sich nicht nur die Verbreitung von Nachrichten, sondern auch deren Präsentation und Rezeption in einer Art und Weise beschleunigt und verschlankt, die aus dem Leibeigenen von einst einen Zeiteigenen⁷³ gemacht hat. Der vermeintliche Segen des modernen E-Mail-Verkehrs etwa mutiert für viele mittlerweile zum Fluch und nicht wenige wünschen sich die Langsamkeit vergangener Zeiten zurück.

Die Universität aber ist seit jeher der vornehmste Ort, dieser Tendenz zum „Verzicht auf das Denken“⁷⁴ die Lust auf die Nachdenklichkeit entgegenzusetzen. Womit ich bei dem Versuch angelangt bin, von einer Annäherung von Wissenschaft und Praxis zu sprechen.

IV. Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis

Wie passt das nun zusammen: Die Schilderung der hier behaupteten Hypertrophie des Rechts, die Forderung, zu einem „vereinfachten“ Rechtssystem zurückzukehren, und der gleichzeitige Appell zur tieferen Nachdenklichkeit?

Den Versuch zu unternehmen, das Recht von der Last seiner Hypertrophie zu befreien, sollte nicht missverstanden werden als der Aufruf zur Problemverniedlichung.⁷⁵ Im Gegenteil: Gerade die Universität kann und soll ein Ort vertiefter, ja wissenschaftlicher Problembewältigung sein. Die Kunst des Dozenten besteht nicht in der Verharmlosung komplexen Rechtsstoffes, sondern in der Reduktion auf und der Vermittlung von tragende(n) Grundstrukturen ohne unangebrachte Vereinfachung. Dabei sollte der praktische Nutzen der Ausbildung aber nicht aus den Augen verloren werden. Es liegt in unserer Hand, aus den jungen Studentinnen und Studenten unserer Fakultäten kritische und nachdenkliche Juristen zu machen, die nicht zu Subsumtionsautomaten im

⁷³ *Hiery* (Fn. 69).

⁷⁴ *Zaczyk* (Fn. 8), S. 41.

⁷⁵ Siehe *Erb*, ZStW 113 (2001), 18, der eine Selbstreduzierung der Wissenschaft für unmöglich hält.

Sinne *Montesquieu*s verkommen, sondern juristisches Systemverständnis und soziale Kompetenz entwickeln. Das braucht Zeit und verlangt eine Methode der Vermittlung des Rechts, die sich vom kommerziellen Repetitor unterscheiden muss. Wir sollten den Jurastudenten von heute nicht unterschätzen, wir sollten ihn aber auch nicht in einer Flut praktisch irrelevanten Insiderwissens ertrinken lassen. Es liegt an uns, Vorsorge dafür zu treffen, dass aus einem guten Examenkandidaten auch ein im besten Sinne des Wortes guter Praktiker werden kann.

Gerade die Universität Augsburg hat, so glaube ich, in mancherlei Hinsicht schon jetzt die Weichen für die Ausbildung zukünftiger Juristengenerationen gut gestellt. So ist die Studentenschaft in das Verfahren der Berufung neuer Professoren, etwa über die Berücksichtigung studentischer Evaluationen, frühzeitig einbezogen. In Augsburg ist ein „Examinatorium ohne Rep“ entstanden, das ein erstklassiges Alternativangebot zum kommerziellen Repetitor darstellt und als Vorbild für andere bayerische Universitäten dient. Über die Ausstattung an der Universität ein Wort zu verlieren, erübrigt sich ohnehin, auch wenn das Studenten, die andere Universitäten nicht kennengelernt haben, ohne weiteres vielleicht gar nicht zu schätzen wissen.

Trauen wir den Studenten etwas mehr zu: Mit spannenden Veranstaltungen lässt sich das Vorurteil widerlegen, der Student sei am Montagmorgen noch nicht, am Freitagmittag schon nicht mehr an der Universität anzutreffen; ein Vorurteil, das ja bekanntlich auch über Professoren kursiert. Nicht wenige Studenten sind dankbar für Lektürehinweise abseits ausgetretener Repetitoriumspfade, der Griff zum dünnen Buch erfolgt nicht selten schlicht deshalb, weil der Student nicht auf anspruchsvollere Literatur hingewiesen worden ist und in der Masse der angebotenen Literatur dann eben zum kostengünstigsten Band greift. Und nicht jedem philosophischen Kopf unter den Studenten muss man anraten, das Jura-studium in kurzen und vermeintlich vorbildhaften 8 Semestern möglichst schnell hinter sich zu bringen.

Da eine Antrittsvorlesung auch dazu dienen soll, das eigene gegenwärtige und zukünftige Arbeitsgebiet zu umreißen, erlauben Sie mir, einige bescheidene Lösungsvorschläge für die im Strafrecht beschriebenen Defizite zu unterbreiten, die zum Teil mit der wertvollen Hilfe vieler Kollegen bereits auf den Weg gebracht sind.

Vor mittlerweile zwei Jahren haben wir die reine online-Publikation ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik gegründet.⁷⁶ Sie hat sich – wenn man so will: quer zum Zeitgeist – das Ziel gesetzt, dem wissenschaftlich vertieften Gedanken wieder mehr Raum zu geben. Dabei hat sie gegenüber einem klassischen Printmedium den Vorteil, keinerlei Platzbeschränkung zu unterliegen. Auch die üblichen, für den Autor wie den Leser unattraktiven monatelangen Wartezeiten bis zur Veröffentlichung entfallen. Nach der guten Aufnahme in Wissenschaft und Praxis ist es uns gelungen, unter der Leitung des renommierten Völkerstrafrechtlers Kai Ambos ein International Advisory Board ins Werk zu

setzen, das für die Einwerbung und Beurteilung ausländischer Beiträge zuständig ist. Ihm gehören mittlerweile mehr als 25 renommierte Professoren aus aller Welt an.

Der Erfolg der Zeitschrift hat uns ermutigt, zum 1. Februar 2008 mit einer ebenfalls kostenlosen online-Ausbildungszeitschrift an den Start zu gehen. Zu Beginn des neuen Jahres werden wir die alle examensrelevanten Rechtsgebiete umfassende Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)⁷⁷ als zunächst alle zwei Monate erscheinendes Angebot ins Netz stellen.

Matthias Jahn und Armin Nack haben mit dem letzten Jahr zum ersten Mal organisierten Karlsruher Strafrechtsdialog einen verdienstvollen Beitrag zu einer Annäherung zwischen Strafrechtswissenschaftlern und Richtern des BGH geleistet. Auf dieser Tagung ist die Idee gereift, diese Annäherung auch praktisch umzusetzen. Mittlerweile haben wir mit einigen jüngeren Strafrechtskollegen, Armin Nack und sechs weiteren Strafrichtern des BGH die Arbeitsgruppe Wissenschaft und Praxis (WuP) gegründet. Sie stellt den Versuch dar, die Strafrechtswissenschaft an der Rechtsfindung des höchsten Strafgerichtes vor der Urteilsfindung zu beteiligen. Hierzu sind die Schilderungen rechtlicher Probleme anstehender BGH-Entscheidungen auf der Homepage der ZIS eingestellt; jedem Wissenschaftler ist so die Möglichkeit gegeben, vorab zu einem entscheidungsrelevanten praktischen Problem unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen.⁷⁸

Und natürlich ist es an uns, praktischen Sachverstand an die Universität zu holen. In Augsburg konnten bereits mehrere ausländische Strafrechtswissenschaftler für Vorträge gewonnen werden – am 5.11.2007 etwa sprach auf Initiative von Henning Rosenau Prof. Taguchi aus Tokio zu dem „Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht“⁷⁹; Claus Roxin hat bereits zum Strafprozessrecht gesprochen, Kristian Kühl hat einen Vortrag zum materiellen Strafrecht zugesagt und für das Sommersemester ist eine gemeinsame Veranstaltung von Armin Nack und mir geplant, im Rahmen derer wir versuchen werden, die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft aus theoretischer wie aus praktischer Sicht zu beleuchten.

V. Ergebnis

Nicht nur das Strafrecht zeichnet sich durch eine zunehmende Diffusion der Dogmatik aus, die zu einer Hypertrophie des Rechts führt. Diese Hypertrophie löst die Systematisierungskonzepte der deutschen Rechtswissenschaft auf; nicht zuletzt sie stellt daher einen wesentlichen Grund für eine zunehmende Entfremdung von Wissenschaft und Praxis dar. Wer diese Entfremdung verringern will, muss jedenfalls zweierlei leisten: Er hat in der Ausbildung dafür zu sorgen, dass Wissenschaft mit Blick auf praktische Notwendigkeiten vermittelt wird und er hat die sich in seiner Position bietenden Möglichkeiten der Intensivierung der Kontakte zur Praxis wahrzunehmen und auszubauen.

⁷⁷ Abrufbar unter www.zjs-online.com.

⁷⁸ Der erste Beitrag von Gössel findet sich in ZIS 2007, 557.

⁷⁹ Der Beitrag erscheint in ZIS 2/2008.

⁷⁶ Sie erscheint monatlich zur Monatsmitte und ist abrufbar unter www.zis-online.com.

Zur Europäisierung im Strafrecht

Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch?

Von Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg

Gegenstand dieses Beitrages ist ein aktueller Trend in der Strafrechtswissenschaft. Gewannen europarechtliche Bezüge in Forschung und Lehre schon geraume Zeit an Bedeutung, kann nicht geleugnet werden, dass auch das Strafrecht in einer europäischen Dimension zu denken ist. Das zeigen nicht zuletzt drei Habilitationsschriften¹ und drei neuere Lehrbücher² zum Thema: Setzen wir hinter den Haupttitel getrost ein Ausrufezeichen! Eine Europäisierung im Strafrecht stellt eine gegenwärtige Erscheinung dar. Sie findet seit längerem statt, dauert unumkehrbar fort und weitere Schritte stehen unmittelbar bevor.³ Dies wird im ersten Teil des Beitrags zu skizzieren sein.

Genauso eindeutig ist auf der anderen Seite festzuhalten: ein europäisches Strafrecht als solches gibt es nicht. Unter dem Begriff Strafrecht soll hier das Strafrecht im eigentlichen Sinne, also das Kriminalstrafrecht verstanden werden, bei welchem die verhängte Sanktion prinzipiell zum Freiheitsentzug führen kann und ein soziales Unwerturteil zum Ausdruck bringen soll. Beide Elemente werden international, zumindest aber auf europäischer Ebene, auf die es in wertender Rechtsvergleichung im hiesigen Zusammenhang allein ankommt, mit dem Strafrecht verbunden.⁴ Entsprechend wird der weite und facettenreiche Bereich verwaltungsrechtlicher Sanktionen des Europarechts mit teils quasi-strafrechtlichem Charakter im Folgenden nicht behandelt.⁵

Es wird allerdings diskutiert, ob nicht in Form von Spurenelementen bereits echtes europäisches Strafrecht existiert und die Eingangsthese vom fehlenden europäischen Strafrecht zu relativieren wäre. Umstritten ist, ob Art. 30 Satzung EuGH⁶ ein solches Strafrecht darstellt. Dort wird angeordnet, dass die Mitgliedstaaten die Eidesverletzung eines Zeugen vor dem EuGH nach den eigenen nationalen Strafbestimmungen zum Meineid ahnden. Da Art. 30 Satzung EuGH quasi self-executing die nationalen Strafanwendungsrechte und die nationalen Meineidsdelikte um eine europäische Komponente erweitert, wollen viele in der Bestimmung supranationales Strafrecht der EG sehen.⁷ Zwar ist zutreffend, dass Art. 30 Satzung EuGH unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht darstellt.⁸ Die unmittelbare Anwendung ändert aber nichts an dem Umstand, dass auf nationaler Ebene zunächst ein entsprechender Tatbestand vorhanden sein muss, anderenfalls liefe die primärrechtliche Verweisung bzw. Assimilierung ins Leere. Deswegen ist die Qualifizierung des Art. 30 Satzung EuGH als supranationales, europäisches Strafrecht irreführend.⁹ Dabei ist vor allem zu beachten, dass dieser Gesamtstrafatbestand, zusammengesetzt aus dem europäischen Primärrecht und den jeweiligen nationalen Strafbestimmungen, kein von der EG gesetztes Strafrecht darstellt, sondern als Primärrecht von den Mitgliedstaaten für die EG und deren Funktionieren konzipiert wurde.

¹ Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001; Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002.

² Ambos, Internationales Strafrecht, 2006; Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007.

³ Zieschang, ZStW 113 (2001), 255 (256); noch zurückhaltender in der Bewertung Harms, in: Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß, 2002, S. 725 ff. (736).

⁴ Damit sind die wesentlichen Elemente bezeichnet, was das Hinzutreten weiterer Aspekte, wie der regelmäßigen Verhängung der Strafe im Rahmen eines Gerichtsverfahrens, nicht hindert, vgl. Satzger (Fn. 1), S. 79; Hecker (Fn. 2), S. 150 f. Zum Unwerturteil vgl. Generalanwalt Jacobs, in: EuGHE 1992, I-5383, Rn. 11: „der Zweck der Strafsanktion [geht] über die bloße Abschreckung hinaus; er umfaßt weiter die gesellschaftliche Mißbilligung oder ein Unwerturteil“.

⁵ Ein Beispiel bildet die Kartellverordnung (Verordnung [EG] Nr. 1/2003 vom 16.12.2002, ABl. 2003, Nr. L 1/1), welche in ihrem Art. 23 Abs. 1 Geldbußen bei Kartellverstößen bis zu einem Höchstbetrag von 1% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes ermöglicht, bei Konzernen bis zu 10% (Art. 23 Abs. 3). Davon hat die Kommission in Aufsehen erregenden Verfahren mit Bußen in Millionenhöhe gegen etablierte Großunternehmen schon häufig Gebrauch gemacht. Aufgrund neuer Leitlinien zur Bußenfestsetzung werden sich die Folgen für betroffene Firmen verschärfen; dazu Moosmayer, wistra 2007, 91. Für die Abgren-

zung zur Kriminalstrafe ist Art. 23 Abs. 5 bezeichnend, der explizit feststellt, dass die festgelegten Bußgelder „keinen strafrechtlichen Charakter (haben)“. Wenn dem so wäre, hätte es einer solchen – dann rein deklaratorischen – Regelung an sich nicht bedurft. Deutlich wird dadurch zweierlei: angesichts der Höhe der verhängten Bußgelder sowie der in Kapitel V der Kartellverordnung vorgesehenen Eingriffsbefugnisse der Kommission im Rahmen der Ermittlungen bewegt sich die Kartellverordnung in einem Graubereich zwischen reinem Verwaltungssanktionen- und Kriminalstrafrecht. Damit hat die klarstellende Regelung in Art. 23 Abs. 5 offenbar auch den Zweck, kritischen Nachfragen und letztlich gerichtlichen Aufhebungen der Verordnung zu begegnen, die mit der fehlenden Kompetenz der EG zur Setzung autonomen Strafrechts begründet sein könnten. Der EuGH hat auf dem Gebiet der quasi-strafrechtlichen, weil punitiven, Verwaltungssanktionen Regeln ausgebildet, die einen nahezu kompletten, vereinfachten Allgemeinen Teil bilden und in der Rahmenverordnung 2988/95 für Sanktionen bei Unregelmäßigkeiten kodifiziert wurden.

⁶ Abl. 2001, Nr. C 80.

⁷ Böse, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 108; Eisele, JA 2000, 896 (900).

⁸ Vgl. zu einem entsprechenden Beispiel aus dem Primärrecht, Erstreckung der Landesverratstatbestände auf Vorfälle im Bereich EURATOM nach Art. 194 Abs. 2 EAG, BGHSt 17, 121.

⁹ Zutreffend kritisch Satzger (Fn. 2), S. 88.

Gibt es also kein europäisches Strafrecht, so bleibt doch offen, ob wir uns mitten in einer Entwicklung befinden, die früher oder später, gleichwohl unausweichlich, zu einem europäischen Strafrecht führen wird. Manche sehen die Vision einer *Constitutio Criminalis Europaea* bereits am Horizont.¹⁰ Um diese Frage wird es im zweiten Teil des Beitrags gehen, in dem den Einwänden gegen die These nachzugehen ist, der strafrechtliche Schutz finanzieller Interessen der EG, der im Vordergrund der Diskussion um die Europäisierung des Strafrechts steht, führe zwangsläufig zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch.

I. Die Europäisierung des Strafrechts

1. Europäisiertes deutsches Strafrecht

Es lassen sich zahlreiche Normen aus dem deutschen StGB finden, die belegen, dass bereits heute nationale Strafvorschriften von europarechtlichen Vorgaben abhängig sind und direkt beeinflusst werden.¹¹ Die Beispiele zeigen zugleich, dass der Vorgang der Europäisierung ein versteckter ist und für die Rechtsanwender gleichsam schleichend vonstatten geht; denn die europäischen Wurzeln der einzelnen Bestimmungen sind oft nicht mehr erkennbar.

¹⁰ *Gropp*, in: ders. (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, 1998, S. 187 (202).

¹¹ Pars pro toto seien genannt:

§ 261 StGB (Geldwäsche), zurückgehend auf die Richtlinie 91/308/EWG vom 10.6.1991, die sog. Geldwäsche-Richtlinie, und das Zweite Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 19.6.1997, das seinerseits das Übereinkommen der UN gegen den unlauteren Verkehr von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988 und das Übereinkommen des Europarats über das Waschen, das Aufspüren, die Beschlagnahme und die Einträge aus Straftaten vom 8.11.1990 umsetzt.

§ 264 StGB (Subventionsbetrug), zurückgehend auf das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.7.1995.

§ 232 StGB (Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung), zurückgehend auf den Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 19.7.2002.

§ 326 StGB (Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen), zurückgehend auf die Verordnung zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft vom 1.2.1993. Hier existiert auf globaler Ebene das Baseler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vom 22.3.1989.

Zahlreiche weitere Beispiele ließen sich insbesondere unter den rund 2000 Gesetzen des Nebenstrafrechts finden.

2. Das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG vom 26.7.1995

Bei der Herkunft dieser Normen¹² spielt ein Übereinkommen eine tragende Rolle: die sog. PIF-Konvention (*protection des intérêts financiers*), also das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG.¹³

Dieses Übereinkommen haben die Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Art. 31 des EU-Vertrages (EUV) geschlossen. Ziel ist es, einen gemeinsamen Sockel von Strafvorschriften zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften zu bilden, indem die Strafrechtsbestimmungen der Mitgliedstaaten durch Schaffung strafrechtlicher Mindestnormen harmonisiert werden. Es geht um die effizientere Bekämpfung von Betrugereien. Das Übereinkommen enthält eine Definition des Betrugstatbestandes zum Nachteil der EG und verpflichtet die Mitgliedstaaten, für diese Art von Betrug einen selbständigen Straftatbestand zu schaffen und durch wirksame, angemessene und abschreckende Strafen zu ahnden. Für schwere Fälle müssen Freiheitsstrafen vorgesehen werden. Außerdem müssen Unternehmensleiter für das betrügerische Verhalten der ihnen unterstellten Personen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können.

Allerdings war das Übereinkommen über sechs Jahre nach Unterzeichnung noch immer nicht von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Dies war erst am 17.10.2002 nach der Ratifizierung in Italien der Fall.¹⁴ In Deutschland erfolgte die Umsetzung im Jahre 1998, indes hat Deutschland das Zweite Protokoll nicht ratifiziert, welches die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vorsieht.¹⁵ Es ist auch nicht absehbar, dass das geschehen wird.

3. Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft

Die schleppenden Ratifizierungsverfahren haben die EG-Kommission veranlasst, nach neuen Wegen zu suchen, um die in den verschiedenen Mitgliedsländern ausgemachten Blockaden zu überwinden. Der Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft und die Glaubwürdigkeit ihrer Institutionen verbieten es, weiter auf Fortschritte zu warten, so die Kommission.¹⁶ Die Mängel in den nationalen Rechtsordnungen begünstigten kriminelle Machenschaften. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission sämtliche Bestimmungen

¹² S.o., Fn. 11.

¹³ ABl. 1995, Nr. C 316, S. 49.

¹⁴ *Dannecker*, ZStR 121 (2003), 280 (292). Nunmehr würden nach Art. 34 Abs. 2 EUV bei Ratifizierung in der Hälfte der Mitgliedstaaten die Übereinkommen vorzeitig in Kraft treten. In Deutschland erfolgte die Umsetzung durch das EG-Finanzschutzgesetz vom 10.9.1998, BGBl. II, S. 2322, durch das u.a. in § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB die zweckwidrige Verwendung von Subventionen erfasst wird.

¹⁵ Zweites Protokoll vom 19.6.1997, ABl. 1997, Nr. C 221.

¹⁶ Begründung zum Vorschlag für die Richtlinie vom 23.5.2001, KOM (2001), 272 endg. – 2001/0115/CO001, S. 6.

des Übereinkommens und der Zusatzprotokolle, die strafprozessualen Regelungen ausgenommen, in einen Richtlinienentwurf übernommen.¹⁷ Die Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten habe bis zum 31.12.2001 zu erfolgen (Art. 15 Abs. 1). Dieser Zeitpunkt ist freilich folgenlos verstrichen. Auch eine überarbeitete Fassung vom 16.10.2002¹⁸ wurde vom Rat bislang nicht angenommen.

Es findet sich wiederum eine Definition eines Mustertatbestandes des Betruges. Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, die Bestimmungen „so in ihr Strafrecht umzusetzen, dass die darin bezeichneten Handlungen strafbar sind“ (Art. 7 Abs. 1 S. 1). Darüber hinaus verpflichtet der Entwurf die Mitgliedstaaten, die „Verantwortlichkeit“ einer juristischen Person sicherzustellen, wenn eine Person aus der Führungsetage einen Betrug etwa zu Gunsten der juristischen Person begangen hat (Art. 9 Abs. 1). Als Sanktionen müssen „wirksame, angemessene und abschreckende Strafen verhängt werden“ (Art. 10 Unterabs. 1), wobei den juristischen Personen auch nichtstrafrechtliche Sanktionen auferlegt werden können, beispielsweise der Ausschluss von öffentlichen Hilfen oder die richterlich angeordnete Auflösung.

4. Das Corpus Juris 2000

Versteht sich der soeben in aller Kürze vorgestellte Richtlinienentwurf als erster wichtiger Schritt für ein Fundament strafrechtlicher Vorschriften zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und bleibt er damit im engen Bereich des Wirtschaftsstrafrechts, hat das Corpus Juris unterschwellig eine weitaus globalere Perspektive. Manche sehen darin den Nukleus eines künftigen Strafgesetzbuchs oder zumindest Modellstrafgesetzbuchs für die EG.¹⁹

Das Etikett „Corpus Juris“ nimmt sprachlich Anleihen an die epochale Sammlung des römischen Rechts durch Kaiser Justinian (527-565 n.Chr.), das in wesentlichen Teilen 529 n.Chr. in Kraft gesetzt wurde und über Jahrhunderte als *Corpus Iuris Civilis* das Zivilrecht Europas prägte und bestimmte. Davon ist das hier vorgelegte Corpus Juris weit entfernt. Da sich die Bezeichnung aber eingebürgert hat, soll sie trotz des präventiven Sprachgebrauchs²⁰ verwendet werden. Das „Corpus Juris 2000“²¹ – so die Bezeichnung des überarbeiteten Entwurfs – enthält in lediglich 39 Artikeln Regelungen eines Allgemeinen und Besonderen Teils sowie prozessuale Vorschriften. Es ist zunächst auf den strafrechtlichen Schutz

der Finanzinteressen der EU beschränkt, was der Titel des ersten Modells aus dem Jahre 1997 bezeichnenderweise noch deutlich zum Ausdruck bringt: „Corpus Juris strafrechtlicher Regelungen zum Schutz finanzieller Interessen der EU“.

Das Corpus Juris beruht auf einer Zusammenarbeit namhafter europäischer Strafrechtswissenschaftler der Europäischen Juristenvereinigung, die auf Anregung des Europäischen Parlaments und der Kommission zustande kam.²² Die Ideen des Corpus Juris hat die Kommission in einem Grünbuch²³ aufgegriffen und zur Diskussion gestellt.

Materiellrechtlich enthält das Corpus Juris acht Straftatbestände (Betrügereien zum Nachteil des Gemeinschaftshaushalts, Ausschreibungsbetrug, Bestechlichkeit und Bestechung, Missbrauch von Amtsbefugnissen, Amtspflichtverletzung, Verletzung des Dienstgeheimnisses, Geldwäsche und Hehlerei sowie Bildung einer kriminellen Vereinigung). Für natürliche Personen sind Freiheitsstrafen oder auf der Grundlage eines Tagessatzsystems Geldstrafen vorgesehen, für juristische Personen Geldstrafen bis zu 10 Millionen Euro sowie zusätzliche Strafen, wie etwa die Bekanntmachung der Verurteilung.

Zur Strafzumessung und weiteren Fragen des Allgemeinen Teils finden sich detaillierte Regelungen. Hervorzuheben ist, dass mit einem solchen Corpus Juris supranationales Kriminalstrafrecht, also echtes europäisches und nicht lediglich europäisiertes Strafrecht entstünde. Ob dies überhaupt möglich und sinnvoll wäre, soll sogleich im Anschluss untersucht werden. Jedenfalls ist an dieser Stelle ein Zwischenfazit nicht von der Hand zu weisen: Die Europäisierung im Strafrecht findet statt.

II. Die Entwicklung eines gemeineuropäischen Strafgesetzbuches

1. Einwand mangelnder europarechtlicher Kompetenzen

Die Schaffung einheitlicher Strafvorschriften über die Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten hinweg wäre ohne größere Schwierigkeiten zu bewältigen, wenn den Europäischen Einrichtungen eine eigene Kriminalstrafgewalt zustehen würde. Es ist also zuerst zu fragen, welche europarechtlichen Kompetenzen im Bereich des Strafrechts bestehen, wobei sich diese Fragen sehr anschaulich mit den eingangs dargestellten Dokumenten: Übereinkommen – Richtlinie – Corpus Juris exemplifizieren lassen.

Dabei stehen wir vor einem gewissen Dilemma, weil nicht klar ist, von welcher Rechtsgrundlage ausgegangen werden soll. Der am 29.10.2004 feierlich unterzeichnete Verfassungsvertrag für Europa ist bereits Geschichte. Ob aber auch der Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007²⁴ jemals in Kraft treten wird, ist angesichts der gescheiterten Verfas-

¹⁷ RiLi-Entwurf vom 23.5.2001, KOM (2001), 272 endg. – 2001/0115/COD, ABl. 2001, Nr. C 240 E.

¹⁸ RiLi-Entwurf vom 16.10.2002, KOM (2002), 577 endg. – 2001/0115/COD, ABl. 2003, Nr. C 71 E.

¹⁹ Zu einem Europäischen Modellstrafgesetzbuch losgelöst vom Corpus Juris s. *Sieber*, JZ 1997, 369. Vgl. in kritischer Attitüde, *Hassemer*, KritV 1999, 133 (134); *Hefendehl*, in: Prittowitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 411 ff. (413).

²⁰ Prittowitz, ZStW 113 (2001), 774 (775, Fn. 8).

²¹ Eine deutsche Fassung, besorgt von *Walter*, kann heruntergeladen werden unter: http://www.jura.uni-augsburg.de/prof/rosenau/medienverzeichnis/Forschung/corpus_juris_deutsch.pdf. Auf derselben Seite ist auch die englische Version erhältlich.

²² *Otto*, Jura 2000, 98 (99).

²³ Grünbuch der Kommission zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001), 715 endg.

²⁴ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2007, Nr. C 306.

sungsreferenden in Frankreich und in den Niederlanden und der Notwendigkeit der Ratifikation in allen 27 EU-Mitgliedstaaten keinesfalls gesichert.

Deswegen muss man sich zunächst an das geltende Vertragsrecht des EUV und EGV halten. Das ist im Übrigen auch deshalb unschädlich, weil sich die meisten Normen eins zu eins umgesetzt im Entwurf für einen Verfassungsvertrag wiederfanden und nun auch der Vertrag von Lissabon in großen Teilen auf dem gescheiterten Verfassungsvertrag aufbaut.²⁵

a) Die intergouvernementale Zusammenarbeit

Für die Kompetenzen der EG zur Rechtsetzung gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Die Gemeinschaft darf nur innerhalb der Grenzen der ihr zugemessenen Befugnisse tätig werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 EGV).²⁶ Die Befugnisse müssen sich aus dem Primärrecht der Gemeinschaft ergeben, es müssen sich also ausdrückliche Kompetenzzuweisungen in den Gründungsverträgen finden lassen. Freilich sind die einzelnen Ermächtigungen teilweise so weit formuliert, dass sie grundsätzlich auch strafrechtliche Maßnahmen rechtfertigen könnten. So könnte sich die allgemeine Richtlinienkompetenz des Art. 95 EGV für den Binnenmarkt zur Harmonisierung des nationalen Strafrechts aktivieren lassen.²⁷ Denn dass weite Bereiche des Strafrechts, nicht nur des Wirtschaftsstrafrechts (man denke nur an die Produkthaftung, die Fragen der Körperverletzungstatbestände und allgemeine Zurechnungsfragen in organisierten Unternehmen berührt²⁸), generell mit dem Funktionieren des Binnenmarktes in Zusammenhang gebracht werden können, wäre durchaus begründbar, so dass der Rat nach Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV Maßnahmen zur Angleichung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen könnte. Vergleichbare Überlegungen ließen sich zum Politikfeld gemeinsamer Verkehrspolitik nach Art. 71 EGV anstellen. Über einheitliche Lenkzeiten hinaus könnten gleiche Promille-Grenzen im LKW-Verkehr wirtschaftliche Hemmnisse unter den Mitgliedstaaten abbauen und den Warenaustausch optimieren – nur bewegte man sich dann mitten im Bereich der klassischen Straßenverkehrsdelikte und damit des Kriminalstrafrechts.²⁹

²⁵ Richter, EuZW 2007, 631.

²⁶ Die Mitgliedstaaten haben ganz offenbar die Notwendigkeit verspürt, diesen Grundsatz bei der Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon nochmals zu bekräftigen. In der Schlussakte findet sich zur Erklärung der Rechtspersönlichkeit der EU der ausdrückliche Vermerk, dass diese neu zu schaffende Rechtspersönlichkeit "keinesfalls" die Ermächtigung enthalte, über die in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten hinaus gesetzgeberisch tätig zu werden; Ziffer 24 der Schlussakte.

²⁷ Dannecker, Jura 2006, 95 (96).

²⁸ Vgl. BGHSt 37, 314, zur Rückrufpflicht bei gefährlichen Produkten (Erdal-Rex) und der Strafbarkeit der Vorstandsmitglieder.

²⁹ Vgl. Hecker (Fn. 2), S. 301. Bislang existiert zur Trunkenheitsproblematik nur eine Empfehlung der Kommission, ABl. 2001, Nr. L 43.

Die Europäische Union ist derzeit noch nach dem Drei-Säulen-Modell aufgebaut. Die Erste Säule bildet die ursprüngliche Europäische Gemeinschaft (EG). Die Zweite Säule bildet der Kooperationsbereich Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und die Dritte Säule schließlich die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS).

Nur der Ersten Säule ist Hoheitsgewalt von den Mitgliedstaaten übertragen worden. Allerdings besteht weitgehend Übereinstimmung, dass bei Abschluss der Verträge von Rom der EG keine kriminalstrafrechtlichen Kompetenzen – auch nicht bruchstückhaft – zugewiesen wurden.³⁰ Der Vertrag von Maastricht vom 7.2.1992, mit dem die Europäische Union gegründet wurde, scheint diese Auffassung zu bestätigen. Im Unionsvertrag werden die Regelungen über die Zusammenarbeit in Strafsachen der sog. Dritten Säule zugeordnet. Dieser Politikbereich wird damit gerade nicht der hoheitlichen Ebene der Europäischen Gemeinschaft zugewiesen, sondern dem Bereich der Gemeinsamen Innen- und Rechtspolitik. Dieser ist außerhalb der Gemeinschaft angesiedelt und hat intergouvernementalen, mithin völkerrechtlichen Charakter. Justiz und Inneres sind im EUV also nicht vergemeinschaftet und nicht in den Bereich des EG-Rechts übertragen worden. Das BVerfG hat diesen Befund folgendermaßen umschrieben: „Die Bereiche [...] der Justiz- und Innenpolitik sind zwar Gegenstände europäischer Zusammenarbeit im Rahmen der Union, sie sind jedoch von den Vertragsstaaten bewusst nicht in die supranationale Zuständigkeitsordnung der EG eingegliedert worden.“³¹

Zu den Materien der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres gehört generell die Zusammenarbeit in Strafsachen, die gem. Art. 29 EUV eine Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten einschließt, wobei nach Art. 31 e) EUV im Bereich der organisierten Kriminalität Mindestvorgaben für Straftatbestände und auch Strafen festgesetzt werden dürfen. Wie sich aus dem Regelzusammenhang mit Art. 29 Unterabs. 2 EUV ergibt, betrifft die Form der Zusammenarbeit auch weitere schwerwiegende Formen der internationalen Kriminalität. Angesichts des Umfangs, der Schadenshöhe und des grenzüberschreitenden Tätigkeitsfeldes sind auch die Bereiche der Wirtschaftskriminalität umfasst. Art. 29 EUV nennt ausdrücklich den Betrug.

Als Beispiel für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen im Bereich der Dritten Säule lässt sich das bereits erwähnte PIF-Übereinkommen aus dem Jahre 1995 anführen. Als völkerrechtlicher Vertrag bedarf diese intergouvernementale Übereinkunft aber der Ratifikation und Umsetzung in die nationale Rechtsordnung, so dass von originär europäischem Strafrecht nicht gesprochen werden kann. Inzwischen dominiert der Weg der Angleichung über Rahmenbeschlüsse. Diese sind den Richtlinien des EGV nachgebildet und verpflichten die Mitgliedstaaten hinsichtlich des in ihnen festgehaltenen Zieles, müssen aber ebenfalls in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen transformiert werden.

³⁰ Dannecker, Jura 1998, 79 (80); ders., Jura 2006, 95 (96); Otto, Jura 2000, 98.

³¹ BVerfGE 89, 155 (176 f.).

Zugleich zeigt jenes Übereinkommen die Achillesferse dieses Weges: Es bleibt offen, ob die Mitgliedstaaten ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen erfüllen und die Ratifizierung durchführen.

Angesichts solcher Schwierigkeiten und Ungewissheiten hat die Kommission die Richtlinie gleichen Inhalts vorgelegt. Die Kommission ist zum Instrumentarium der Ersten Säule übergegangen und versucht auf diesem Wege, die Einlösung der mitgliedstaatlichen Harmonisierungsverpflichtungen zu erzwingen. Dieses Vorgehen beleuchtet nicht nur die politischen Zustände im Verhältnis der Kommission zu den Mitgliedstaaten, sie verschärft zugleich die Auseinandersetzung um die Kompetenzfrage.

b) Das Urteil des EuGH zum Rahmenbeschluss über den strafrechtlichen Umweltschutz vom 13.9.2005

Der Kompetenzkonflikt kulminierte 2005 in einem vorläufigen Höhepunkt, als sich der EuGH auf die Seite der Kommission stellte. Der EuGH erklärte den Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht,³² der auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts Harmonisierungen vorsah, für nichtig.³³ Ganz im Sinne der Kommission hielt er die Richtlinie für die einschlägige Rechtsgrundlage, und zwar ausschließlich das Instrument der Richtlinie.

Der Rat hatte zunächst einen entsprechenden Richtlinien-vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2001³⁴ zurückgewiesen. Gerade für die Strafbestimmungen fand sich keine Mehrheit der Mitgliedstaaten, weil in deren Souveränität eingegriffen wurde. Stattdessen einigte man sich auf den nun verworfenen Rahmenbeschluss im Bereich der Dritten Säule.

Der EuGH sah darin einen unzulässigen Eingriff in die Zuständigkeit der EG. Zwar falle das Strafrecht grundsätzlich nicht unter die Zuständigkeit der Gemeinschaft.³⁵ Umweltschutz als eines der wesentlichen Gemeinschaftsziele (Art. 174 EGV) könne aber auch strafrechtliche Maßnahmen erfordern und umfassen. Das sei hier anzunehmen, weshalb die strafrechtliche Harmonisierung auf die Befugnis der EG gestützt werden könne, den Umweltschutz abzusichern, und damit das Handlungsinstrumentarium der Ersten Säule zur Verfügung stehe.

Das hartnäckige Vorgehen der Kommission erklärt sich nicht auf den ersten Blick; denn der EuGH hat in einem anderen Urteil aus dem Jahre 2005 (Fall *Pupino*) die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechtes nach Wortlaut und Zweck auf Rahmenbeschlüsse ausgedehnt und damit weitgehend dem Instrument der Richtlinie angeglichen.³⁶ Es bleiben aber wichtige Unterschiede zwischen Richtlinie einerseits und Rahmenbeschluss andererseits. Dieser ist aufgrund der ausdrücklichen Regelung in Art. 34 Abs.

2 S. 2 lit. b) EUV niemals unmittelbar anwendbar. Entscheidender dürfte für die Kommission aber gewesen sein, dass die Rahmenbeschlüsse keine qualifizierten Mehrheiten kennen, also gem. Art. 34 Abs. 2 S. 2 EUV die Einstimmigkeit der 27 Mitgliedstaaten voraussetzen, jedem Staat folglich ein Veto-Recht zukommt. Ferner kann die Umsetzung von Rahmenbeschlüssen nicht mit einem Vertragsverletzungsverfahren (nach Art. 226 EGV) erzwungen werden. Darüber hinaus verliert die Kommission bei den Rahmenbeschlüssen ihr alleiniges Initiativmonopol, welches ihr der EGV zuspricht (Art. 250 EGV).³⁷ Die Rahmenbeschlüsse können auch auf Initiative der Mitgliedstaaten entwickelt werden, diese können also viel intensiver deren Inhalt steuern oder beeinflussen (Art. 34 Abs. 2 S. 2 EUV). Es dürften der Kommission mit ihrer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH mehr deren Kompetenzen vor Augen gestanden haben als etwa die Förderung der europarechtlichen Demokratie, auch wenn Kommissionspräsident *Barroso* nach dem Sieg der Kommission vor dem EuGH meinte, das Urteil stärke die Demokratie in Europa.³⁸

Das Urteil des EuGH hat zu heftigen Reaktionen innerhalb der europäischen Strafrechtswissenschaft geführt.³⁹ Manche sehen den EuGH *ultra vires* und sprechen von einem Brüsseler/Luxemburger Putsch⁴⁰, von einer die Fundamente des Strafrechts ignorierenden, rücksichtslosen Europäisierung.⁴¹ Jedenfalls wird dem Urteil vielfach ein Paradigmenwechsel zugeschrieben, weil das herrschend angenommene Dogma, der Gemeinschaft stehe keinerlei strafrechtliche Rechtsetzungskompetenz zu,⁴² nun höchstrichterlich geschleift worden sei. Das ist überzeichnet,⁴³ weil der EuGH lediglich im EGV wie in seiner Rechtsprechung angelegte Entwicklungen konsequent fortentwickelt. Dass der EuGH der EG eine eigenständige, supranationale Strafrechtsetzungskompetenz zur Schaffung europäischen Strafrechtes zuspricht, lässt sich seinem Urteil nicht entnehmen. Zu kritisieren bleibt aber die Sperrwirkung, die die Richtlinienkompetenz auslösen und die Staaten an Rahmenbeschlüssen in derselben Materie hindern soll. Mit dem Wortlaut des Art. 47 EUV, wonach der EUV den EGV unberührt lasse und damit auch dessen Kompetenzen, lässt sich zwar ein Nebeneinander von Richtlinie und Rahmenbeschluss, nicht aber ein Vorrang

³⁷ Zum Initiativmonopol vgl. nur *Gellermann*, in: *Streinz/Burgi* (Hrsg.), *EUV/EGV, Kommentar*, Art. 250 EGV Rn. 6 m.w.N.

³⁸ „Dieses wegweisende EuGH-Urteil stärkt die Demokratie und die Effizienz in der Europäischen Union. Es stellt klar, dass strafrechtliche Sanktionen, wo immer sie das Gemeinschaftsrecht vorsieht, nicht ohne eine umfassende demokratische Kontrolle durch das Europäische Parlament beschlossen werden können“; zit. nach *Hefendehl*, *ZIS* 2006, 161 (167).

³⁹ Vgl. nur *Braun*, *wistra* 2006, 121; *Fromm*, *ZIS* 2007, 26; *Heger*, *JZ* 2006, 310; *Pohl*, *ZIS* 2006, 213.

⁴⁰ *Hefendehl*, *ZIS* 2006, 161 (167).

⁴¹ *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, S. VI ff. (VIII).

⁴² *Satzger* (Fn. 1), S. 143.

⁴³ Im Hinblick auf das *Pupino*-Urteil entsprechend *Lorenzmeier*, *ZIS* 2006, 576 (582).

³² Rahmenbeschluss 2003/80/JI vom 27.1.2003, *ABl.* 2003, Nr. L 29, S. 55.

³³ EuGH, Urteil vom 13.9.2005 – C-176/03; *JZ* 2006, 307 = *NVwZ* 2005, 1289.

³⁴ *ABl.* 2001, Nr. C 180 E, S. 238.

³⁵ So ausdrücklich der EuGH, *JZ* 2006, 307 (310).

³⁶ EuGH, Große Kammer, Urteil vom 16.6.2005 – C-105/03; *JZ* 2005, 838 = *NJW* 2005, 283.

der Richtlinie herleiten.⁴⁴ In der Sache könnte sich der Sieg der Kommission gar als Pyrrhussieg erweisen; denn es ist fraglich, ob sich die Staaten, die ihre Souveränitätsrechte gefährdet sahen und darum auf den Rahmenbeschluss auswichen, in der erforderlichen Mehrheit auf einen Richtlinienvorschlag einigen können.

c) Art. 280 Abs. 4 EGV

Bei der Frage nach der Sanktionskompetenz kommt dem Urteil des EuGH im sog. griechischen Maisskandal aus dem Jahr 1989 tragende Bedeutung zu.⁴⁵ Es ging an sich um jugoslawischen Mais, das Skandalon lag aber auf griechischer Seite. Der Mais war aus Jugoslawien eingeführt, dann aber unter Mitwirkung griechischer Beamter als griechischer Mais deklariert und nach Belgien verschifft worden. Er unterfiel damit als angeblich griechischer Mais dem freien Warenverkehr mit der Folge, dass keine Agrarabschöpfungen zu Gunsten des EG-Haushalts erhoben wurden. Diese wären für Mais jugoslawischer Provenienz fällig gewesen, um das dort geringere Preisniveau auf das subventionierte Hochpreisniveau innerhalb der EG anzuheben. Griechenland hatte es in der Folge unterlassen, die an den Betrügereien beteiligten Zollbeamten straf- oder disziplinarrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, was die Kommission zu einem Vertragsverletzungsverfahren veranlasste.

Der EuGH entschied, Griechenland habe durch dieses Versäumnis gegen Art. 10 EGV verstoßen. Art. 10 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Loyalität gegenüber der Gemeinschaft. Danach müssen die Mitgliedstaaten die Geltung und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleisten. Das ergebe sich aus den Grundsätzen der Gemeinschaftstreue und dem Effektivitätsprinzip. Hierzu zähle, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen Regeln geahndet werden wie gleichartige Verstöße gegen das nationale Recht. Bei der Wahl der Sanktionen sind die Mitgliedstaaten frei, wobei diese aber „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen.⁴⁶ Das impliziert für schwere Fälle auch den Einsatz von strafrechtlichen Sanktionen, was sich auch aus dem Urteilszusammenhang ergibt, bei dem die griechischen Behörden die strafrechtlichen Sanktionen gerade hatten leerlaufen lassen.

Der EGV enthält in Art. 280 nunmehr eine Vorschrift, die die Betrugsbekämpfung durch die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane betrifft. In Abs. 1 und 4 finden sich die tragenden Sentenzen des Maisskandal-Urteils wieder. Zu gewährleisten ist ein effektiver und gleichwertiger Schutz in den Mitgliedstaaten, der nach Abs. 1 abschreckend sein muss.

Damit werden die mitgliedstaatlichen Pflichten aus Art. 10 EGV wiedergegeben. Insoweit hat Art. 280 Abs. 1 EGV nur deklaratorischen Charakter. Versteht man Art. 280 im Sinne des EuGH-Urteils, sind zwar die Mitgliedstaaten ver-

pflichtet, den Strafrechtsschutz der EG-Finanzinteressen an den der nationalen Interessen anzugleichen (das sog. Assimilieren) – dann ist aber für eine Harmonisierung nichts gewonnen, weil nur die Angleichung an den vorhandenen, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschiedenen Strafrechtsschutz gefordert wird.

Die Kommission versteht Art. 280 Abs. 4 EGV weiter, weil er nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern gleichermaßen die Gemeinschaft verpflichtet, effiziente Maßnahmen zum Schutz der finanziellen EG-Interessen zu ergreifen. Sehr umstritten ist, ob damit der EG eine eigene Strafrechtssetzungskompetenz erwachsen ist, so dass die Gemeinschaft auf der Grundlage des Art. 280 Abs. 4 eigene Strafnormen zum Schutz ihrer finanziellen Interessen schaffen dürfte.

Manche Stimmen in der Literatur verstehen Art. 280 Abs. 4 in diesem weiten Sinne und sehen ihn als strafrechtliche Ergänzungskompetenz.⁴⁷ In der Konsequenz dieser Ansicht wäre es möglich, echte supranationale Straftatbestände zu erlassen, die ohne jeden nationalen Zwischenschritt unmittelbar in den Mitgliedstaaten anzuwenden wären. Um Art. 280 Abs. 4 S. 2 einen Sinn zu geben, welcher die Anwendung nationaler Strafnormen unberührt lässt, wird Folgendes postuliert: im Fall einer Konkurrenz der nationalen mit der europarechtlichen Strafnorm gehe das nationale Strafrecht als *lex specialis* vor. Im Sinne einer Harmonisierung wäre diese Lösung freilich nicht. Weiter wird mit dem Wortlaut argumentiert. Nach Art. 280 Abs. 4 S. 1 EGV hat der Rat die erforderlichen Maßnahmen zu beschließen. Der Begriff der Maßnahme findet sich auch in Abs. 2, die dort, da es um die Bekämpfung von Betrügereien geht, unzweideutig strafrechtliche Bestimmungen umfasse. Also sei dort wie hier das Strafrecht mit gemeint.⁴⁸ Das hieße aber, dass die Bekämpfung von Betrügereien notwendigerweise mit strafrechtlichen Mitteln zu erfolgen habe; die Möglichkeit von verwaltungsrechtlichen Sanktionen wird damit übersehen.

Im Gegenteil spricht der Wortlaut der Norm eher gegen eine originäre Strafsetzungskompetenz für die EG. Zwar ließe sich anführen, eine Anwendung des Strafrechts betreffe allein das prozessuale Recht, zumal im gleichen Atemzuge die Strafrechtspflege genannt wird. Dieser Ansatz verkennt aber die engen Verflechtungen gerade im Bereich des Strafrechts zwischen materiellem und formellem Recht. Zusätzliche EG-Strafbestimmungen müssten notwendig aufgrund der Vorgaben gemeinschaftsrechtskonformen Auslegens auf das nationale Strafrecht ausstrahlen. Sie würden auch den nicht-pönanalisierten Freiraum nicht unberührt lassen. Der Umstand, dass ein Verhalten unter keine Strafnorm zu subsumieren ist, stellt eine positive Entscheidung des nationalen Gesetzgebers dar, insoweit seinen Bürgern einen Freiraum straflosen Handelns zu gewähren. Diese Entscheidung bliebe durch EG-

⁴⁴ Zweifelnd auch *Heger*, JZ 2006, 310 (312).

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 21.9.1989 – Rs. 68/88, Slg., S. 2956 ff. (2979 ff.) = NJW 1990, 2245; dazu *Dannecker*, Jura 1998, 79 (81).

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 21.9.1989, S. 2985; vgl. *Dannecker*, Jura 1998, 79 (81).

⁴⁷ Etwas unklar *Fromm*, Der Strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004, S. 271, der nicht die Kompetenz in Frage stellt, Strafrechtssetzung qua EG aber wegen des Demokratiedefizites ablehnt.

⁴⁸ *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945 (955).

Strafrecht und dessen Anwendung nicht unberührt, weil der straflose Freiraum beschnitten würde.⁴⁹

Dass die Mitgliedstaaten keineswegs der EG Strafrechtskompetenzen übertragen wollten, zeigt sich anhand einer vergeblichen Kommissionsinitiative. Die Kommission hatte auf der Regierungskonferenz in Nizza im Dezember 2000 die Schaffung eines Art. 280a EGV vorgeschlagen, der ausdrücklich und eindeutig die Setzung von Kriminalstrafrecht unmittelbar durch die EG vorsah.⁵⁰ Die Kommission ist ganz offensichtlich selbst der Auffassung gewesen, dass der jetzige Art. 280 EGV als strafrechtliche Ermächtigungsgrundlage nicht genügt. Der Vorschlag ist nicht angenommen worden. Das bestätigt die historische Deutung, dass die Mitgliedstaaten als die „Herren der Verträge“ ihre Strafgewalt auch in einzelnen Politikfeldern nicht auf die Gemeinschaft übertragen wollen.⁵¹ Systematisch folgerichtig haben sie die justizielle Zusammenarbeit der Dritten Säule, und nicht der vergemeinschafteten EG zugeordnet und in Nizza diese Position bekräftigt. Als *argumentum in futuro* ist auf den Verfassungsvertrag und den Vertrag von Lissabon hinzuweisen, die ausdrücklich Kompetenzregeln für ein echtes supranationales Strafrecht der EG bzw. der EU vorsehen. Dazu sogleich mehr. Hier ist nur festzuhalten, dass diese Regelungen eines künftigen Primärrechts nicht qua Auslegung des derzeitigen Primärrechts vorweggenommen werden können.

Insgesamt spricht mehr dafür, dass die Mitgliedstaaten den Bereich der Strafrechtspflege nicht auf den Rat übertragen haben und die EG weiterhin keine *eigene* Strafgewalt besitzt, die originäre Strafrechtskompetenz also nur im Bereich der Dritten Säule verankert ist.

Aber auch wer sich anders entscheidet, hätte die Frage noch nicht beantwortet, ob die Entwicklung auf ein gemeineuropäisches Strafrecht zuläuft. Art. 280 EGV eröffnete allenfalls ein sehr partielles Fenster für Strafnormen, nämlich nur, soweit finanzielle Interessen der EG berührt werden.

d) Anweisungskompetenz

Von der gerade verneinten Kompetenz, Straftatbestände auf Gemeinschaftsebene einzuführen, ist die Möglichkeit der EG zu unterscheiden, Mitgliedstaaten zur Verabschiedung nationaler Strafvorschriften anzuweisen. Die fehlende Kompetenz führt also nicht zwangsläufig dazu, dass die Gemeinschaft keine Anweisungen in Form von Richtlinien erteilen könnte. Denn eine derartige – bloße – Harmonisierungskompetenz ändert nichts daran, dass die Vorgaben der Richtlinien in nationales Strafrecht zu überführen sind. Es handelt sich bei

dem dann angepassten Strafrecht weiterhin um nationales, nur eben europäisiertes Strafrecht.⁵²

Diese Anweisungskompetenz wird entweder auf eine Annex-Kompetenz i.V.m. den Spezialvorschriften des EG-Vertrages gestützt, die den Rat zur Angleichung und Harmonisierung mitgliedstaatlicher Rechte ermächtigen, oder es wird die allgemeine Handlungsermächtigung zur Rechtsangleichung im Binnenmarktsector der Art. 94, 95 EGV herangezogen, soweit ein Funktionszusammenhang mit dem Gemeinsamen Markt besteht.⁵³

Von dieser Möglichkeit, die Mitgliedstaaten allgemein zum Erlass von Strafnormen zu verpflichten, hat die EG mehrfach Gebrauch gemacht. Dabei ist zu beachten, dass die Richtlinie einen Rahmen darstellt und sich ihre Verbindlichkeit auf das festgelegte Ziel bezieht, nicht aber auf das „Wie“ der Umsetzung (Art. 249 Abs. 3 EGV). Gerade im Bereich des Strafrechts muss den Staaten ein Spielraum bei der Umsetzung bleiben, so dass ausformulierte Straftatbestände mit exakt festgelegten Strafen nicht denkbar wären. Denn dann würde die fehlende Kompetenz zur Strafsetzung über den Weg der Richtlinie umgangen.⁵⁴

Es ist noch ein Ergebnis nachzutragen: Ist der von der Kommission vorgelegte Richtlinienentwurf zum Schutz der finanziellen Interessen der EG von einer solchen Anweisungskompetenz gedeckt? Die Richtlinie wird von der Kommission auf Art. 280 Abs. 4 EGV gestützt. Zwar scheint Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV nach seinem Wortlaut das Strafrecht insgesamt aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszunehmen, wenn es heißt, die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten bleibe unberührt. Es ist oben bereits diskutiert worden, dass manche darin eine Schranke sehen, die die Gemeinschaft an der Assimilierung von strafrechtlichen Tatbeständen oder Strafen hindert. Aber es will nicht einleuchten, dass bei weniger engen strafrechtlichen Bezugspunkten etwa über die allgemeine Richtlinienkompetenz im Binnenmarktsector oder beim Umweltschutz eine Angleichung möglich sein soll, nicht aber bei Betrügereien zu Lasten der EG-Finzen.⁵⁵ Daher ist nach Sinn und Zweck die Eingrenzung in S. 2 dahin zu verstehen, dass nur der unmittelbare Erlass von Kriminalstrafrecht durch die EG, nicht aber die Richtliniengebung im Bereich des Strafrechts ausgeschlossen ist.⁵⁶ In diesem Sinne lässt sich auch die oben skizzierte Entscheidung des EuGH⁵⁷ zur Richtlinienkompetenz der EG für das Umweltstrafrecht verstehen, was erhellt, dass ihr nicht die

⁴⁹ Satzger (Fn. 2), S. 92; ders. (Fn. 1), S. 136 f.; gegen ihn ausführlich Fromm (Fn. 47), S. 28 ff.

⁵⁰ Mitteilung der Kommission vom 29.9.2000, KOM (2000), 608 endg.

⁵¹ Das bleibt von Bedeutung, auch wenn der EuGH die subjektiv-teleologische Auslegung nicht für bindend hält, siehe Tiedeman, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1401 ff. (1408).

⁵² Einschlägige Beispiele im deutschen StGB sind oben (Fn. 11) genannt.

⁵³ Tiedemann (Fn. 51), S. 1412; Dannecker, Jura 2006, 95 (97). Kritisch Albrecht/Braum, KritV 1998, 460 (470 f.).

⁵⁴ Satzger (Fn. 2), S. 109 f.

⁵⁵ A.A. Satzger, ZRP 2001, 549 (552 f.); wie hier Fromm (Fn. 47), S. 12, 29; skeptisch auch Schönemann, GA 2002, 501 (505).

⁵⁶ Brüner/Spitzer, NSStZ 2002, 393 (394), für die Sichtweise der Kommission.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 13.9.2005 – C-176/03; JZ 2006, 307 = NVwZ 2005, 1289.

umstürzlerische Bedeutung zukommt, die ihr von manchem Interpreten zugemessen wird.

Zwischenfazit: Eine originäre, europarechtliche Strafge-
walt fehlt derzeit. Ein supranationales, europäisches Strafge-
setzbuch ist auf der Grundlage des derzeitigen Primärrechts
nicht realisierbar. Die EG kann lediglich auf die Harmonisie-
rung der nationalen Strafbestimmungen hinarbeiten. Diese
Möglichkeit bleibt aber auf wenige, sektoral begrenzte Felder
beschränkt.

*e) Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa und der
Vertrag von Lissabon*

Wäre der Verfassungsvertrag (VerfV) in Kraft getreten, gilt
dieser beschränkte Befund so nicht mehr. Er löste nicht nur
die Säulenstruktur auf und überführte die EU in eine eigene
Rechtspersönlichkeit, er hätte der Union schließlich doch
eine originäre Strafge-
walt gegeben. Insofern bleibt die Erör-
terung der gescheiterten Verfassung auch für die Auslegung
des Gemeinschaftsrechts de lege lata von Interesse.

Zunächst findet sich – entsprechend Art. 29 EUV – die
Möglichkeit, im Bereich der organisierten Kriminalität und
darüber hinaus für weitere Kriminalitätsfelder, für die das
erforderlich erscheint, Mindestvorgaben durch Europäische
Rahmengesetze zu schaffen: Art. III-271 VerfV. Das ent-
spricht cum grano salis der bisherigen Anweisungskompetenz
über eine Richtlinie, freilich mit der latenten Tendenz zur
Ausweitung, wenn es dort heißt: „je nach Entwicklungen der
Kriminalität“. Denn die Erfahrung mit den vorliegenden
Rahmenbeschlüssen lehrt, dass der europäischen Kriminalpoli-
tik die Vorstellung vom Strafrecht als einem Fragmentari-
schen i.S.v. Lückenhaften fremd ist. Sie ist vom Geist zu-
nehmender Punitivität gekennzeichnet und jedenfalls tenden-
ziell strafscharfend, weil sie mit der Methode der Mindest-
harmonisierung arbeitet.⁵⁸ Das Ziel ist ein vollständiger straf-
rechtlicher Vermögensschutz für die EG.

Eine neue Qualität hätte Art. III-415 VerfV gebracht. Das
zeigt der Vergleich mit der Vorgängernorm des Art. 280
EGV. In Absatz 4 des Art. III-415 fehlt nun der strafrechtli-
che Vorbehalt. Ergo ist Art. III-415 VerfV zu lesen: Die
Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten bleibt *nicht*
mehr unberührt. Zwar war die Bedeutung dieses nun fehlen-
den Satzes, wie die Diskussion gezeigt hat, bislang schon
sehr umstritten. Indem auf ihn völlig verzichtet wird, spricht
aber vieles dafür, dass echte supranationale Kriminaltatbe-
stände hätten erlassen werden können.⁵⁹ Für diese Auslegung
streitet auch, dass Art. III-415 VerfV ausdrücklich das Euro-
päische Gesetz als denkbare Rechtsakte nennt: Dieses wäre,
der heutigen Verordnung entsprechend, nach der Verfas-
sungskonzeption in allen Mitgliedstaaten unmittelbar an-
wendbar gewesen (I-33 Abs. 1 UA 2 VerfV).

Wie sieht die Rechtslage nun aus, wenn der Vertrag von
Lissabon vom 13.12.2007 in Kraft treten sollte? Art. III-271
VerfV ist praktisch wortgleich nun als Art. 69b des Vertrages

über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁶⁰ in
das künftige Primärrecht übertragen worden. Art. 280 EGV
wird nun einem Titel „Betrugsbekämpfung“ unterstellt und
hinsichtlich der angesprochenen Organe zum neuen Art. 280
AEUV erweitert.⁶¹ Dann der absehbare Paukenschlag: Mit
einem unscheinbaren Anhängsel zur Änderung des Art. 280
Abs. 4 EGV („und der letzte Satz wird gestrichen.“) kommt
es zur umwälzenden und in der Geschichte der europäischen
Einigung tiefgreifendsten Erweiterung der europäischen
Kompetenzen. Die Regelung des Art. III-415 VerfV wird in
ihrem entscheidenden Punkt übernommen. Hinsichtlich der
Betrugsbekämpfung zum Nachteil der finanziellen Interessen
der EU wächst der EU eine supranationale originäre Straf-
rechtssetzungskompetenz im neuen Regelwerk zu. Wenn
oben festgestellt wurde, dass die EG keine *eigene* Strafge-
walt besitzt, gilt mit dem Vertrag von Lissabon genau das Gegen-
teil. Die EU erhält nicht nur eigene Rechtspersönlichkeit,
sondern auch *eigene* Strafge-
walt.

2. Einwand des Subsidiaritätsgrundsatzes

Nach der Behandlung der formellen Kompetenzproblematik
soll es um inhaltliche Fragen gehen: Ist die Forderung nach
dem europäischen StGB begründet?

Dazu ist auf das Subsidiaritätsprinzip einzugehen, das
zwar mit der Kompetenzfrage eng verwoben ist, aber selbst
keine Kompetenzregelung darstellt, sondern als Kompetenz-
ausübungsregel zu verstehen ist. Es setzt voraus, dass über-
haupt erst eine Gemeinschaftskompetenz besteht. Es erstreckt
sich folglich nur auf die sog. konkurrierenden Kompetenzen,
in denen die EG neben den Mitgliedstaaten zuständig ist.
Gemäß dem in Art. 5 EGV verankerten Subsidiaritätsprinzip
im weiteren Sinne wird die Gemeinschaft nur tätig, sofern –
darin liegt der Gedanke der Effektivität – sich das Ziel best-
möglich auf Gemeinschaftsebene und nicht der unteren Ebe-
ne der Staaten verwirklichen lässt (Art. 5 Abs. 2 EGV) und
zudem die vorgesehene Gemeinschaftsaktivität erforderlich
ist (Art. 5 Abs. 3 EGV).⁶² Für die Handlungsinstrumentarien
der Dritten Säule stellt sich die Frage im Übrigen nach Art.
29 EUV entsprechend; denn diese dürfen nur eingesetzt wer-
den, „soweit dies erforderlich ist“ (Art. 29 Abs. 2, 3. Spiegel-
strich EUV).

Übertragen auf unsere Fragestellung wäre zu prüfen, ob
erstens die Notwendigkeit vereinheitlichter Strafnormen
besteht und zweitens, ob sich diese Notwendigkeit nur da-
durch effektiv realisieren lässt, dass sich die Gemeinschaft

⁶⁰ Der EGV wird durch Art. 2 des Vertrages von Lissabon
nun in AEUV umbenannt, was sprachliche wenig geschickt,
angesichts der Auflösung der EG in die EU aber zumindest
konsequent erscheint; dazu *Richter*, EuZW 2007, 631 (632).

⁶¹ Art. 2 Ziff. 275 und Ziff. 276 des Vertrages von Lissabon.

⁶² S. nur *Kahl*, AöR 118 (1993), 414 (433 ff.) m.w.N. Durch
den Verfassungsvertrag würde das Subsidiaritätsprinzip for-
mell gestärkt, weil Art. III-365 i.V.m. Art. 8 des 2. Protokolls
zur Subsidiarität eine Subsidiaritätsklage nach Einspruch
beim EuGH durch die Parlamente ermöglicht. Dazu bedarf es
in Deutschland des Entschlusses einer Fraktion, soweit nicht
2/3 der Parlamentarier widersprechen.

⁵⁸ *Schünemann*, GA 2004, 193 (195 ff.); *Prittowitz*, ZStW 113
(2001), 774 (797 f.); in der Analyse entsprechend, in der Be-
wertung weniger kritisch, *Vogel*, GA 2003, 314 (332).

⁵⁹ *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945 (955).

ein uniformes Strafgesetz gibt, wie sie die Verfasser des Corpus Juris 2000 vorschlagen. Es geht folglich um das Ob und das Wie eines europäischen Strafrechtes.

Zunächst zum Ob: Der Vermögensschaden, der in der Gemeinschaft durch Betrug sowie Wirtschafts- und Finanzkriminalität entsteht, ist enorm. Dunkelfeldschätzungen der Schadenshöhe reichen von 1% bis zu 20% des EU-Haushaltsvolumens, was bei rund 120 Mrd. €⁶³ im Jahr zu Schadenssummen von 1,2 Mrd. bis zu 24 Mrd. € führte.⁶⁴ Die Kriminalität zu Lasten der Gemeinschaft ist dabei im Kern typisch für planwirtschaftliche Systeme. Auf der Einnahmenseite, die durch Erhebung von Zöllen und Agrarabschöpfungen gekennzeichnet ist, finden sich Abgabenhinterziehung und Zolldelikte.⁶⁵ Solch einem Delikt lag auch der griechische Maisskandal zugrunde. Auf der Ausgabenseite spielen vor allem Subventionserschleichungen eine Rolle.

Die Notwendigkeit harmonisierter Regelungen wird kaum hinterfragt. Eher holzschnittartig wird vorgebracht, dass das Fehlen gemeinsam definierter Tatbestände die Strafverfolgung grenzüberschreitender Betrugsdelikte sehr schwierig, wenn nicht sogar unmöglich mache. Kriminelle würden die Sanktionsgefälle in den Mitgliedstaaten für ihre Zwecke ausnutzen. Völlig außen vor bleibt dabei, inwieweit die EG als Opfer solcher Straftaten an den Verlusten ihrer Rechtsgüter selbst beteiligt ist und sich durch strukturelle administrative Vorkehrungen gegen typisch planwirtschaftliche Delikte selbst schützen könnte.⁶⁶

Letztlich wird man die hier zitierte Einschätzung der Kommission akzeptieren können,⁶⁷ wenngleich gesicherte Erkenntnisse kaum möglich sind und die genannten Schadenssummen auf Schätzungen basieren.⁶⁸ Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass angesichts des komplizierten internationalen Wettbewerbssystems einerseits und der grenzüberschreitenden Wirtschaftskriminalität andererseits die vorhandenen Handlungsinstrumente konsequent zu nutzen und neue möglicherweise zu schaffen sind.

Doch zum Wie: Es ist zu fragen, ob das Instrument ein neues europäisches StGB sein muss, ob dieses gegenüber den nationalen Rechtsordnungen das effizientere Mittel wäre. Zunächst ist festzuhalten, dass nach den Grundregeln des Strafanwendungsrechts auch die wirtschaftlichen Interessen der EG durch die nationalen Vermögenstatbestände geschützt sind. Denn ausländische und überstaatliche Interessen liegen dann nicht von vornherein außerhalb des Schutzbereiches des

nationalen Strafrechts, wo sie den Charakter von Individualrechtsgütern, wie etwa Eigentum oder Vermögen, haben.⁶⁹

Zum Zweiten ist zu fragen, ob dann nicht auch die nationalen Rechte die Rolle übernehmen können, die ansonsten ein Einheitsstrafrecht zu erfüllen hätte. An dieser Stelle gerät die Rechtsvergleichung ins Blickfeld,⁷⁰ die die Frage zu beantworten hat, ob die Unterschiede in den Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten wirklich so groß sind, dass ein echter Harmonisierungsbedarf besteht. Dabei dürfen nicht einfach die in Teilbereichen durchaus unterschiedlich ausgestalteten Strafrechtsordnungen gegenübergestellt werden. Es ist völlig ungenügend, isoliert einzelne Gesetzesparagrafen zu bewerten, weil auf diese Weise die Frage nach der Differenziertheit der Rechtsordnungen voreilig und vordergründig bejaht werden würde.

Das zeigt das folgende kurze Beispiel: Es wird kritisiert, dass der Betrug zum Nachteil des Gemeinschaftshaushaltes nach Art. 1 Corpus Juris keinen Vermögensschaden mehr voraussetzt, sondern es genügen lässt, dass der Gemeinschaftshaushalt gefährdet werden kann, bzw. bei den weiteren Tatbestandsvarianten selbst die Gefährdung nicht mehr erforderlich ist.⁷¹ Steht die deutsche Betrugsdogmatik, die den Vermögensschaden verlangt, dieser Konzeption diametral entgegen? Wer dies vorschnell bejaht, wäre – so würde *Ernst Rabel* es sagen – bereits den Pfeilen der Eingeborenen im Dickicht der Rechtsvergleichung zum Opfer gefallen.⁷² Auch das deutsche Recht fasst Fälle unter § 263 StGB, bei denen lediglich eine schadensgleiche Vermögensgefährdung eingetreten ist.⁷³ Und selbst dort, wo es an jeglicher materieller Gefährdung fehlt, wird der Betrug bejaht, wenn wir etwa an den Anstellungsbetrag des Beamten denken, der ordentlich seine Arbeit erbringt, aber relevante Stasi-Belastungen nicht offenbart hat.⁷⁴ Das zeigt, dass die Funktionen und die Rolle der verschiedenartigen Rechtsgestaltung zu erfassen sind,⁷⁵ ausgehend von der in der Rechtsvergleichung überwiegend akzeptierten Grundannahme, dass sich die heutigen Industriegesellschaften vergleichbaren Fragen gegenübergestellt sehen und es regelmäßig um identische Sachprobleme geht, die häufig im Ergebnis ähnlich gelöst werden.

Hier kann nicht für das gesamte Wirtschaftsstrafrecht und den Allgemeinen Teil in die Realien der Rechtsvergleichung

⁶³ Vgl. den Gesamthaushaltsplan der EU für das Haushaltsjahr 2006, SEC (2006), 50 – DE, S. 7.

⁶⁴ Die Kommission selbst nennt als errechneten Gesamtschaden ein Volumen von 1,042 Mrd. € für 2005, Jahresbericht der Kommission 2005, KOM (2006), 378 endg., S. 13 ff.

⁶⁵ Hecker (Fn. 2), S. 524 ff.

⁶⁶ Hassemer, KritV 1999, 133 (137); Hecker (Fn. 2), S. 526.

⁶⁷ Hecker (Fn. 2), S. 527. Mit guten Argumenten eher kritisch gegen sich verfestigende Bedrohungsszenarien, Braum (Fn. 1), S. 441 ff.

⁶⁸ Gropp (Fn. 10), S. 188.

⁶⁹ Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 21 m.w.N.

⁷⁰ Zum Bedeutungszuwachs der Strafrechtsvergleichung Sieber, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Freiburg 2006, S. 78 (93).

⁷¹ Braum, JZ 2000, 493 (495 f.); Otto, Jura 2000, 98 (100).

⁷² Rabel, RabelsZ 16 (1951), 340.

⁷³ Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 69), § 263 Rn. 143 f. m.w.N.

⁷⁴ BGHSt 45, 1.

⁷⁵ Rabel, in: Leser (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze, Bd. III, 1967, S. 1 ff. (4); vgl. auch Jung, JuS 1998, 1 (2); Junker, JZ 1994, 921 (922); Rheinwein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987, S. 15; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, S. 33 u. 37.

hinabgestiegen werden. Aber einige Befunde sind es wert, festgehalten zu werden.

Die Gemeinsamkeiten der getrennten nationalen Strafrechtssysteme sind in den Grundlagen erstaunlich groß. Insbesondere im Allgemeinen Teil gelangen die unterschiedlichen Rechtsordnungen in wesentlichen Bereichen, etwa der Irrtumslehre, den zentralen Rechtfertigungsgründen und der Täterschaftslehre trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte (etwa der Behandlung des Rechtsirrtums/Einheitstäterschaft hier/differenzierte Täterschaft dort) zu prinzipiell identischen Lösungen. Löst man sich von der Regelungsebene, lassen sich auf Prinzipienebene mehr Ähnlichkeiten zwischen dem kontinentaleuropäischen civil law und dem anglo-amerikanischen common law ausmachen als gemeinhin angenommen wird.⁷⁶ Die neuen Strafgesetzbücher Frankreichs (1994), Portugals (1995) und Spaniens (1996) weisen in der Zusammenschau mit dem deutschen oder österreichischen Recht zahlreiche Gemeinsamkeiten und Parallelen auf.

Auf der anderen Seite lässt sich auch mit rechtsvergleichender Methode nicht über gewichtige Differenzen hinwegsehen. Der Betrugstatbestand nach altem französischem,⁷⁷ belgischem oder niederländischem Muster unterscheidet sich signifikant vom deutschen Betrugsmodell. Dort wird wie im Corpus Juris die Herbeiführung eines Schadens nicht verlangt, andererseits ist er enger, weil ein Betrug durch Unterlassen nicht strafbar ist.⁷⁸ Die Beispiele ließen sich gerade im Besonderen Teil fortführen.

Die für das deutsche Recht augenfälligste Verschiebung sieht Art. 13 des Corpus Juris bei der Behandlung der Strafbarkeit der juristischen Person vor, die hier (auf der Grundlage des Schuldgrundsatzes) unbekannt ist, von anderen Rechtsordnungen, nicht nur solchen des common law, sondern auch in Ländern mit kontinentaleuropäischer Rechtstradition, aber durchaus akzeptiert wird.

Damit lässt sich festhalten: Das Bedürfnis nach effizienterer Bekämpfung europaweiter Kriminalität lässt sich begründen: freilich nur für einen engen, spezifischen Bereich, für den die Notwendigkeiten im Einzelnen überprüft werden müssen. Ein supranationales Strafgesetzbuch dagegen stünde mit dem Subsidiaritätsgrundsatz nicht in Einklang.

3. Zum Einwand des Demokratiedefizits

Das Strafrecht begründet die intensivsten Eingriffe in die Rechte seiner Bürger, die dem Staat zur Verfügung stehen.⁷⁹

Die Eingriffe können bis zur Zerstörung der bürgerlichen Existenz reichen. Bei *Franz Kafka* lesen wir „In der Strafkolonie“, wie dem Delinquenten mit feinen Nadeln der Tenor seines Urteils immer tiefer in den Körper hineingeritzt wird, er soll es im wahrsten Sinne am eigenen Leib erfahren.⁸⁰ Dieses Bild führt so deutlich wie kein anderes vor, was mit der hohen Eingriffsintensität gemeint ist. Deshalb erscheint mir die Forderung auch nicht obsolet, zumindest der demokratische Gesetzgeber müsse derartige Maßnahmen legitimieren.

Soweit die EG – wie vorgeschlagen – Richtlinien erlässt, die der Umsetzung in nationales Recht durch die nationalen Parlamente bedürfen, beruhen die Strafvorschriften an sich auf der Ausübung eigener nationaler Strafgewalt und sind damit zugleich demokratisch fundiert. Es bestehen aber weitere Defizite, weil den Rahmen der Rat vorgibt, welcher nur mittelbar legitimiert ist und sich aus Vertretern der Exekutive zusammensetzt. Zum anderen zeigt sich in den Rahmenbeschlüssen mit bis ins Detail vorgegebenen konkreten Tatbestandsformulierungen, dass den Parlamenten der Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel vielfach aus der Hand genommen wird, diese zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werden.⁸¹ *Schünemann* spricht vom Brüsseler Lakaien,⁸² nicht ganz ohne Grund, wie das Urteil des BVerfG⁸³ zeigt, das den Parlamentariern im Deutschen Bundestag deren Gesetzgebungsverantwortung wie gesetzgeberischen Spielraum erst wieder in Erinnerung rufen musste. Dieses Demokratiedefizit wird auch aufgrund des Mitspracherechts des Europäischen Parlamentes in den Verfahren der Mitentscheidung nach Art. 251 EGV nicht ausgeglichen. Es lässt sich trefflich streiten, ob ein gewisses Maß an exekutiver oder gubernativer Rechtssetzung in einer Staatengemeinschaft akzeptabel ist oder nicht. Manche wollen das auch für strafrechtliche Normen bejahen.⁸⁴ Jedoch sind für ein originäres supranationales Kriminalstrafrecht die Mitwirkungsbeugnisse des Europäischen Parlamentes keinesfalls weitreichend genug, als dass ein solches Strafrecht hinreichend demokratisch legitimiert wäre, auch wenn man europaweit den Parlamentsvorbehalt nicht überall mit dem nullum crimen sine lege-Satz verbindet.

Der gescheiterte Verfassungsvertrag hätte die parlamentarische Legitimation verstärkt und wäre insoweit ein echter Fortschritt, weil nach Art. III-396 VerfV eine umfassende Beteiligung des Europäischen Parlaments vorgesehen war

⁷⁶ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 47 f.; eingehend *Tiedemann*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 411 (412 ff.); vgl. mit eher vorsichtiger Einschätzung *Perron*, ZStW 109 (1997), 281 (295).

⁷⁷ Sei dem 1.3.1994 erfordert nun Art. 313-1 Code pénal (Escroquerie) eine Nachteilszufügung für den Getäuschten oder einen Dritten.

⁷⁸ Wobei funktional wiederum zu beachten ist, dass das Merkmal der manoeuvres frauduleuses (betrügerische Machenschaften) weit ausgelegt wird.

⁷⁹ *Kühl*, in: Kempf/Jansen/Müller (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II: Verstehen und Widerstehen, 2006, S. 341 ff.; *Dannecker*, JöR 52 (2004), 127 (129 f.).

⁸⁰ „Kennt er sein Urteil?“ [...] „Nein,“ sagte der Offizier wieder, [...] „Es wäre nutzlos, es ihm zu verkünden. Er erfährt es ja auf seinem Leib.“; *Kafka*, in: Raabe (Hrsg.), Sämtliche Erzählungen, 1970, S. 100 ff. (104).

⁸¹ *Duttge*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S. 285 (307); *Fromm* (Fn. 47), S. 271; *Schünemann* (Fn. 58), S. 201; *Hirsch* spricht von einem strukturellen Demokratiedefizit, ZRP 2007, 69 (70); vgl. auch *Habermas*, zur Debatte 1/2004, 1 (3); *Kaiafa-Gbandi*, ZIS 2006, 521 (523).

⁸² *Schünemann*, GA 2004, 193 (206); *ders.*, ZIS 2007, 535.

⁸³ BVerfGE 113, 237.

⁸⁴ *Vogel*, GA 2003, 314 (331 f.); dagegen eher kritisch *ders.*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003, S. 29 ff. (54 f.).

und das Parlament auch Abänderungen vorschlagen konnte. Allerdings wäre weiter möglich geblieben, dass ganz ohne Beschlussfassung des Europäischen Parlaments, nämlich – denkbar in den Parlamentsferien – nach fehlender Gegenüberlegung durch das Parlament über einen Zeitraum von drei Monaten (Art. III-396 Abs. 7 lit. a) VerfV) Europäische Gesetze zustande gekommen wären.⁸⁵ Das ist für Strafgesetze, die ein Höchstmaß an Legitimation verlangen, nicht vertretbar.

4. Zum Einwand fehlender Staatlichkeit

Das Strafrecht ist in besonderem Maße Sinnbild nationaler Souveränität. In ihm findet das staatliche Machtmonopol seinen Ausdruck. Nicht von ungefähr stammt das deutsche StGB aus dem Jahr 1871, dem Jahr der Gründung des Deutschen Reiches. Das BGB, in dem Windscheid den „Dom nationaler Herrlichkeit“ erblickte,⁸⁶ trat erst 29 Jahre später in Kraft. Das Strafrecht weist in weiten Teilen eine besonders starke Bindung an Traditionen und Wertebewusstsein der einzelnen Nationen auf.⁸⁷ Sein Besonderer Teil – so ein häufig gebrauchter Vergleich – sei der negativ formulierte Spiegel der Werthaltungen einer Gesellschaft.⁸⁸ Welzel sprach von der negativen Folie der positiven Sozialordnung. Diese Feststellung mag zwar trivial sein,⁸⁹ verliert dadurch aber nichts an ihrer Wirkkraft.

Lässt sich diesem Einwand, der EU fehle zur Schaffung eines eigenen Strafgesetzbuches die Staatlichkeit,⁹⁰ mit dem Hinweis auf die aktuellen Entwicklungen im Völkerrecht begegnen, wo ein Internationales Völkerstrafrecht etabliert wurde? Das Römische Statut eines Internationalen Strafgerichtshofs zeigt, dass nicht jede Strafsetzung nationalstaatlich fundiert sein muss. Es zeigt aber auch, dass eine von den Nationalstaaten losgelöste Kriminalstrafgewalt nicht umfassend sein kann, sondern sich auf bestimmte Materien beschränken muss, für die sich ein staatenübergreifendes Bedürfnis artikulieren lässt.⁹¹

Es geht dort gerade nicht um die Möglichkeit eines Weltrechtes, sondern um *minimalia essentialia*, um die Formulierung völkerrechtlicher Kernatbestände des Genozids, des

Verbrechens gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen etwa.⁹² Übertragen auf die europäische Ebene hieße das, dass allenfalls ein echtes Kriminalstrafrecht für europäische Rechtsgüter denkbar wäre, was im Übrigen auch vorgeschlagen wird.⁹³ Ein universelles gemeineuropäisches Strafrecht vernachlässigt dagegen die nationalen rechtskulturellen Gegebenheiten. Diese bestehen fort, auch wenn sich die EU als Verfassungs- und Werteverbund mit zurückgenommenen Souveränitäten der Mitgliedstaaten und verzahnten Verfassungsordnungen versteht und verstehen lässt.⁹⁴ Nicht zu verkennen ist, dass bei Brüchen mit den sozial-ethischen Wertvorstellungen innerhalb der Gesellschaft qua EU-Recht die Akzeptanz europäischen Rechts gefährdet ist.

Diese Absage an ein europäisches Strafrecht darf nicht als Euroskeptizismus oder Europaverdruss missverstanden werden. Aber die in Art. 6 Abs. 3 EUV und im Art. 3a Abs. 2 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon verbürgte, auf dem Föderalismusprinzip beruhende Achtung der nationalen Identitäten⁹⁵ ist auch auf die jeweiligen nationalen Strafrechte zu beziehen. Ein umfassendes Europastrafrecht ist damit nur vorstellbar, wenn aus dem neuartigen Staatenverbund EU ein echter Bundesstaat geworden ist. Das Strafrecht steht am Ende der Europäisierung. Es kann nicht sein Motor sein.

III. Ergebnis

Die stattfindende Europäisierung wird nicht zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch führen. Die Einwände gegen ein solches Konzept, wie es im Corpus Juris im Ansatz angelegt ist, lassen sich nicht entkräften. Es wird sich über die Assimilierungs- und Angleichungsinstrumente der europäischen Verträge etwa zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften ein Wirtschaftsstrafrecht entwickeln. Ein allgemeines Europäisches Strafrecht ist kein aktuelles Erfordernis der Strafrechtspflege.⁹⁶

⁸⁵ Das Manko findet sich auch in Art. 250 Abs. 7 lit. a) AEUV nach dem Vertrag von Lissabon für die weiterhin vorgesehenen Rechtsakte der Verordnung, Richtlinie etc. Der Begriff Europäisches Gesetz ist im Lissabonner Vertragswerk tunlichst vermieden worden.

⁸⁶ Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904, S. 48.

⁸⁷ Hecker, JA 2002, 723 (729); Dannecker, JöR 52 (2004), 127 (128); Fuchs, JBl. 2003, 406 (413); Satzger (Fn. 1), S. 159 ff.

⁸⁸ Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, S. 133 (134).

⁸⁹ Schönemann, ZIS 2007, 535.

⁹⁰ Zutreffend Kaiafa-Gbandi, KritV 2004, 3 (4); Lüderssen, GA 2003, 71 (77); Prittwitz, ZStW 113 (2001), 774 (789 f.); vgl. dazu auch Jung/Schroth, GA 1983, 241 (242).

⁹¹ Insoweit zu restriktiv Satzger (Fn. 1), S. 160.

⁹² Vgl. Ambos (Fn. 2), S. 118.

⁹³ Schönemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung 2004; in eine vergleichbare Richtung zielt das Projekt der Europadelikte, Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, 2002. Dazu Jescheck, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht – Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 991 (998).

⁹⁴ Callies, JZ 2004, 1033 (1041).

⁹⁵ Kahl, AöR 118 (1993), 414 (416 f.).

⁹⁶ Auch das Europäische Parlament hat sich in einer Entschließung vom 13.4.1999 dahin geäußert, dass ein europäisches StGB nicht angestrebt werde. Zum gegensätzlichen Ergebnis kommt Sieber, in: Duttge u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlichter, 2002, S. 107 ff. (111 ff.).

Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention

Von Wiss. Assistent Dr. **Stefan Lorenzmeier**, LL.M. (Lugd.), Augsburg*

Die Kartellverfahrensverordnung VO 1/2003 der Europäischen Gemeinschaft gewährt der EG-Kommission in den Kapiteln V und VI der VO umfangreiche Ermittlungs- und Sanktionierungsbefugnisse, die die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entwickelten Voraussetzungen der „strafrechtlichen Anklage“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllen. Dennoch sieht die Verordnung keine einem Strafverfahren entsprechenden Sicherungsrechte für die betroffenen Unternehmen vor, so dass das Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft nicht im Einklang mit der EMRK steht.

I. Einleitung

Die seit dem 1. Mai 2004 geltende neue Kartellverfahrensverordnung der EG¹ enthält die grundlegende Regelung des von der EG-Kommission zu beachtenden Verfahrensrechts² für die Durchführung von Art. 81 EGV. Ergänzt wird sie durch die Durchführungsverordnung 773/2004³, in der einzelne Verfahrensvorschriften der VO 1/2003 konkretisiert werden. Art. 23 VO 1/2003 sieht bei Zuwiderhandlungen von Unternehmen oder Unternehmensverbänden gegen die Wettbewerbsvorschriften einen Katalog von Geldbußen vor, welchen nach Art. 23 Abs. 5 der VO 1/2003 ausdrücklich kein strafrechtlicher Charakter zukommt. Die von der Kommission festgesetzten Geldbußen können gemäß Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 bei bestimmten Verstößen bis zu 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr weltweit⁴ erzielten Umsatzes eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung betragen.⁵ Diese, für die betroffenen Unternehmen sehr hohe

Summe, die nicht auf den Gewinn, sondern auf den Umsatz des Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung gerichtet ist, verfolgt den Zweck, dass die gegen Art. 81 EGV verstoßenden Unternehmen ihr wettbewerbswidriges Verhalten beenden. Allgemein neigt die EG-Kommission zu der Verhängung sehr hoher, die Unternehmen durchaus empfindlich treffender Geldbußen.⁶

Der vorliegende Beitrag untersucht, ob die von der EG-Kommission verhängten Geldbußen, die sekundärrechtlich als „nicht strafrechtlich“ festgeschrieben wurden, dennoch als „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verstehen sind und sich folglich die betroffenen Unternehmen im Rahmen eines Verfahrens auf die Gewährleistungen der Konvention vor dem EGMR berufen können. Über die primärrechtliche Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 EUV finden die Vorschriften der EMRK als Rechtskenntnisquelle überdies auch im Gemeinschaftsrecht Beachtung,⁷ so dass der EuGH die VO 1/2003 auch an den materiellrechtlichen Verbürgungen der Konvention zu messen hat. Eine Bindung des EuGH an die Rechtsprechung des EGMR zum Verständnis der EMRK besteht jedoch nicht.⁸

II. Die Grundlagen des EG-Wettbewerbsrechts

1. Freier und ungehinderter Wettbewerb

Die Vorschriften zur Herstellung eines freien und ungehinderten Wettbewerbs gehören zu den in Art. 3 lit. g EGV ausdrücklich aufgeführten „Herzstücken“ des Vertrages. Art. 81 EGV richtet sich gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen, insbesondere auch Kartelle.⁹ Die Ahndung von Verstößen gegen die Vorschrift durch die EG-Kommission geschieht zum Schutz des freien Wettbewerbs in der Gemeinschaft.¹⁰ Zur Verwirklichung des Ver-

* Der Autor ist Wiss. Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht sowie Sportrecht (Prof. Dr. Christoph Vedder) an der Universität Augsburg.

¹ VO 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1, im Folgenden: „VO 1/2003“. Grundlegend zur VO 1/2003: *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004; *Schnelle/Bartosch/Hübner*, Das neue EU-Kartellverfahrensrecht, 2004; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, S. 78 ff.; *Dalheimer/Feddersen/Miersch*, in Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, EGV, Kommentar, Stand: April 2007, nach Art. 83.

² Die bislang geltende VO 17 (ABl. 1962, S. 204/62, mehrfach geändert) wurde als nicht mehr zeitgemäß angesehen. Siehe den 3. Erwägungsgrund der VO 1/2003.

³ Verordnung Nr. 774/2004 der Kommission über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. 2004 L 123/18 ff.

⁴ *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 2), § 7 Rn. 18.

⁵ Bei Verstößen gegen die in den Art. 17, 18 und 20 VO 1/2003 niedergelegten Ermittlungsbefugnisse der Kommission kann die Geldbuße bis zu 1% des vorjährigen Gesamtumsatzes betragen, s. Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003.

⁶ S. z. B. EuZW 2007, 98 und die Nachweise bei *Nowak/Pombo*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. I, 2005, Art. 23 VerVO, Rn. 8; *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), § 7 Rn. 3 und *Fromm*, ZIS 2007, 279 (282). Zur Verhängung überhöhter Geldbußen siehe u. a. GeI, T-71/03, Urt. v. 15. 6. 2005 (Graphitelektrodenkartell), nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

⁷ Vertieft *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 2 Rn. 17 ff.

⁸ Vgl. *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 6 EUV Rn. 11; *Lorenzmeier*, in: Becker u.a. (Hrsg.), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa, 2005, S. 210 ff. Eine Bindung annehmend und insoweit zu weit gehend *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 1), Art. 6 EUV Rn. 48.

⁹ S. grundlegend zu den Art. 81 EGV: *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 2006; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007.

¹⁰ EuGH, Rs. C-308/04 P (SGL Carbon I), Slg. 2006, I-5977, Rn. 31.

bots erlässt der Rat gemäß Art. 83 EGV die zweckdienlichen Rechtsakte, wozu auch die VO 1/2003 gehört.

Zur Anwendung von Art. 23 VO 1/2003 hat die Kommission rechtlich unverbindliche „Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen“¹¹ aufgestellt. Sinn und Zweck der Leitlinien ist die Vereinheitlichung des von der Kommission durchzuführenden Verwaltungsverfahrens.¹² Anders als die Vorgängerleitlinien unterscheiden die neuen Leitlinien nicht mehr zwischen drei Kategorien von Verstößen (minder schweren, schweren und besonders schweren, wobei jeder Kategorie ein eigener Bußgeldrahmen zugewiesen wurde)¹³, sondern die Höhe der Geldbußen wird nunmehr im Regelfall¹⁴ nach einem zweistufigen System berechnet. Zuerst wird ein Grundbetrag festgesetzt, der dann anhand der Umstände des Einzelfalls angepasst, d.h. erhöht oder erniedrigt, wird.¹⁵ Insgesamt führen die neuen Leitlinien im Regelfall zu einer oftmals erheblichen Verschärfung der von der Kommission verhängten Geldbußen. So wird etwa bei zeitlich aufeinander folgenden Verstößen gleichartiger oder ähnlicher Zuwiderhandlungen laut Nr. 28 der Leitlinien der Grundbetrag verdoppelt und überdies ein so genannter „Abschreckungszuschlag“ eingeführt. Gemäß den Leitlinien kann die Kommission ferner die Geldbuße gegen Unternehmen erhöhen, die besonders hohe Umsätze mit Waren oder Dienstleistungen, die nicht mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt haben.¹⁶ Mildernde Umstände können gemäß Nr. 29 der Leitlinien nur berücksichtigt werden, wenn die betroffenen Unternehmen selbst die entsprechenden Beweise beigebracht haben, also selbst zu ihrer „Entschuldung“ tätig geworden sind.¹⁷ Eine solche Beweislastumkehr ist bei strafrechtlichen Verfahren unüblich und mit allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen wie der Unschuldsvermutung kaum zu vereinbaren.¹⁸

¹¹ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABL. 2006, C 210/2, welche die bis dahin geltenden Leitlinien (ABl. 1998, C 9/3 ff.) ablöst. Zur Rechtmäßigkeit der Vorgängerleitlinien s. u.a. GeI, T-71/03 (Grafitelktrodenkartell), Urt. v. 15.6.2005, Rn. 160 f.

¹² Vgl. Nr. 3 der Leitlinien.

¹³ Frenz (Fn. 9), Rn. 1573.

¹⁴ Vgl. Nr. 37 der Leitlinien.

¹⁵ Vgl. Nr. 9 ff. der Leitlinien. Vertieft zur neuen Berechnungsmethode Sünner, EuZW 2007, 8.

¹⁶ Nr. 30 der Leitlinien.

¹⁷ Vgl. zur Verdeutlichung die Berechnungsbeispiele bei Sünner, EuZW 2007, 8 (9, Fn. 16).

¹⁸ Ähnlich Sünner, EuZW 2007, 8 (13). Sünner (a.a.O.) sieht die Leitlinien in dieser Hinsicht allgemein als sehr problematisch an. Trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit wäre ein Nichtverstößen der Leitlinien gegen rechtsstaatliche Grundsätze wünschenswert, da sie das Kommissionsverfahren vereinheitlichen sollen und sich die Kommission bei der Durchführung der Kartellverfahrensverordnung nach ihnen richtet. Vertieft zur Unschuldsvermutung unten Punkt IV. 1.

2. Die rechtliche Qualifizierung der Kartellbuße

Sehr unterschiedlich werden die nach Art. 23 Abs. 1, 2 VO 1/2003 verhängten Geldbußen von der Literatur, der Rechtsprechung und den Generalanwälten rechtlich qualifiziert.

a) Literaturansichten

Nach allgemeiner Ansicht in der Literatur stellt ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft kein kriminalstrafrechtlich zu ahndendes Unrecht dar.¹⁹ Dies kommt auch in Art. 23 Abs. 5 der VO 1/2003 zum Ausdruck, wonach Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter haben sollen.²⁰ Der Grund liegt darin, dass der Gemeinschaft keine Kompetenz für den Erlass strafrechtlicher Vorschriften übertragen wurde,²¹ der Vorschrift kommt insoweit nur deklaratorischer Charakter zu.²² Auch soll durch die Wortwahl klargestellt werden, dass die an eine strafrechtliche Verurteilung in den Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten entstehenden Folgen nicht durch eine Entscheidung der Kommission ausgelöst werden können.²³ Demnach geht die weit überwiegende Meinung in der deutschsprachigen Literatur entgegen der Meinungen einiger ausländischer Wissenschaftler²⁴ davon aus, dass die von der Kommission verhängten Geldbußen nicht kriminalstrafrechtlicher Natur sind.²⁵ Argumentiert wird dabei, dass die Geldbußen zwar ein Unrechtsurteil enthalten, ihnen jedoch das Element der sittlich-ethischen Missbilligung fehle, welches einer Kriminalstrafe immanent sei.²⁶ Begrün-

¹⁹ Vgl. Sünner, EuZW 2007, 8 (13).

²⁰ Die Vorgängervorschrift des Art. 15 Abs. 4 der VO 15 (ABl. 13 v. 21.2.1962, S. 204/62 ff.) sprach bereits davon, dass die Sanktionen „nicht strafrechtlicher Art“ seien.

²¹ Grundlegend Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), VO 1/2003, Art. 23 Rn. 290; vgl. jedoch EuGH, Rs. C-176/03 (Umweltstrafrecht), Slg. 2005, I-7879 und – zu den Grenzen der gemeinschaftlichen Kompetenz – EuGH, Rs. C-387/02 u.a. (Berlusconi), Slg. 2005, I-3565. Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Vorschriften der Art. 280 EGV und Art. 194 Euratom. Art. 280 Abs. 3 EGV sieht eine originäre strafrechtliche Kompetenz der Gemeinschaft vor, während Art. 194 Euratom die Mitgliedstaaten zur Anwendung nationaler strafrechtlicher Vorschriften im Anwendungsbereich des Euratom verpflichtet.

²² Feddersen, in: Grabitz/Hilf (Fn. 1), nach Art. 83 EGV, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 18.

²³ De Bronett, in: Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Vertrag, Kommentar, Bd. II, 6. Aufl. 2003, nach Art. 83 EGV, Rn. 51.

²⁴ Insbesondere in der italienischen und der niederländischen Literatur wird die entgegenstehende, Geldbußen dem Kriminalstrafrecht zurechnende, Ansicht vertreten, s. die Nachweise bei Fromm, ZIS 2007, 279 (283, Fn. 28) und Dannecker/Biermann (Fn. 21), VO 1/2003, Art. 23 Rn. 293 m.w.N.

²⁵ Vgl. die Nachweise bei Dannecker/Biermann (Fn. 21), VO 1/2003, Art. 23 Rn. 290.

²⁶ Dannecker/Biermann (Fn. 21), VO 1/2003, Art. 23 Rn. 298; Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 4

det wird dies zumeist mit der Aufgabe der EG-Kommission, die als Verwaltungsbehörde nicht auch Kriminalstrafen aussprechen könne und im Rahmen ihrer Kompetenz nicht nur den Sachverhalt ermittle, sondern die Strafe auch festlege und vollziehe²⁷. Überwiegend abgelehnt wird in der deutschen Literatur die auf den letztgenannten Aspekt abstellende (reine) Verwaltungstheorie²⁸, die das Kartellverfahrensrecht ausschließlich dem Verwaltungsrecht unterstellt, da sie die dem Verfahren innewohnende präventive und repressive Wirkung²⁹ nicht ausreichend beachtet.

Deshalb werden die Geldbußen seitens der Literatur inzwischen weit überwiegend als Strafrecht im weiteren Sinne eingestuft,³⁰ welche den Ordnungswidrigkeiten des deutschen Rechts vergleichbar seien.³¹ Gemeinsam ist diesen Sanktionen ihr punitiver Charakter.³² Für eine solche Einordnung sprechen die insoweit wortgleichen Absätze 1 und 2 von Art. 23 VO 1/2003, die jeweils eine vorsätzliche oder fahrlässige Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens für die Verhängung einer Geldbuße fordern. Darüber hinaus werden seitens der EG-Kommission mit den Geldbußen repressive und präventive Zwecke verfolgt, wie sich aus der Höhe der verhängten Geldbußen und insbesondere dem in ihnen enthaltenen Abschreckungszuschlag³³ ableiten lässt.³⁴

b) Die Ansicht des EuGH

Der EuGH hat sich bislang noch nicht eindeutig zur Rechtsnatur der Sanktionen geäußert,³⁵ tendenziell scheint er sie jedoch eher dem Verwaltungsrecht zu unterstellen³⁶ und neigt somit der erwähnten „reinen Verwaltungstheorie“ zu. Der Gerichtshof begründet dies in der insoweit grundlegenden Entscheidung *Käserei Champignon* mit dem Telos der Sank-

tionen, welcher in der wirksamen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, hier des freien Wettbewerbs auf dem Gebiet der Gemeinschaft, bestehe.³⁷ Diese Argumentation des Europäischen Gerichtshofs erscheint jedoch leicht verkürzt, da durch die Geldbußen, wie der EuGH ausdrücklich anerkennt, ebenfalls eine Abschreckungswirkung erzielt werden soll,³⁸ die spezial- und generalpräventive Wirkungen entfalten soll.³⁹ Andererseits hat der Gerichtshof in einem früheren Verfahren festgestellt, dass im Wettbewerbsverfahren die strafrechtlichen Garantien der EMRK zu beachten seien.⁴⁰ Dies lässt jedoch keine Rückschlüsse darauf zu, ob der EuGH das Verfahren als verwaltungsrechtlich oder strafrechtlich einstuft, da auch im Verwaltungsverfahren die rechtsstaatlichen Garantien des Art. 6 Abs. I EUV⁴¹ zu beachten sind.

c) Die Ansicht der Generalanwälte

Ausführliche Stellungnahmen zur Rechtsnatur der Geldbußen finden sich in den Ausführungen der Generalanwälte in den frühen Rechtssachen zum „Internationalen Chininkartell“⁴², die im Ergebnis die kriminalstrafrechtliche Natur der Sanktionen ablehnen. Hinsichtlich der positiven Einordnung der Sanktionen finden sich dort allerdings sehr unterschiedliche Stellungnahmen.⁴³ In einer neueren Rechtssache hat GA Colomer jedoch auf den „strafrechtlichen Charakter“⁴⁴ der (alten) Kartellverfahrensverordnung hingewiesen. Seiner Ansicht nach strebt das Kartellverfahren außer der Einstellung der wettbewerbswidrigen Praktiken ebenfalls die Verurteilung der Verhaltensweisen an, die diese hervorgerufen

Rn. 79; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 11 Rn. 2; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 76 f.

²⁷ Vgl. *Dannecker/Biermann* (Fn. 21), VO 1/2003, Art. 23 Rn. 298.

²⁸ S. dazu *Krajewski*, Geldbußen und Zwangsgelder im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1971, S. 62; *Fromm*, ZIS 2007, 279 (283).

²⁹ Dazu vertieft *Nowak/Pombo* (Fn. 6), Art. 23 VerfVO Rn. 4.

³⁰ *Hecker* (Fn. 26), § 4 Rn. 79. Nicht eindeutig sind insoweit *Nowak/Pombo* (Fn. 6), Art. 23 VerfVO Rn. 5, die nur von einem „Strafcharakter“ sprechen.

³¹ *Dannecker/Biermann* (Fn. 21), VO 1/2003, Art. 23 Rn. 290.

³² *Hecker* (Fn. 26), § 4 Rn. 76; *Heitzer*, Punitiver Charakter von Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 20 ff. Trotz ihrer punitiven Wirkung ordnet *Frenz* (Fn. 9), Rn. 1586, die Sanktionen dem Verwaltungsrecht zu.

³³ Siehe dazu oben Punkt II. 1.

³⁴ *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), § 7 Rn. 17 f.

³⁵ Bspw. erwähnt er in der Rechtssache Internationales Chininkartell (Slg. 1970, 703/763 u. 810) den Zweck der Geldbußen als die „Ahndung unerlaubter Handlungsweisen und der Vorbeugung ihrer Wiederholung“.

³⁶ EuGH, Rs. C-194/99 P (*Thyssen Stahl*), Slg. 2003, I-10821, Rn. 30; Rs. C-328/05 P (*SGL Carbon*), Urteil v. 10. Mai 2007, Rn. 70.

³⁷ EuGH, Rs. C-210/00 (*Käserei Champignon*), Slg. 2002, I-6453, Rn. 40. Daneben hat der EuGH (a.a.O.) noch auf die Aufrechterhaltung einer ordnungsgemäßen Verwaltung abgestellt.

³⁸ EuGH, Rs. 100/80-103/80 (*Musique Diffusion Francaise*), Slg. 1983, S. 1825, Rn. 106.

³⁹ Vgl. Nr. 4 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABL 2006, C 210/2.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-199/92 P (*Hüls*), Slg. 1999, I-4287, Rn. 150. A.a.O. wird ausdrücklich die Unschuldsvermutung für anwendbar erklärt, s. dazu unten Punkt IV.1.

⁴¹ Vertieft dazu *Pechstein* (Fn. 8), Art. 6 EUV Rn. 4 ff.; *Hilf/Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 1), Art. 6 EUV Rn. 6 ff.

⁴² GA *Gand*, EuGH (ACF Chemiefarma), Slg. 1970, S. 706 ff. (727 ff.); GA *Roemer*, EuGH (Walt Wilhelm), Slg. 1969, S. 17 ff. (25 f.), GA *Mayras*, EuGH (Boehringer II), Slg. 1972, S. 1293 ff. (1303 ff.).

⁴³ GA *Roemer*: „Gleiche Rechtsnatur wie die Geldbußen des dt. Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (wodurch allerdings die Autonomie des Gemeinschaftsrechts in Frage gestellt würde); GA *Mayras*: „verwaltungsrechtliche Sanktionen nichtstrafrechtlicher Art“. Ähnlich GA *Jacobs*, Rs. C 240/90, EuGH (Deutschland/Kommission), Slg. 1992, I-5383, Rn. 11.

⁴⁴ GA *Colomer*, EuGH (*Buzzi Unicem*), Slg. 2004, I-267, Rn. 29. Vgl. zur Problematik die Übersicht bei *Dannecker/Biermann* (Fn. 21), Art. 23 VO 1/2003 Rn. 292.

haben.⁴⁵ GA Léger hat in seiner Stellungnahme in der Rechtssache *Baustahlgewerbe*⁴⁶ ausdrücklich die Anwendung der in der EMRK enthaltenen strafrechtlichen Garantien für möglich erachtet. Beiden Schlussanträgen lässt sich allerdings keine Festlegung der Generalanwälte auf eine positive Qualifizierung der Geldbuße als Strafrecht entnehmen.

d) Stellungnahme

Die überzeugenderen Argumente sprechen für die Ablehnung der kriminalstrafrechtlichen Theorie. Der Gemeinschaft fehlt auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts die Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Vorschriften. Die in den verschiedenen Mitgliedstaaten hierzu vertretenen Literaturmeinungen neigen dazu, das jeweils einschlägige nationale Rechtsverständnis auf die Gemeinschaft zu übertragen und können zur Lösung des Qualifizierungsproblems wenig beitragen. Starken Bedenken begegnet die Tendenz der Gemeinschaftsgerichte, die wettbewerbsrechtlichen Geldbußen als rein verwaltungsrechtliche Sanktionen einzustufen, für die ein geringerer Grundrechtsschutz besteht als bei strafrechtlichen Sanktionen.⁴⁷ Diese Ansicht ist im Hinblick auf die fehlende Kriminalstrafkompetenz der Gemeinschaft nachvollziehbar, sie überzeugt jedoch im Hinblick auf den Sinn und Zweck der verhängten Geldbußen nicht. Allerdings kommen den Geldbußen zum einen durchaus strafrechtsähnliche Wirkungen zu und zum anderen werden mit ihnen strafrechtliche Ziele verfolgt. Präventiv und repressiv wirkende Sanktionen sind aufgrund ihres bedeutenden Eingriffs in die Rechtssphäre der Betroffenen und dem enthaltenen sozial-ethischen Unwerturteil als strafrechtliche Sanktionen einzustufen.⁴⁸ Die Geldbußen gehören demnach richtigerweise zum Strafrecht im weiteren Sinne, wie sie auch von einem Großteil der deutschen Literatur eingeordnet werden.⁴⁹

III. Die Voraussetzungen einer „strafrechtliche Anklage“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK

Das Verfahren zur Verhängung von Geldbußen gemäß der VO 1/2003 und der VO 773/2004 könnte als „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen sein. Der Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ in Art. 6 Abs. 1 EMRK wird vom EGMR autonom konventionsrechtlich verstanden,⁵⁰ damit die Verbürgung nicht zur Disposition des

jeweiligen nationalen Gesetzgebers gestellt wird.⁵¹ Zweck ist die Verhinderung nationaler Rechtsumgehungsversuche.⁵² Die dargestellten Qualifizierungsunterschiede der oben genannten verschiedenen Ansichten zur rechtlichen Qualifizierung der Geldbuße sind insoweit unerheblich. Aufgrund des Nichtabstellens auf die nationalstaatlichen Definitionen des Begriffs der „strafrechtlichen Anklage“⁵³ hat der Gerichtshof für Menschenrechte die Tatbestandsmerkmale richterrechtlich konkretisiert.

1. „Straflichkeit“ der Anklage

Bei dem Merkmal der „Straflichkeit“ der Anklage ist insbesondere problematisch, dass der Europäischen Gemeinschaft keine Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Vorschriften zukommt und dass den Unternehmen als Zuwiderhandelnden in letzter Konsequenz keine Freiheitsstrafe drohen kann.

a) Die Engel-Kriterien

Der Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in der aus dem Jahre 1976 stammenden Rechtssache *Engel*⁵⁴ grundlegend mit dem Merkmal „strafrechtlich“ auseinandergesetzt.⁵⁵ In dem Urteil stellte der Gerichtshof für Menschenrechte drei Kriterien auf, die die Straflichkeit einer Anklage begründen. Entscheidend ist danach zuerst die Zuordnung einer Vorschrift im nationalen Recht, an zweiter Stelle die Natur des Vergehens und an dritter Stelle die Art und Schwere des Vergehens. Nach der Rechtsprechung gelten die drei genannten Kriterien alternativ, jedoch werden die Voraussetzungen zwei und drei vom EGMR häufig nicht einzeln, sondern kumulativ zur Bestimmung des Vorliegens einer strafrechtlichen Anklage herangezogen.⁵⁶ Seit 1976 hat der Gerichtshof die *Engel*-Kriterien in zahlreichen Urteilen weiter ausgearbei-

⁴⁵ GA Colomer, a.a.O.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417, Schlussanträge GA Léger, Rn. 31.

⁴⁷ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-210/00 (Käserei Champignon), Slg. 2002, I-6453, Rn. 33 ff., wo der EuGH die Qualifizierung einer Geldsanktion als strafrechtlich ausdrücklich ablehnt. S. vertieft zur Problematik *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), § 7 Rn. 9.

⁴⁸ *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), § 7 Rn. 14.

⁴⁹ Siehe dazu oben Fn. 25.

⁵⁰ St. Rspr., vgl. EGMR (König), Urt. v. 28.6.1978, Rn. 88; EGMR (Adolf), Urt. v. 26.3.1982, Rn. 30 ff.; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 6 Rn. 13.

⁵¹ *Grabenwarter/Pabel*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 14 Rn. 19. Zur Anwendung der EMRK auf EG-Sekundärrechtsakte siehe Punkt III. 1. a) aa).

⁵² EGMR (Öztürk), Urt. v. 21.2.1984, Rn. 49.

⁵³ Die deutsche Übersetzung ist insoweit irreführend, als dass die verbindlichen Wortlaute nicht das Vorliegen einer „Anklage“ verlangen („determination of a criminal charge“, „bien fondé de toute accusation pénale“), s. vertieft *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 51), Kap. 14 Rn. 19, Fn. 66.

⁵⁴ EGMR (Engel), Urt. v. 23.11.1976.

⁵⁵ Der EGMR fasste dort, wie auch in vielen weiteren Rechts-sachen, die Merkmale der strafrechtlichen Anklage in seiner Analyse zusammen. Zur besseren Übersichtlichkeit werden die beiden Merkmale hier getrennt untersucht.

⁵⁶ EGMR (Ezeh and Connors), Große Kammer, Urt. v. 9.10.2003, Rn. 82 ff.; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2005, § 24 Rn. 17. Zu den „Engel“-Kriterien siehe auch *Peukert*, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2. Aufl. 1996, Art. 6 Rn. 36; *Scheer*, Zeus 2004, 664/683. Zur Problematik der Grenzziehung vertieft *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 277 f.

tet und präzisiert.⁵⁷ Die fehlende Kompetenz der Gemeinschaft zur Setzung von Kriminalstrafrecht ist nach den Engel-Kriterien irrelevant, weil für die Qualifizierung nach der EMRK nur die genannten Voraussetzungen erforderlich sind.

aa) Voraussetzungen

Ausgangspunkt ist die nationalstaatliche Einordnung eines Verhaltens. Wird ein Verhalten vom nationalen Gesetzgeber als „strafrechtlich“ eingestuft, so unterfällt es dem Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Hinsichtlich der untersuchungsgegenständlichen VO 1/2003 ist zu beachten, dass sie als Sekundärrechtsakt der EG kein nationales Recht der Mitgliedstaaten der Konvention darstellt, vielmehr gilt sie gemäß Art. 249 EGV unmittelbar in den Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten⁵⁸ und ist von den EG-Institutionen und den EG-Mitgliedstaaten durchzusetzen.⁵⁹ Jedoch ist nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs für Menschenrechte die EMRK auch auf Rechtsakte zwischenstaatlicher Organisationen wie der Europäischen Gemeinschaft anwendbar, da es den Mitgliedstaaten der Konvention verwehrt ist, durch das Schaffen zwischenstaatlicher Einrichtungen die Rechtsverbürgungen der Konvention zu umgehen.⁶⁰

Wie oben bereits festgestellt wurde, sind die Geldbußen des EG-Wettbewerbsrechts nicht als Kriminalstrafe im engeren Sinn einzustufen, so dass zu ihrer Einordnung die Kriterien zwei und drei heranzuziehen sind. Bei dem zweiten Kriterium der Natur des Vergehens kommt es auf die im Inhalt der heranzuziehenden Norm zum Ausdruck gebrachte Art des Vergehens an.⁶¹ Im Falle des Vorliegens einer Sanktion mit repressivem und präventivem Charakter liegt nach der Rechtsprechung des EGMR eine „strafrechtliche Anklage“ vor.⁶² Darüber hinaus zieht der Gerichtshof für Menschenrechte den Adressatenkreis einer Vorschrift zur Definition des Merkmals heran. Im Falle eines allgemein bestimmten Adressatenkreises unterliegt die staatliche Maßnahme dem Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Das dritte und letzte Kriterium, die Art und Schwere des Vergehens, hängt sehr eng mit dem zweiten Kriterium, der Natur des Vergehens, zusam-

men.⁶³ Unter der Art des Vergehens sind hier die Auswirkungen der Sanktion auf den Beschuldigten zu verstehen. Die Schwere bestimmt sich nach der abstrakten Strafdrohung,⁶⁴ wobei Geldstrafen zu schwerwiegenden Konsequenzen für den Betroffenen führen müssen, die nicht nur einer kurzen Freiheitsstrafe gleichkommen.⁶⁵

bb) Geldbußen ohne Freiheitsstrafenakzessorietät

Der Gerichtshof für Menschenrechte hat in den dargestellten Judikaten häufig auch das Rechtsinstitut der Geldbuße in den Anwendungsbereich der Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 EMRK gezogen. In der weit überwiegenden Mehrzahl der bisher entschiedenen Sachverhalte konnte die von den nationalen Organen verhängte Geldbuße bei Nichtbefolgung in eine Freiheitsstrafe für das betroffene Individuum umschlagen.⁶⁶ Dadurch gehören sie dogmatisch nach dem deutschen Verständnis zu den strafrechtlichen Vorschriften im weiteren Sinn. Bei den untersuchungsgegenständlichen Geldbußen des EG-Wettbewerbsrechts ist ein Umschlagen der Geldbuße in eine Freiheitsstrafe nicht möglich. Der EG-Kommission steht gemäß Art. 23 Abs. 1 und 2 VO 1/2003 nur das Mittel der Geldbuße zur Verfügung, da mangels kriminalstrafrechtlicher Kompetenz der Gemeinschaft das Institut der Freiheitsstrafe nicht möglich ist. Das ist in den Wettbewerbsgesetzen vieler Mitgliedstaaten durchaus anders geregelt. Dort steht den nationalen Behörden neben der Geldbuße häufig auch das Rechtsinstrument der Freiheitsstrafe zur Verfügung.⁶⁷

Fraglich ist nunmehr, ob die zumindest theoretische Möglichkeit der Freiheitsstrafe für das Merkmal der „Strafbarkeit“ ein zwingendes Erfordernis ist.⁶⁸ Der EGMR ist darauf in seinen Entscheidungen zum Begriff der „strafrecht-

⁵⁷ Siehe die umfangreichen Nachweise bei *Grabenwarter* (Fn. 56), § 24 Rn. 17.

⁵⁸ Zum Instrument der Verordnung vertieft *Oppermann*, *Europarecht*, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 77 ff.

⁵⁹ Zur Aufgabenverteilung im europäischen Verwaltungsrecht: *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005, S. CI ff. Das Wettbewerbsrecht gehört zu den wenigen von der EG-Kommission durchzusetzenden Materien, im Einzelfall kann sie jedoch auf die Unterstützung nationaler Behörden zurückgreifen, vgl. Art. 19 Abs. 2 VO 1/2003.

⁶⁰ Zuletzt grundlegend EGMR (Große Kammer) (Bosphorus), Urt. v. 30.6.2005, Rn. 153 und *Lorenzmeier*, *Jura* 2007, 370. Ferner gilt die EMRK auch im Recht der Gemeinschaft, siehe oben, Art. 6 Abs. 2 EUV.

⁶¹ *Grabenwarter* (Fn. 56), § 24 Rn. 19.

⁶² Grundlegend dazu: EGMR (Öztürk), Urt. v. 21.2.1984, Rn. 53.

⁶³ Wie sich z. B. aus dem Abstellen des EGMR auf die Art des Vergehens beim zweiten Kriterium deutlich ergibt. Eine trennscharfe Abgrenzung und eindeutige Zuordnung der einzelnen Kriterienmerkmale erscheint somit kaum möglich.

⁶⁴ Vgl. zum Ganzen *Grabenwarter* (Fn. 56), § 24 Rn. 19 f. Der EGMR formuliert in „Engel“, Urt. v. 23.11.1976, Rn. 82: „[...] It is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law. [...] This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value [...]. The very nature of the offence is a factor of greater importance. [...] The Court's] supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring.“

⁶⁵ Vertieft bei *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 51), Kap. 14 Rn. 25.

⁶⁶ Siehe z. B. die Rechtssachen EGMR (Ravnsborg), Urt. v. 23.3.1994 und EGMR (Foti), Urt. v. 21.11.1983. Zur soweit ersichtlich einzigen Ausnahme s.u. Fn. 88.

⁶⁷ Z.B. in Deutschland gemäß Art. 16 ff. UWG.

⁶⁸ Dieser Aspekt wird ausdrücklich angesprochen bei *Trechsel*, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, S. 24, der a.a.O. ebenfalls die Eintragung der Strafe in ein (staatliches) Register als Voraussetzung nennt.

lichen Anklage“ nicht weiter eingegangen.⁶⁹ Voraussetzung für das Subsumieren von Geldbußen unter den Begriff der „Straflichkeit“ ist nur, dass die Geldbuße Konsequenzen zeitigt, die einer Freiheitsstrafe vergleichbar sind. Der Rechtsprechung des EGMR lässt sich ein notwendiger Mindestbetrag nicht entnehmen,⁷⁰ geringfügige Beträge reichen jedoch nicht aus.⁷¹ Wie oben bereits festgestellt wurde⁷² erreichen die von der Kommission verhängten Geldbußen zum Teil schwindelerregende Höhen, so dass dieses Kriterium unzweifelhaft erfüllt wird. Die genannten Argumente sprechen dafür, auch wettbewerbsrechtliche Geldbußen, die nicht in eine Freiheitsstrafe umschlagen können, bei entsprechender Schwere unter das Merkmal der „Straflichkeit“ zu subsumieren.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die oben bereits erwähnte ständige Rechtsprechung des EGMR zum Verhältnis von Konventions- und Gemeinschaftsrecht.⁷³ Danach ist es den Mitgliedstaaten der Konvention verwehrt, sich durch den Abschluss anderer völkerrechtlicher Übereinkommen aus den Verpflichtungen der EMRK zu lösen.⁷⁴ Für das Merkmal der „Straflichkeit“ des Art. 6 Abs. 1 EMRK bedeutet dies eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Vorschrift, auch unter der Ägide des EG-Vertrags. Folglich ist es ihnen verwehrt, die Gemeinschaft mit strafrechtlichen Kompetenzen im weiteren Sinne auszustatten, deren Durchsetzung aber auf die Verhängung von Geldbußen beschränkt ist, um nicht in den Anwendungsbereich der strafrechtlichen Garantien der EMRK zu fallen. Ob die Mitgliedstaaten dabei wirklich die genannte Intention verfolgen, ist unerheblich, entscheidend ist der Effekt der in Rede stehenden Maßnahme. Im Bereich des Wettbewerbsrechts bedeutet dies, dass auch das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft an den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu messen ist, wenn es die „Engel-Kriterien“ erfüllt.⁷⁵

Unterstützt wird die hier vertretene Ansicht durch die Entscheidung der (damals noch bestehenden) Kommission für Menschenrechte⁷⁶ in der Rechtssache *Société Stenuit*⁷⁷. Dem Verfahren kommt grundlegende Bedeutung zu, da es, soweit ersichtlich, die einzige Rechtssache ist, in der eine

wettbewerbsrechtliche Geldbuße als „strafrechtliche Anklage“ angesehen werden sollte. In dem zugrundeliegenden französischen Verfahren hatte der zuständige Minister eine wettbewerbsrechtliche Geldbuße gegen das Unternehmen *Société Stenuit* verhängt. Allerdings bestand auch im streitgegenständlichen französischen Recht die Möglichkeit für den Minister, neben dem Erlass einer Geldbuße den Fall an eine Anklagebehörde weiterzuleiten, welche dann ein strafrechtliches Verfahren gegen den, den freien Wettbewerb störenden, „Zuwerhandler“⁷⁸ einleiten konnte.⁷⁹ Nach der Übergabe des Falles an die Anklagebehörde war es dem Minister verwehrt, das Verfahren weiter zu betreiben und eine Geldbuße zu verhängen.⁸⁰ Die EKMR maß dem im Rahmen ihrer Analyse keine weitere Bedeutung zu. Vielmehr stellte sie allein auf die ausgesprochene Geldbuße ab und wendete die Kriterien zwei und drei der *Engel*-Rechtsprechung an.⁸¹ Die EKMR erwähnt ausdrücklich, dass nicht jeder Freiheitsentzug und jede Geldbuße als strafrechtliche Anklage zu sehen sei.⁸² Hieraus kann geschlossen werden, dass auch bei Nichtvorliegen einer Freiheitsstrafe der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK eröffnet sein kann und die theoretische Möglichkeit einer Freiheitsstrafe zur Eröffnung der Vorschrift gerade nicht bestehen muss.⁸³ Dagegen kann auch nicht die von der Kommission in ihren Schlussfolgerungen gemachte Aussage vorgebracht werden, wonach das Merkmal der „strafrechtlichen Anklage“ unter Heranziehung „aller oben genannten Faktoren“⁸⁴ zu bejahen sei. Unklar bleibt bei dem Verweis, ob sie sich auch auf die in der Kommissionsentscheidung „oben“ genannte Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe bezieht. Dies ist aus dem Gesamtzusammenhang des Gutachtens der EKMR eher zu verneinen. Sie analysiert in der fraglichen Passage ausschließlich die Höhe der Geldbuße und den daraus folgenden strafrechtlichen Charakter der Sanktion. Eine gegensätzliche Bewertung lässt sich auch nicht aus der neueren Rechtssache *OOO NESTE St. Petersburg* des EGMR⁸⁵ herleiten. Im Unter-

⁶⁹ Auch lassen sich aus der Entscheidung „Fortum Corporation“ (Urt. v. 15. Juli 2003) des EGMR keine Anhaltspunkte entnehmen, da der EGMR dort ausdrücklich offen lässt, ob er Art. 6 EMRK in seiner zivil- oder seiner strafrechtlichen Gewährleistung anwendet, a.a.O., Rn. 40.

⁷⁰ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei *Grabenwarter* (Fn. 56), § 24 Rn. 22.

⁷¹ EGMR (Öztürk), Urt. v. 21.2.1984, Rn. 54.

⁷² S.o. Fn. 7.

⁷³ Siehe oben Punkt III. 1. a) aa).

⁷⁴ A.a.O.

⁷⁵ Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht gegeben, s.o. Punkt III. 1. a) aa).

⁷⁶ Im Folgenden „EKMR“.

⁷⁷ EGMR, vol A Nr. 232, S. 9 ff. Durch Klagerücknahme sah sich der EGMR an der Beendigung des Verfahrens durch eine Sachentscheidung gehindert, EGMR (*Société Stenuit*), a.a.O., S. 7 f.

⁷⁸ Im Original: „contrevenant“, siehe EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 62. Im Strafrecht mehrerer Mitgliedstaaten der Konvention wurde damals noch zwischen verschiedenen Arten von Zuwiderhandlungen (criminal, délit, contrevenant) unterschieden, s. dazu EGMR (Öztürk), Urt. v. 21.2.1984, Rn. 53.

⁷⁹ EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 62.

⁸⁰ EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 62.

⁸¹ EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 62.

⁸² EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 63 unter Bezug auf EGMR (Engel), Urt. v. 23.11.1976, Rn. 85.

⁸³ Auch wenn im fraglichen Fall die Geldbuße ein „Substitut“ für die Freiheitsstrafe war, s. EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 62.

⁸⁴ „[...] the criminal aspect of the case for the purposes of the convention is revealed unambiguously by the combination of concordant factors noted above.“; EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 65. Dies ist zugleich eine gute Illustration für die kombinierte Anwendung der Kriterien zwei und drei der „Engel“-Rechtsprechung, s.o. III. 1. a) aa).

⁸⁵ EGMR, Zulässigkeitsentscheidung v. 3.6.2004.

schied zur hier untersuchten Situation ging es in dem Fall nicht um die Verhängung eines Bußgeldes, sondern um den Einzug zu Unrecht erlangter Gewinne, so dass Art. 6 EMRK nicht Gegenstand der Zulässigkeitsentscheidung war.⁸⁶

Selbst wenn man den genannten Verweis in der Rechtsache *Société Stenuit* auf die Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe beziehen möchte, findet diese Ansicht der EKMR heute keinen Anhaltspunkt mehr in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs für Menschenrechte. Der EGMR hat in auf *Société Stenuit* zeitlich folgenden Urteilen auch andere Sanktionen als strafrechtliche Sanktionen dem Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK unterworfen. Dabei bestand in zumindest einem Fall auch nicht die theoretische Möglichkeit einer Freiheitsstrafe, das streitgegenständliche Verfahren war innerstaatlich als ein reines Verwaltungsverfahren ausgestaltet, welches jedoch vor den Strafgerichten durchgeführt wurde.⁸⁷

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft hat zumindest in den Verfahren gegen das Polypropylen-Kartell⁸⁸ die hier vertretene Sichtweise indirekt geteilt. Dort hat er unter Berufung auf das Urteil des EGMR in der Rechtsache *Öztürk*⁸⁹ die Bindung der EG-Kommission an die strafrechtlichen Garantien der EMRK im Wettbewerbsverfahren festgestellt.⁹⁰ Diese Bindung wäre nicht erforderlich, wenn der EuGH den wettbewerbsverfahrensrechtlichen Geldbußen in den Rechtssachen nicht eine strafrechtliche Qualität zugemessen hätte. Allerdings finden sich in den Polypropylen-Fällen *Hüls*⁹¹ und *Montecatini*⁹² keine ausdrücklichen Aussagen des Gerichtshofs zur Qualität des Verfahrens.

cc) Unternehmen als Zuwiderhandelnde

Ein weiteres Problemfeld ist das Einbeziehen von Unternehmen in den Schutzbereich der „Strafrechtlichkeit“. Problematisch ist hierbei, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Gesellschaften in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten des Europarats sehr unterschiedlich geregelt ist.⁹³ Tendenziell lässt sich eine Ausweitung des Anwendungsbereichs

des Strafrechts auf Unternehmen feststellen. Demgegenüber wird im deutschen Schrifttum der strafrechtliche Charakter der Geldbußen häufig abgelehnt, da sich strafrechtliche Sanktionen nur gegen Individuen richten könnten.⁹⁴

Nach der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des EGMR zur autonomen Bestimmung des Begriffes der „Strafrechtlichkeit“ vermag dieser Einwand für das konventionsrechtliche Schutzsystem nicht zu überzeugen. Das nationale Vorverständnis ist gerade nicht entscheidend zur Begriffsbestimmung, sondern ausschließlich die einzelnen, vom Gerichtshof für Menschenrechte aufgestellten Kriterien. Darüber hinaus sind nach Art. 34 EMRK auch Personengruppen beschwerdeberechtigt. Zu den Personengruppen gehören juristische Personen wie privatrechtliche Unternehmen.⁹⁵ Das Beschwerderecht von Unternehmen würde unterlaufen, wenn sie sich nicht auf die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen könnten. Daneben sichern die Mitgliedstaaten der Konvention gemäß Art. 1 EMRK allen [...] Personen die [...] Rechte und Freiheiten zu.

Fraglich ist jedoch, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK im Falle der strafrechtlichen Anklage zu den Rechten gehört, auf die sich Unternehmen berufen können oder ob dies aufgrund der Natur des Rechts ausgeschlossen ist.⁹⁶ Die Beschwerdeberechtigung juristischer Personen wird allgemein abgelehnt, wenn das betreffende Recht seinem Wesen nach nicht auf juristische Personen anwendbar sein kann.⁹⁷ Danach wird ein Ausschluss z. B. für Art. 5 (Recht auf Freiheit und Sicherheit) EMRK und Art. 3 (Verbot der Folter) EMRK bejaht.⁹⁸ Die strafrechtliche Anklage des Art. 6 Abs. 1 EMRK zählt jedoch nicht zu diesen Rechten, was mit der Souveränität der Mitgliedstaaten, die Anwendbarkeit strafrechtlicher Vorschriften auf juristische Personen auszudehnen, erklärt werden kann. Ferner knüpft der Tatbestand auch nicht an Eigenschaften an, die nur natürlichen Personen aufweisen können.⁹⁹ Überdies spricht der Wortlaut der Norm von „jede Person“, worunter sowohl natürliche als auch juristische Personen verstanden werden können.

Zum gleichen Ergebnis kam die Kommission in *Société Stenuit*. Zur Begründung führte sie zuerst an, dass die Konvention keine die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Ge-

⁸⁶ Zur weiteren Kritik an der Zulässigkeitsentscheidung des EGMR siehe *Feddersen* (Fn. 1), nach Art. 83 EGV, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21.

⁸⁷ EGMR (Malige), Urt. v. 23.9.1998, Rn. 35 ff. In „Malige“ ging es um den Entzug einer Fahrerlaubnis. Der EGMR sah das Verfahren als „strafrechtliche Anklage“ an, da die Fahrerlaubnis heutzutage sehr nützlich und für die Ausübung einer Arbeit notwendig sei, a.a.O., Rn. 39.

⁸⁸ Rs. C-199/92 P (Hüls), Slg. 1999, S-4287 ff.; Rs. C-235/92 P (Montecatini), Slg. 1999, I-4539 ff.

⁸⁹ S.o. Fn. 53.

⁹⁰ Rs. C-199/92 P (Hüls), Slg. 1999, S-4287 Rn. 150; Rs. C-235/92 P (Montecatini), Slg. 1999, I-4539 Rn. 176.

⁹¹ Slg. 1999, S-4287 ff.

⁹² Slg. 1999, I-4539 ff.

⁹³ Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen sehen z.B. Art. 19.1 rumänisches StGB und Art. 102 schweizerisches StGB vor. Weitere Nachweise finden sich bei *Rotsch*, in: Trunk u.a. (Hrsg.), Rechts- und Amtshilfe im Ostseeraum, 2005, S. 189 ff. (199 f. m.w.N.).

⁹⁴ *Frenz* (Fn. 9), Rn. 1587. So auch das Vorbringen der französischen Regierung in EKMR (*Société Stenuit*), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 66, hinsichtlich der französischen Rechtsordnung.

⁹⁵ *Meyer-Ladewig* (Fn. 50), Art. 34 EMRK Rn. 7. Anders unter Berufung auf die verbindlichen Wortlaute („group of individuals“/„groupe de particuliers“): *Rogge*, IntKomm, Art. 34 EMRK, Rn. 125 ff. (134 f.), wonach juristische Personen als „Nichtregierungsorganisationen“ im Sinne der Vorschrift anzusehen sind. Im Ergebnis führen beide Ansichten zu einer Beschwerdeberechtigung juristischer Personen.

⁹⁶ Zur Problematik im Anwendungsbereich des GG siehe Art. 19 Abs. 3 GG und *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Rn. 30 ff.

⁹⁷ *Grabenwarter* (Fn. 56), § 17 Rn. 5.

⁹⁸ Siehe *Grabenwarter* (Fn. 56), § 17 Rn. 5 m.w.N.

⁹⁹ *Grabenwarter* (Fn. 56), § 17 Rn. 5.

sellschaften ausschließende Bestimmung enthalte.¹⁰⁰ Ferner seien die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme insoweit unterschiedlich und eine einheitliche Ablehnung der Gesellschaftsstrafbarkeit lasse sich nicht feststellen.¹⁰¹ Drittens stellte die EKMR auf die überragende Bedeutung von Art. 6 EMRK für das Rechtsschutzsystem der Konvention ab und viertens darauf, dass sich Unternehmen ebenfalls auf die in der Konvention verbürgten Rechte berufen könnten.¹⁰² Ohne es deutlich zu benennen, lehnte die Kommission hier eine ausschließliche Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Fall der strafrechtlichen Anklage nur auf natürliche Personen ab. Letztlich stünde eine restriktive Auslegung der Vorschrift auch nicht im Einklang mit dem Telos der Konvention,¹⁰³ d.h. einen umfassenden Schutz der unterworfenen Rechtssubjekte zu gewährleisten.

dd) Protokollerklärung der Bundesrepublik Deutschland zu Art. 2 VO 1/2003

Eine gegenläufige Bewertung kann sich auch nicht aus der Protokollerklärung der Bundesrepublik Deutschland zu Art. 2 VO 1/2003¹⁰⁴, der Beweislastverteilungsregel der Verordnung, ergeben. Laut der Erklärung bietet „Art. 83 [EGV] keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Einführung oder Änderung strafrechtlicher oder strafverfahrensrechtlicher Bestimmungen. Dies gilt insbesondere für grundlegende Verfahrensgarantien im Strafverfahren, wie die Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten. [...] Deutschland weist darauf hin, dass diese Verfahrensgarantien in Deutschland auch für strafrechtliche Verfahren wie Bußgeldverfahren gelten und Verfassungsrang genießen. [...] Deutschland geht dementsprechend davon aus, dass die vorliegende Verordnung [...] nicht derartig für Strafverfahren oder strafrechtsähnliche Verfahren geltende strafrechtliche oder strafverfahrensrechtliche Bestimmungen oder Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten ändern oder beeinträchtigen kann.“ Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht¹⁰⁵ ist die Erklärung nur deklaratorischer Natur, da die Erklärung das System der VO 1/2003 nicht zu ändern vermag.¹⁰⁶ Auch für die Einschätzung des rechtlichen Charakters der Bußgelder nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ist die Erklärung nicht relevant, da die Vorschrift seitens des EGMR autonom, unabhängig vom Begriffsverständnis der Mitgliedstaaten, interpretiert wird.¹⁰⁷

b) Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die von der EG-Kommission verhängten Kartellgeldbußen bei Heranziehung der vom EGMR richterrechtlich aufgestellten Kriterien als „strafrechtlich“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren sind.¹⁰⁸ Die zumindest theoretische Möglichkeit der Freiheitsstrafenverhängung ist für die Erfüllung des Merkmals nicht erforderlich. Dem Schutzbereich können auch Unternehmen unterfallen. Ebenso unerheblich ist die im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht bestehende strafrechtliche Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft, da der Terminus vom EGMR autonom ausgelegt wird.

2. Anklage

Der Begriff der „Anklage“ wird vom Gerichtshof für Menschenrechte ebenfalls autonom dahingehend verstanden, dass keine offizielle Anklage nach den jeweiligen nationalen Strafverfahrensrechten vorliegen muss.¹⁰⁹ Vielmehr ist es bereits ausreichend, wenn die in Rede stehende Maßnahme die rechtliche Position des Betroffenen wesentlich beeinflusst.¹¹⁰ Allerdings muss die fragliche Maßnahme zumindest eine offizielle Ermittlungsmaßnahme darstellen,¹¹¹ Behörden-interna werden von der Vorschrift nicht erfasst. Für den untersuchungsgegenständlichen Bereich ist dies ab dem Beginn der Ermittlungen seitens der Kommission nach Art. 17 ff. VO 1/2003 gegeben. Gemäß Art. 2 Abs. 3 VO 773/2004 kann dieser Zeitpunkt vor dem Zeitpunkt der eigentlichen Verfahrenseinleitung liegen.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis akzeptiert der Gerichtshof für Menschenrechte folglich die positive mitgliedstaatliche Determination der „strafrechtlichen Anklage“, lehnt jedoch eine negative Ausschlusskompetenz ab, um Rechtsumgehungsversuchen der Mitgliedstaaten entgegenzutreten zu können¹¹² und eine einheitliche Anwendung der Konventionsrechte zu gewährleisten.¹¹³ Der EGMR sieht somit nur das mitgliedstaatliche Vorverständnis der strafrechtlichen Qualität einer Maßnahme als verbindlich an und geht ferner mit seinem Verständnis des Begriffs „strafrechtliche Anklage“ deutlich über das Verständnis der Mitgliedstaaten hinaus.

Zur umfassenden Garantiegewährleistung des Art. 6 Abs. 1 EMRK hat er richterrechtliche Kriterien entwickelt, die auch von den Mitgliedstaaten nicht als strafrechtlich definiertes Recht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen lässt. Dies ist insbesondere deswegen sehr wichtig, weil der

¹⁰⁰ EKMR (Société Stenuit), vol A Nr. 232, S. 9 ff. Rn. 66.

¹⁰¹ EKMR (Société Stenuit), vol A Nr. 232, S. 9 ff.

¹⁰² EKMR (Société Stenuit), vol A Nr. 232, S. 9 ff.

¹⁰³ EKMR (Société Stenuit), vol A Nr. 232, S. 9 ff., Rn. 66.

¹⁰⁴ Die Erklärung ist abgedruckt als Anhang 3 bei *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), S. 269.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 10 EGV und grundlegend EuGH, Rs. 6/64 (Costa ENEL), Slg. 1964, S. 585 ff. Siehe aber für grundrechtliche Verbürgungen BVerfGE 73, 339 (Solange II).

¹⁰⁶ *Frenz* (Fn. 9), Rn. 1588.

¹⁰⁷ S.o. Punkt III.

¹⁰⁸ So im Ergebnis auch *de Bronett* (Fn. 23), nach Art. 83 EGV, Rn. 51.

¹⁰⁹ EGMR (Deweert), Urt. v. 27.2.1980, Rn. 46; *Scheer* ZEuS 2004, 664/687.

¹¹⁰ EGMR (Deweert), Urt. v. 27.2.1980, Rn. 46; EGMR (Foti), Urt. v. 21.11.1983, Rn. 52; EGMR (Öztürk), Urt. v. 21.2.1984, Rn. 55.

¹¹¹ EGMR (Eckle), Urt. v. 15.7.1982, Rn. 74.

¹¹² So deutlich EGMR (Öztürk), Urt. v. 21.2.1984, Rn. 49 f.

¹¹³ *Trechsel* (Fn. 68), S. 15.

Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK sich nur auf zivil- und strafrechtliche Verfahren erstreckt, verwaltungsrechtliche Verfahren im engeren Sinn jedoch ausspart.¹¹⁴ Die Vorschrift ist insoweit unvollständig und nicht geeignet, eine umfassende Garantie zu gewährleisten.

Die Anwendung der vom EGMR in der Rechtssache *Engel* aufgestellten Kriterien führt vorliegend dazu, dass kartellverfahrensrechtliche Geldbußen als „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen sind. Dagegen spricht weder, dass nur Unternehmen als Zuwiderhandler tätig werden können, noch dass es der EG-Kommission verwehrt ist, Haftstrafen auszusprechen.

IV. Die Anwendung der Grundsätze auf das EG-Kartellverfahrensrecht

Im Folgenden ist zu analysieren, welche Auswirkungen die Anwendung der strafrechtlichen Gewährleistungen der Konvention, soweit sie auf juristische Personen anwendbar sind, auf die Rechtmäßigkeit des von der EG-Kommission heranzuziehenden Kartellverfahrensrechts hat.

1. Aussageverweigerungsrecht

Das Recht, sich nicht selbst zu beschuldigen, ist nicht ausdrücklich in der Konvention niedergelegt. Es wird vom EGMR in ständiger Rechtsprechung aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, dem fairen Verfahren¹¹⁵, und Art. 6 Abs. 2 EMRK, der Unschuldsvermutung, abgeleitet.¹¹⁶ Es zählt zu den wesentlichen Verbürgungen des fairen Verfahrens.¹¹⁷ Dem steht die in Art. 18 und Art. 20 Abs. 2 lit. e VO 1/2003 niedergelegte Auskunftspflicht der Unternehmen und Unternehmensverbände gegenüber. Eine Auskunftspflicht für die Unternehmen besteht auch bei eventuell vorgenommenen Nachprüfungen der Auskunft nach den Art. 20 f. VO 1/2003.¹¹⁸ Befragungen der Kommission nach Art. 19 VO 1/2003 in Verbindung mit Art. 3 f. VO 773/2004 sind demgegenüber freiwillig und können verweigert werden. Zu den in Art. 18 VO 1/2003 genannten Auskünften zählen nicht nur Antworten auf Fragen, sondern auch die Übersendung von Dokumenten und Unterlagen seitens der Unternehmen an die EG-Kommission.¹¹⁹ Die Unternehmen haben hierbei eine Pflicht zur aktiven Mitwirkung.¹²⁰

¹¹⁴ Die Rechtsprechung des EGMR zur wiederum autonom bestimmten Abgrenzung ist sehr umfangreich und nicht ganz einheitlich, s. die Nachweise bei *Grabenwarter* (Fn. 56), § 24 Rn. 6 ff.

¹¹⁵ EGMR NJW 2002, 499.

¹¹⁶ *Meyer-Ladewig* (Fn. 50), Art. 6 EMRK, Rn. 52.

¹¹⁷ *Meyer-Ladewig* (Fn. 50), Art. 6 EMRK, Rn. 54.

¹¹⁸ Zu dem gemeinschaftsrechtlich garantierten Grundrechtsschutz siehe vertieft *Nowak/Pombo* (Fn. 6), Art. 20 VerfVO Rn. 16 ff.

¹¹⁹ *Barthelmeß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf (Fn. 6), Art. 18 VerfVO Rn. 32.

¹²⁰ EuGH, Rs. 374/87 (*Orkem*), Slg. 1989, S. 3283, Rn. 22, 27.

Jedoch sind die Vorschriften der VO 1/2003 laut dem 37. Erwägungsgrund der Präambel im Einklang mit den Rechten und Prinzipien der gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundrechte und den Prinzipien der Charta der Grundrechte¹²¹ auszulegen. Seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Orkem* ist dabei anerkannt, dass die EG-Kommission im Rahmen des Auskunftsverlangens keine Fragen stellen darf, die die Beweislastverteilung zwischen der Kommission und dem Unternehmen verändern würden.¹²² Dies wird damit begründet, dass der gemeinschaftsrechtlich anerkannte Grundsatz des rechtlichen Gehörs eine Vorwirkung im vorgeschalteten Auskunftsverfahren entfalten würde,¹²³ da die Wahrung der Verteidigungsrechte einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstelle.¹²⁴ Dies führt zu einer Anerkennung des Verbots der Selbstbezeichnung durch den EuGH, dessen Grenzen in der Rechtsprechung bislang noch nicht endgültig definiert wurden.¹²⁵ Verfrüht scheint jedoch der Schluss zu sein, dass der EuGH die Rechtsprechung des EGMR übernehme. Der EuGH erkennt in der Rechtssache *Orkem* dem Wettbewerbsverfahren eine strafrechtsähnliche Stellung zu, ohne den Charakter des Verfahrens ausdrücklich zu benennen.

Die ständige Rechtsprechung des EGMR geht über den Standard des EuGH hinaus. Nach der hier vertretenen Meinung des Unterfallens der EG-Wettbewerbsvorschriften unter die Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK würde dies zu einer Unvereinbarkeit der Vorschriften der Art. 18 und Art. 20 Abs. 2 lit. e VO 1/2003 mit Art. 6 Abs. 1 EMRK führen. Die

¹²¹ Vertieft zur Grundrechtecharta und ihrem Verhältnis zur EMRK, *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), EVV, Kommentar, 2007, S. 259 ff.

¹²² EuGH, Rs. 374/87 (*Orkem*), Slg. 1989, S. 3283, Rn. 29 f. Dieser in der Theorie sehr überzeugende Grundsatz steht in der Praxis häufig vor sehr großen Umsetzungsproblemen, z.B. wenn die Kommissionsmitarbeiter die Sprache des Landes des zu durchsuchenden Unternehmens sehr unzureichend sprechen, s. dazu EuGH, Rs. C-328/05 P (*SGL Carbon II*), Urteil v. 10.5.2007, Rn. 70 ff. Interessanterweise hat der EuGH in „*Orkem*“ die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK als Gemeinschaftsgrundrecht im Rahmen der Überprüfung von wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen ausdrücklich zugelassen, jedoch die Unschuldsvermutung nicht in den Anwendungsbereich einbezogen (a.a.O., Rn. 30). Dabei hat er die Rechtsprechung des EGMR verkannt, der beim Vorliegen einer „strafrechtlichen Anklage“ auch die Garantien von Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK als spezielle Ausprägungen des Grundsatzes des fairen Verfahrens heranzieht (vgl. zum ganzen *Grabenwarter* [Fn. 56], § 24 Rn. 60). Aus diesem Grund gilt die in Art. 6 Abs. 2 EMRK niedergelegte Garantie trotz des leicht unterschiedlichen Wortlauts auch in allen Verfahren, die „Strafverfahren“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK sind (*Meyer-Ladewig* [Fn. 50], Art. 6 EMRK, Rn. 85).

¹²³ EuGH, Rs. 374/87 (*Orkem*), Slg. 1989, S. 3283, Rn. 35.

¹²⁴ EuGH, Rs. C-194/99 P (*Thyssen Stahl*), Slg. 2003, I-10821, Rn. 30.

¹²⁵ Vertieft zur Problematik *Barthelmeß* (Fn. 119), Art. 18 VerfVO Rn. 41 ff.

EG-Kommission als ermittelnde und vollziehende Behörde wäre insoweit in ihren Ermittlungsbefugnissen eingeschränkt, sie müsste sich auf andere Beweismittel als die Aussagen der Betroffenen beschränken.¹²⁶ Daran ändert auch der Hinweis im 37. Erwägungsgrund der Verordnung nichts. Die Präambel eines Rechtsakts ist nur als Auslegungshilfe heranzuziehen, die an der grundsätzlichen Rechtswidrigkeit eines Rechtsakts nichts ändern kann, da der Wortlaut als absolute Grenze der Auslegung auch im Gemeinschaftsrecht anerkannt ist.¹²⁷

2. *Nullum crimen sine lege*, Art. 7 EMRK

Art. 23 Abs. 1 und 2 der VO 1/2003 legen nur eine Obergrenze der zu bestimmenden Geldbuße fest und überlassen die genauere Ausgestaltung der Geldbuße dem Verwaltungsermessen der Kommission, welche zumindest zur näheren Bestimmung der Geldbußen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 die oben bereits genannten Leitlinien aufgestellt hat. Das Verwaltungsermessen wird sekundärrechtlich allerdings nur durch die in Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 genannten Grundsätze der Schwere und der Dauer der Zuwiderhandlung begrenzt. Sehr fraglich ist, ob die in den Leitlinien enthaltenen Richtlinien den Anforderungen des *nullum crimen*-Grundsatzes des Art. 7 EMRK genügt.¹²⁸

Der Gerichtshof für Menschenrechte legt den Begriff der „Strafe“ in Art. 7 EMRK wiederum autonom aus. Er prüft dabei, ob eine Sanktion für eine strafbare Handlung auferlegt wurde, wobei er auf die Natur der Maßnahme und ihren Zweck abstellt.¹²⁹ Die Kriterien ähneln denen der *Engel*-Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und sollen eine gleiche Beurteilung aller strafrechtlichen Sachverhalte herbeiführen. Folglich ist Art. 7 EMRK auf alle strafrechtlichen Verfahren nach Art. 6 EMRK anwendbar.¹³⁰ Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkt sich dabei nicht nur auf die Festschreibung des jeweiligen Tatbestandes, sondern auch auf die Höhe der zu erwartenden Sanktion¹³¹ im Sinne des Bestimmtheitsgebots. Die sehr weiten Formulierungen in Art. 23 VO 1/2003 begegnen starken Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot.¹³² Eine Konkretisierung in nur die Kommission bindenden, nicht rechtsverbindlichen Leitlinien ist dafür sicherlich nicht ausreichend. Die Tendenz der EG-Kommission, immer häufiger immer höhere Geldbußen zu verhängen, verstärkt die Bedenken. Ein (Straf-)Rahmen ist auszuschöpfen, nicht alle Verstöße können zur Herstellung einer Abschreckungswirkung mit der Höchststrafe geahndet werden.

¹²⁶ So auch *Scheer*, ZEuS 2004, 664/687.

¹²⁷ Ähnlich *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), § 7 Rn. 22.

¹²⁸ Siehe insoweit auch *Nowak/Pombo* (Fn. 6), Art. 23 VerfVO Rn. 6.

¹²⁹ EGMR (Welch), Urt. v. 9.2.1995, Rn. 27 f.; *Meyer-Ladewig* (Fn. 50), Art. 7 EMRK Rn. 10 m.w.N.

¹³⁰ *Grabenwarter* (Fn. 56), § 24 Rn. 129.

¹³¹ EGMR (Welch), Urt. v. 9.2.1995, Rn. 28 ff.; EGMR (Krenz u.a.), Urt. v. 22. März 2001, Rn. 50.

¹³² Vertieft dazu *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), § 7 Rn. 23.

3. *Strafermäßigung*

Ähnliche Bedenken bestehen gegenüber Strafermäßigungen. Die EG-Kommission hat als die das Wettbewerbsrecht anwendende Behörde eine so genannte „Kronzeugenregelung“ für Kartellsachen nach Art. 81 EGV erlassen.¹³³ Darin legt sie selbst in einer Administrativmitteilung fest, unter welchen Bedingungen die Geldbuße ermäßigt oder erlassen werden kann. Fraglich ist nunmehr, ob dieses Vorgehen den rechtsstaatlichen Verbürgungen der EMRK genügt. Die Strafermäßigung gehört wie die Straffestsetzung zum materiellen Strafrecht, so dass die Vorschrift des Art. 7 EMRK wiederum einschlägig ist. Danach ist das Vorliegen eines „Rechts“ zur Bestimmung der Strafbarkeit notwendig. Darunter sind Gesetze und das ungeschriebene Recht der common law-Staaten zu verstehen.¹³⁴ Die Kommissionsmitteilung wurde im Amtsblatt Teil C veröffentlicht, dem Teil Kommunikation, Rechtsakte finden sich in Teil L¹³⁵. Die EG-Kommission ging ihrerseits folglich nicht von einem Rechtsakt aus, ein solcher dürfte nach Art. 83 EGV auch nur vom Rat beschlossen werden.

Jedoch könnte das der Kommission in Art. 20 Abs. 1, 2 VO 1/2003 eingeräumte Rechtsfolgerneressen als Rechtsgrundlage für die einheitliche Anwendung einer Kronzeugenregelung ausreichend sein. Das *Telos* der Kronzeugenregelung liegt in der besseren Aufdeckung von den Wettbewerb störenden Kartellen.¹³⁶ Überdies stelle die Mithilfe eines Unternehmens bei der Aufdeckung einen Wert an sich dar,¹³⁷ der es im Ergebnis rechtfertigen soll, die gebotene einheitliche Sanktionierung von den den Wettbewerb verletzenden Unternehmen aufzuheben. Diese Argumentation begegnet wiederum rechtsstaatlichen Bedenken. Zum einen hebt sie die juristische Gleichbehandlung von Zuwiderhandelnden auf, zum anderen verlangt das Bestimmtheitsgebot gerade, dass die Rechtsfolgen eines Tatbestandes eindeutig vom Gesetz festgelegt sein müssen. Ansonsten leidet die gerade im Bereich strafrechtlicher Vorschriften besonders gebotene Rechtssicherheit. Das Fehlen der Normierung einer Grundentscheidung für eine Kronzeugenregelung in der VO 1/2003 erscheint als Intention des Ordnungsgebers, eine solche Regelung nicht zu wollen. Falls die Aufnahme von ihm nur als unnötig angesehen wurde,¹³⁸ erscheint diese Ansicht nach den genannten Ausführungen als höchst bedenklich und mit

¹³³ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006, C 298/11 ff. Eine ausführliche Erläuterung der Vorgängermittteilung findet sich bei Klees (Fn. 1), S. 373 ff.

¹³⁴ *Meyer-Ladewig* (Fn. 50), Art. 7 EMRK Rn. 6.

¹³⁵ Statt aller: *Lorenzmeier/Rohde*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, S. 156.

¹³⁶ 3. Erwägungsgrund der Mitteilung.

¹³⁷ 4. Erwägungsgrund der Mitteilung.

¹³⁸ Die erste Vorläufermitteilung stammt aus dem Jahre 1996 (Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 1996, C 207/4 ff.), so dass sie dem Ordnungsgeber beim Erlass der VO 1/2003 bekannt war.

dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht zu vereinbaren.¹³⁹ Die zu den Leitlinien im Rahmen des nullum crimen-Grundsatzes gemachten Ausführungen gelten entsprechend.

V. Résumé

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die in der VO 1/2003 enthaltenen wettbewerbsrechtlichen Verfahrensvorschriften der Gemeinschaft unter den Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu subsumieren sind. Nach Heranziehung des Maßstabs der EMRK begegnet insbesondere die in Art. 18 und 20 Abs. 2 lit. e VO 1/2003 niedergelegte Aussageverpflichtung schwerwiegenden Bedenken. Gleiches gilt für das Verfahren der EG-Kommission hinsichtlich der Strafbemessung und der Kronzeugenregelung.

Für die von einer gemeinschaftsrechtlichen Geldbuße betroffenen Unternehmen und Unternehmensverbände besteht dabei ein zweigleisiger Rechtsschutz, einerseits gemäß Art. 230 Abs. 4 EGV zum EuGH, der gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV Rechtsakte der Gemeinschaft auch am Maßstab der in der EMRK verbürgten Grundrechte prüft, und andererseits nach Erschöpfung des Rechtswegs vor dem EGMR, nach dessen ständiger Rechtsprechung Akte der Gemeinschaft von ihm ebenfalls überprüft werden können. Hieran hat auch die *Bosphorus*-Rechtsprechung des EGMR keine Änderungen vorgenommen, allerdings hat der Gerichtshof für Menschenrechte dort seine Überprüfungsmöglichkeiten, vergleichbar der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den *Solange*-Rechtssachen¹⁴⁰, reduziert. Dies führt im Ergebnis zu einer weiteren Klagemöglichkeit der betroffenen Unternehmen.

¹³⁹ Vgl. *Schwarze/Weitbrecht* (Fn. 1), § 7 Rn. 35.

¹⁴⁰ BVerfGE 37, 271; BVerfGE 73, 339.

Rien ne va plus – Zur Strafbarkeit wegen des Anbietens privater Sportwetten nach der Sportwettenentscheidung des BVerfG v. 28.3.2006

Von Wiss. Assistentin Dr. **Katharina Beckemper**, Wiss. Assistent Dr. **Norbert Janz**, Potsdam*

I. Einführung

Die Sportwettenentscheidung des BVerfG vom 28. März 2006¹ hat zwar einerseits mit klaren Worten eine Remedur im deutschen Wettgeschäft geschaffen und den legislativen Status quo für verfassungswidrig erklärt, andererseits aber auch den Sportwettenmarkt zutiefst verunsichert. Die nach dem bundesverfassungsgerichtlichen Verdikt ergangene Instanzrechtsprechung legt hiervon beredt Zeugnis ab. Sie zeigt sich ebenso uneinheitlich und widersprüchlich wie vor dem Karlsruher Urteil. Eine Rechtsbefriedigung, wie sie im Idealfall zu erwarten gewesen wäre, ist mithin nicht eingetreten; eher das Gegenteil ist der Fall, wie obendrein ein Blick auf die Weiterführung bzw. Untersagung der gewerblichen Vermittlung von Sportwetten beweist.²

Diese fehlende befriedigende Wirkung ist zunächst unmittelbare Folge verschiedener Urteilsphasen, die Anlaß für

* Die Autorin *Beckemper* ist Wiss. Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam, der Autor *Janz* ist Wiss. Assistent am Lehrstuhl für Staatsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht und Kommunalrecht daselbst.

¹ Az. 1 BvR 1054/01; BVerfGE 115, 276.

² So hat das VG Stuttgart (GewArch 2007, 382) wegen grundlegender Zweifel an der Vereinbarkeit des Lotteriestaatsvertrages (LottStV) sowie des baden-württembergischen Staatslotteriegesetzes (StLG Ba-Wü) mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu den Voraussetzungen einer systematischen und kohärenten Begrenzungs politik auf dem Gebiet des Sportwetten- und Glücksspielrechts gestellt; gleichfalls in diese Richtung zuvor schon VG Stuttgart GewArch 2006, 424; OVG Schleswig NJW 2007, 1547 und OVG Saarlouis NJW 2007, XIV; VG Dresden, Entscheidung v. 26.4.2007, Az. 14 K 2134/06 n.v. (nur in juris einsehbar); VG Frankfurt (Oder), Entscheidung v. 23.4.2007, Az. 4 L 38/07, n.v. (nur in juris einsehbar); VG Mainz GewArch 2007, 491. A.A. etwa ausdrücklich OVG Lüneburg GewArch 2007, 339; VGH Baden-Württemberg VBIBW 2006, 424; OVG Berlin-Bbg. EuZW 2006, 741; ThürOVG ThürVBl. 2007, 83; BayVGH GewArch 2006, 419; OVG NW NVwZ 2006, 1078 (1079 f.); OVG Hamburg NVwZ 2007, 725, die weder ein entsprechendes Ersuchen gestellt noch aus sonstigen Gründen Sportwettuntersagungen aufgehoben haben. Dies erscheint auch deswegen besonders bemerkenswert, weil nach dem Diktum des BVerfG das gewerbliche Veranstalten von Sportwetten durch private Wettunternehmer bis zur Neuregelung „weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden“ darf (BVerfGE 115, 276 [319], Hervorhebung durch die Verf.); weitere Nachweise zur einschlägigen, den sofortigen Vollzug von behördlichen Untersagungsverfügungen bestätigenden Rechtsprechung bei *Backu*, GewArch 2007, 225 (226, Fn. 8). Siehe zur uneinheitlichen Judikatur überblickartig *ders.*, GewArch 2007, 225.

Irritationen über das Ausmaß und die inhaltliche Reichweite geben. Demzufolge fand die Entscheidung nicht nur einen vielstimmigen, sondern auch widersprüchlichen Widerhall im Schrifttum.³ Darüber hinaus bietet ebenso die jüngere Judikatur des EuGH⁴ Raum für eine unterschiedliche Bewertung des nationalstaatlichen Glücksspielmonopols.

Die Verwirrung betrifft nicht nur die Ordnungsbehörden, die keine klaren Vorgaben bekommen haben, inwieweit gegen das Anbieten von Sportwetten ohne die erforderliche Genehmigung vorgegangen werden darf, sondern auch die Strafverfolgungsbehörden. Das BVerfG hat in seinem Urteil die strafrechtliche Bewertung ausdrücklich den Strafgerichten zugewiesen. Lange Zeit haben die Strafgerichte die Entscheidung, ob das Anbieten privater Sportwetten strafbar ist, aber nicht treffen wollen. Wie im Wirtschaftsstrafrecht leider üblich, haben die Gerichte sich auf den zweifelhaften Standpunkt gestellt, daß ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliege oder sie haben das Verfahren eingestellt. Der BGH hat nun aber in einer jüngst ergangenen Entscheidung die Strafbarkeit nach § 284 StGB in den so genannten „Altfällen“ – also die Fälle aus der Zeit vor der BVerfG-Entscheidung – abgelehnt.⁵

Die Frage nach der Strafbarkeit wird nach dem Inkrafttreten der 16 Landesglücksspielgesetze, die auf der Grundlage des Glücksspielstaatsvertrages zum 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt wurden, anders beantwortet werden müssen. Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG führt zu einer Dominanz der Länder im Glücksspielbereich; da dem Bund keine Gesetzgebungskompetenz

³ Siehe *Bethge*, DVBl. 2007, 917; *Koenig/Ciszewski*, DÖV 2007, 313; *Lindner*, ZG 2007, 188; *Mertens*, DVBl. 2006, 1564; *Leupold/Walsh*, WRP 2006, 973; *Petropoulos*, wistra 2006, 332; *Pestalozza*, NJW 2006, 1711; *Janz*, NWVBl. 2006, 248; *Pischel*, GRUR 2006, 630 (631 ff.); *Bücker/Gabriel*, NVwZ 2006, 662 (664 f.); *Kment*, NVwZ 2006, 617 (618 ff.); *Horn*, JZ 2006, 789; *Fackler*, BB 2007, 313; *Scheidler/Büttner*, GewArch 2006, 401; *Faßbender*, VR 2006, 181 (183 ff.); *Vallone/Dubberke*, GewArch 2006, 240; *G. Schmid*, GewArch 2006, 177, mit unterschiedlicher Bewertung.

⁴ Rechtssache *Placanica et al.*, Urteil v. 6.3.2007 – C-338/04, C-359/04, C-360/04, NJW 2007, 1515; dazu z.B. *Backu*, GewArch 2007, 225; *Hamacher/Soldner*, SpuRt 2007, 89; *Ruttig*, WRP 2007, 621; *Reichert/Winkelmüller*, EuZW 2007, 214; mit Erwiderung *T. Stein*, EuZW 2007, 230; *T. Stein*, ZfWG 2007, 133; *Haltern*, NJW 2007, 1520. Rechtssache *Gambelli et al.*, Urteil v. 6.11.2003 – C-243/01, NJW 2004, 139; hierzu *Berberich*, Das Internet-Glücksspiel, 2004, S. 96 ff.; *Hecker*, DÖV 2005, 943 (946 f.); *Tettinger*, GewArch 2005, 49 (54); *Barbist/Klausegger*, EuZW 2005, 390; *Ohlmann*, WRP 2005, 48 (60 ff.); *Korte*, NVwZ 2004, 1449; *Hoeller/Bodemann*, NJW 2004, 122; *Fritzemeyer/Rinderle*, CR 2004, 367.

⁵ BGH NJW 2007, 3078.

zukommt, liegt es an den einzelnen Ländern, rechtsetzend tätig zu werden.⁶ Deshalb schließt sich ein Überblick über die durch die neuen Glücksspielgesetze der Länder ab dem 1. Januar 2008 begründete Rechtslage einschließlich eines kurssorischen Ausblicks an.

II. Die Sportwettenentscheidung des BVerfG

1. Tenor der Entscheidung und Vorgeschichte

Mit Urteil vom 28. März 2006 hat das BVerfG das deutsche nationalstaatliche Monopol für Sportwetten nur dann mit der Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG für vereinbar erklärt, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist. Die aktuelle Gesetzeslage und die konkrete Staatspraxis hingegen weisen diese Ausrichtung nicht in ausreichendem Maße auf und werden als verfassungswidrig tituliert. Weiter wird der Gesetzgeber verpflichtet, die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bis Ende 2007 neu zu regeln. Bis zu einer solchen Neuregelung darf das Landesstaatslotteriegesetz dann weiter angewandt werden. Der Gesetzgeber konnte also entweder die Regelungsdichte bezüglich der Suchtbekämpfung erhöhen oder aber Regelungen schaffen, nach denen privaten Wettanbietern der Marktzugang zu gewähren ist.

Die Entscheidung erging auf der Grundlage einer Verfassungsbeschwerde einer Münchener Wettbürobetreiberin, die seit langem als Buchmacherin gewerbsmäßig Wetten bei öffentlichen Leistungsprüfungen für Pferde abschließt und vermittelt.⁷ Der Beschwerdeführerin wurde 1997 die beantragte Erweiterung ihres Gewerbes auf die Vermittlung von Sportwetten an Wettunternehmen im EU-Ausland mit Hinweis auf das umfassende strafbewehrte Verbot öffentlichen Glücksspiels gemäß § 284 StGB versagt. Hiergegen gerichtete Klagen blieben letztlich ohne Erfolg.⁸

⁶ Mitunter wird entgegen der bisherigen legislatorischen Praxis eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes postuliert, welche auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft), 72 Abs. 1 und 2 GG beruhen soll; so etwa *Vallone/Dubberke*, *GewArch* 2006, 240 (241 f.); wohl auch *Degenhart*, *NVwZ* 2006, 1209 (1213 f.); jedenfalls für die Regelung einer gewerblichen Lotteriespielvermittlung *Pieroth/Görisch*, *NVwZ* 2005, 1225. Skeptisch etwa *Fackler*, *BB* 2007, 313 (315). Auch das BVerfG hatte deutliche Hinweise (BVerfGE 115, 276 [318 f.]) in diese Richtung gegeben (pointiert kritisch zu der Äußerung des BVerfG, *Pestalozza*, *NJW* 2006, 1711 [1713]). Indes macht der Bund hiervon auch keinen Gebrauch mit der Folge, dass selbst bei Bestehen einer entsprechenden Bundeskompetenz die Länder gesetzgebungsbefugt nach Art. 30, 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG sind, da der Bund in diesem Fall seine Gesetzgebungszuständigkeit nicht aktiviert hat. Ein entsprechender Vorstoß der FDP-Bundestagsfraktion v. 21.11.2006 mit dem Ziel einer Bundesregelung (BT-Drs. 16/3506) blieb – wenig überraschend – ein Erfolg versagt.

⁷ BVerfGE 115, 276 (281 f.).

⁸ *VG München SpuRt* 2001, 208; *BayVGH GewArch* 2001, 65; *BVerwGE* 114, 92.

Auch mit der dann erhobenen Verfassungsbeschwerde erreichte sie ihr Ziel nicht, obgleich das BVerfG den bestehenden Rechtszustand für verfassungswidrig hält. Das einschlägige bayerische Staatslotteriegesetz billige das Recht zur Veranstaltung von Wetten in Bayern ausschließlich dem Staat zu und lasse somit keine privaten Anbieter zu. Daher werde in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin eingegriffen. Der Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin sei aber wegen der gegenwärtigen Ausgestaltung des Wettmonopols in Bayern im Ergebnis nicht gerechtfertigt.

2. Das argumentative Gerüst

a) Eingriff in den Schutzbereich

Das Veranstalten und das Vermitteln von Sportwetten seien berufliche Tätigkeiten im Sinne dieser Norm und fielen damit in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.⁹ Dem stehe es überdies nicht entgegen, daß diese Tätigkeiten einfachgesetzlich gem. § 284 StGB verboten seien und das Anbieten von derartigen Wetten in Bayern allein dem Staat vorbehalten sei. Eine Begrenzung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG von vornherein auf nur erlaubte Tätigkeiten komme allenfalls hinsichtlich solcher in Betracht, die schon ihrem Wesen nach aufgrund ihrer innewohnenden Sozial- und Gemeinschaftswidrigkeit als verboten zu klassifizieren seien. Dies könne bei der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten nicht angenommen werden. Bekanntlich anerkenne die Rechtsordnung andernorts das Anbieten von Sportwetten als erlaubte Tätigkeit. So gestalte das Rennwett- und Lotteriegesetz des Bundes den Beruf des Buchmachers im einzelnen aus. Zusätzlich besäßen ehemalige DDR-Unternehmen aus Thüringen und Sachsen-Anhalt eine alte, 1990 erteilte DDR-Sportwettlizenz. Schließlich sei das Anbieten von Sportwetten als eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des europäischen Gemeinschaftsrechts anerkannt.¹⁰ Fernerhin seien das Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten nicht von vornherein allein der öffentlichen Hand zugänglich und nur ihr vorbehalten. Der Vergleich mit Pferdewetten zeige, daß das Wettgeschäft sehr wohl auch von privater Hand durchgeführt werden könne. Der am 1.7.2004 in Kraft getretene Lotteriestaatsvertrag (LottStV),¹¹ der die Länder verpflichte, die Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen staatlicherseits zu monopolisieren, führe zwar zu einem Ausschluß gewerblicher Sportwettenveranstaltung durch private Wettunternehmer. Dieses sei aber nur ein Mittel zur Erreichung der in § 1 LottStV definierten (Gemeinwohl-) Ziele, welches als Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zwingend rechtfertigungsbedürftig sei. Ausdruck eines hoheitlichen Charakters der betreffenden Tätigkeit sei es hingegen nicht.

⁹ BVerfGE 115, 276 (300 ff.); *Janz*, *NJW* 2003, 1684 (1698).

¹⁰ *EuGH NJW* 2004, 139 (Gambelli).

¹¹ Zu diesem *Ohlmann*, *WRP* 2005, 48 (54 ff.).

b) Rechtfertigung

Eingriffe in den einheitlichen Grundrechtskomplex der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, der also sowohl die Berufsausübung wie ebenso die Berufswahl umfasse,¹² seien nur aufgrund einer gesetzlichen Regelung erlaubt, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genüge.¹³ Dies sei der Fall, wenn die eingreifende Norm kompetenzgemäß erlassen wurde, durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werde und überdies dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspreche.¹⁴

aa) Gesetzgebungskompetenz der Länder

Das Land sei nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG gesetzgebungsbefugt.¹⁵ Das „Recht der Wirtschaft“ – eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – entfalte keine Sperrwirkung i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG, da der Bundesgesetzgeber mit seinem Rennwettengesetz keine abschließende Regelung getroffen habe.¹⁶

bb) Verfassungslegitimer Zweck

Insbesondere die Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht sei ein besonders wichtiges und das staatliche Wettmonopol legitimierendes Gemeinwohlziel, da Glücksspiele und Wetten zu krankhaftem Suchtverhalten führen könnten.¹⁷ Ohne daß abschließend zu klären sei, inwieweit angesichts dieses Befundes nach Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG sogar eine Pflicht des Staates zum Schutz der Gesundheit der Bürger bestehe, sei die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren jedenfalls ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für ihre Familien und für die Gemeinschaft führen könne. Ferner seien der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter und ein darüber hinaus gehender Verbraucherschutz, insbesondere vor der hier besonders nahe liegenden Gefahr irreführender Werbung, weitere legitime Ziele. Ebenfalls ein staatliches Anliegen sei in der Abwehr von Gefahren aus mit dem Wetten verbundener Folge- und Begleitkriminalität zu erblicken. Soweit hauptsächlich Sportwetten Suchtpotential hätten, gehe von ihnen zugleich die typische Gefahr aus, daß Süchtige ihre

Sucht durch kriminelle Handlungen ganz oder teilweise finanzierten.

Demgegenüber müßten fiskalische Interessen des Staates als solche zur Rechtfertigung der Errichtung eines Wettmonopols ausscheiden.¹⁸ Zwar werde ein nicht unerheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen für gemeinnützige oder öffentliche Zwecke abgezweigt. Eine Abschöpfung von Mitteln sei jedoch nur als Weg zur Suchtbekämpfung und als Konsequenz aus einem öffentlichen Monopolsystem gerechtfertigt, nicht dagegen als selbständiges Ziel.

cc) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Der Gesetzgeber habe bei dieser Zielsetzung die Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Wettmonopols hinreichend beachtet.¹⁹ Unter Zugrundelegung seines weiten Einschätzungs- und Prognosevorrangs lasse sich die Annahme des Gesetzgebers, daß die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols ein geeignetes Mittel sei, die mit dem Wetten verbundenen Gefahren zu bekämpfen, nicht beanstanden. An der Beurteilung sei ferner deswegen nicht zu deuteln, weil das Wettmonopol naturgemäß nur beschränkt durchsetzbar sei. Es werde immer illegale Glücksspiele geben, die nicht völlig unterbunden werden können. Auch daß Sportwetten heutzutage über das Internet ohne nationalstaatliche Kontrolle weltweit zu plazieren seien, mache eine im Grundsatz geeignete Organisation staatlicher Gemeinwohlverfolgung auf nationaler Ebene nicht ungeeignet.

Des weiteren sei das Gebot der Erforderlichkeit gewahrt. Insbesondere hinsichtlich der Suchtgefahren habe der Gesetzgeber angesichts seines weiten Beurteilungsspielraums darauf vertrauen dürfen, daß diese mit Hilfe eines auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichteten Wettmonopols mit staatlich verantwortetem Wettangebot effektiver als im Wege einer Kontrolle privater Wettunternehmen beherrscht werden könnten.²⁰

dd) Angemessenheit

Der Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin sei aber wegen der gegenwärtigen Ausgestaltung des Wettmonopols in Bayern im Ergebnis unangemessen und damit nicht gerechtfertigt.²¹ Den an entsprechender beruflicher Tätigkeit interessierten Bürgern sei der – zudem strafbewehrte – Ausschluß gewerblicher Wettangebote durch private Wettunternehmen allein dann zumutbar, wenn das bestehende Wettmonopol in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten diene. Hieran fehle es vorliegend.

Denn das staatlich verantwortete Sportwettenangebot Oddset sei nicht konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wertsucht ausgerich-

¹² BVerfGE 7, 377 (399 ff.); 86, 28 (40).

¹³ BVerfGE 115, 276 (303 f.).

¹⁴ Sog. Drei-Stufen-Theorie, BVerfGE 7, 377 (399 ff.); 95, 193 (214), die allerdings mit dieser Entscheidung zu einer einzelfallbezogenen und umfassend angelegten Verhältnismäßigkeitsprüfung verschoben wird; früher schon BVerfGE 102, 197.

¹⁵ BVerfGE 115, 276 (304).

¹⁶ S. dazu BVerwGE 114, 92 (98); BayVGW GewArch 2001, 65 (66); Korte, Das staatliche Glücksspielwesen, 2004, S. 207 f.; Janz, NJW 2003, 1696 (1699). Ferner Postel, WRP 2005, 833 (834 ff.).

¹⁷ BVerfGE 115, 276 (304 ff.).

¹⁸ BVerfGE 115, 276 (307).

¹⁹ BVerfGE 115, 276 (308 f.). A.A. Janz, NJW 2003, 1684 (1699 f.).

²⁰ Dazu BVerfGE 102, 197 (218 f.).

²¹ BVerfGE 115, 276 (309 ff.). Siehe auch Janz, NJW 2003, 1684 (1700).

tet. Das Staatslotteriegesetz enthalte keine entsprechenden materiellrechtlichen Regelungen und strukturellen Sicherungen, die dies hinreichend gewährleisten. Diese Unzulänglichkeiten stellten in diesem Zusammenhang nicht nur ein Defizit im Vollzug des einfachen Rechts dar. Vielmehr drücke sich darin ein entsprechendes Regelungsdefizit aus, was aus grundrechtlicher Sicht nicht hinzunehmen sei. Die Fixierung eines Monopols für sich allein könne jedenfalls eine Ausrichtung am Ziel der Bekämpfung der Wettsucht nicht hinreichend sicherstellen. Denn zunächst eröffne sich der Staat selbst eine Betätigungsmöglichkeit für ein gefahrenbehaftetes Verhalten. Ihm flössen dadurch erhebliche finanzielle Mittel zu. Eine gemeinwohlorientierte Ausrichtung müsse sich deswegen in der rechtlichen wie tatsächlichen Ausgestaltung des Wettmonopols positiv ausdrücken. Gerade aus suchtmmedizinischer Sicht werde eine aktive Prävention gefordert, insbesondere durch angebotsimmanente Aufklärung, Früherkennung problematischen Spielverhaltens und Förderung der Motivation zur Verhaltensänderung.

Diese rechtliche Ausgestaltung des Wettmonopols gewährleiste nicht hinreichend, daß das staatliche Wettangebot konsequent in den Dienst einer aktiven Suchtbekämpfung und der Begrenzung der Wettleidenschaft gestellt sei.²² Das tatsächliche Erscheinungsbild entspreche vielmehr dem der wirtschaftlich effektiven Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung, ohne daß eine Anlage auf die Begrenzung der Wettleidenschaft erkennbar sei; vielmehr würden außerdem evident fiskalische Zwecke verfolgt.

3. Folgen der Verfassungswidrigkeit

Die Unvereinbarkeit des in Bayern bestehenden staatlichen Wettmonopols mit Art. 12 Abs. 1 GG führe nicht gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der angegriffenen Rechtsgrundlage.²³ Denn der Gesetzgeber habe mehrere Möglichkeiten, den Verfassungsverstoß zu beseitigen. Dem sei hier dadurch Rechnung zu tragen, daß die Regelung für mit dem Grundgesetz unvereinbar, nicht aber für nichtig zu erklären ist. Der Gesetzgeber sei verfassungsrechtlich gehalten, den Bereich der Sportwetten unter Ausübung seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums neu zu regeln. Wolle der Gesetzgeber an einem staatlichen Wettmonopol festhalten, so müsse er dieses konsequent am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ausrichten. Dabei ergäben sich für die verfassungsgemäße Ausgestaltung eines Wettmonopols materiellrechtliche und organisatorische Anforderungen, die das BVerfG ungewöhnlich deutlich offenlegt. Hierzu seien vor allem inhaltliche Kriterien betreffend Art und Zuschnitt der Sportwetten sowie konkrete Vorgaben zur Beschränkung ihrer Vermarktung zu zählen. Die Werbung – wenn man sie noch als eine solche bezeichnen mag – sei strikt auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zu einem legalen Wetten zu beschränken. Suchtbekämpfende Maßnahmen wie Selbstsperrungen u.ä. seien zu ergreifen. Spieler- und Jugendschutz

²² BVerfGE 115, 276 (312 ff.).

²³ BVerfGE 115, 276 (317); siehe auch BGH NJW 2007, 3078 (3080 f.).

müßten gewährleistet werden. Insbesondere eine Verknüpfung von Wettmöglichkeiten mit Fernsehübertragungen von Sportereignissen würde dem Ziel der Suchtbekämpfung zuwiderlaufen und die mit dem Wetten verbundenen Risiken verstärken. Durch zu schaffende geeignete Kontrollinstanzen sei die Umsetzung dieser Vorgaben sicherzustellen.

Für die Neuregelung sei eine Frist bis zum 31. Dezember 2007 angemessen.²⁴ Während der Übergangszeit bleibe die bisherige Rechtslage mit der Maßgabe bestehen, daß unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits herzustellen sei. Die Länder müßten unverzüglich damit beginnen, das bestehende staatliche Sportwettenmonopol konsequent anhand dieser Maßgaben am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht auszurichten. Das gewerbliche Veranstalten und Vermitteln von Wetten durch private Wettunternehmen sei weiterhin verboten und könne ordnungsrechtlich unterbunden werden.

4. Verfassungsgerichtliche Janusköpfigkeit

Das Urteil zeigt sich daher janusköpfig: Einerseits qualifiziert es den Zustand auf dem Sportwettenmarkt de lege lata als verfassungswidrig. Andererseits schlußfolgert der erkennende Senat hieraus nicht, daß ein Anspruch privater Sportwettenanbieter auf Zulassung entstände. Vielmehr wird das Quasi-Monopol der öffentlichen Hand im Grundsatz aufrechterhalten. Bis zum festgesetzten Stichtag bleibt die Rechtslage bestehen: Veranstaltung und Vermittlung von Wetten durch private Wettunternehmen sind verboten.²⁵

Diese Beurteilung der Rechtslage durch das BVerfG ist grundsätzlicher Art und kann daher nicht auf das Gebiet Bayerns beschränkt werden. Vielmehr hat eine entsprechende Bedeutung für alle anderen Bundesländer, obgleich es einer ausdrücklichen Entscheidung des BVerfG zur Unvereinbarkeit der jeweiligen landesgesetzlichen Regelung mit der Bundesverfassung ermangelt.²⁶

5. Das nachfolgende landesrechtliche Agieren

Im Nachgang zum bundesverfassungsgerichtlichen Urteil haben dann alle Bundesländer begonnen, die Ausgestaltung ihres (Landes-) Wettmonopols²⁷ den Anforderungen des

²⁴ BVerfGE 115, 276 (319).

²⁵ Mit Ausnahme der Unternehmen mit fortgeltenden DDR-Genehmigungen.

²⁶ So ausdrücklich BGH NJW 2007, 3078 (3080). Ferner BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2007, 1521 (1523); ThürOVG ThürVBl. 2007, 83 (85); OVG NW NVwZ 2006, 1078 LS 1.

²⁷ Angesichts verschiedener gültiger DDR-Wettlizenzen sowie des unbegrenzten Internet-Sportwettenmarktes mit ausländischen Anbietern und Vermittlern kann von einem Wettmonopol des Länder eigentlich keine Rede sein; selbst ein Oligopol liegt nicht vor, zumal auch in rechtstatsächlicher Hinsicht die staatlichen Oddset-Anbieter keine dominierende

Grundgesetzes (und europarechtlichen Anforderungen) anzupassen.²⁸

Inwieweit das angemahnte Agieren der zuständigen Stellen ausreichend war, um das Monopol verfassungskonform zu umhegen, ist (naturgemäß) heftig umstritten und soll vorliegend weder weiter verfolgt noch gar entschieden werden, zumal die einzelnen vorgeschriebenen Maßnahmen und Kontrollen in jedem Bundesland in quantitativer wie qualitativer Hinsicht erheblich divergierten; von einem einheitlichen Vorgehen aller Länder kann insoweit jedenfalls keine die Rede sein.²⁹

Obwohl das Zeitfenster für die Länder, innerhalb dessen sie eigenständige, die Vorgaben des BVerfG umsetzende Regelungen zu treffen haben, von vornherein bis zum 1. Januar 2008 begrenzt war, haben die Länder zum Teil erhebliche kreative Anstrengungen entfaltet, um „ihr“ Wettmonopol zu sichern, sei es auch nur für den knappen Zeitraum von 21 Monaten. Dieses hektische Handeln offenbarte einmal mehr, wie stark die fiskalischen Interessen der Länder im Vordergrund stehen.

III. Strafbarkeit nach § 284 StGB trotz Unvereinbarkeit der Sportwettengesetze mit dem Grundgesetz

Im auffälligen Gegensatz zu den ungewöhnlich detaillierten Vorgaben des BVerfG an den Gesetzgeber für eine Neurege-

Stellung am nationalen Sportwettenmarkt besitzen (und diesen auch nie besessen haben!).

²⁸ Siehe dazu etwa die Ausführungen bei VG Braunschweig GewArch 2007, 422 (423) und OVG Lüneburg GewArch 2007, 339 (340) für Niedersachsen (mit divergierenden Resultaten!); VG Stuttgart GewArch 2007, 382 (383 f.), VG Stuttgart GewArch 2006, 424 und VGH Baden-Württemberg VBIBW 2006, 424 (425) für Baden-Württemberg; BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2007, 1521 (1523), OVG NW NVwZ 2006, 1078 (1079 f.) für Nordrhein-Westfalen; ThürOVG ThürVBl. 2007, 83 (85 f.) für Thüringen; BayVGH GewArch 2006, 421, *Scheidler/Büttner*, GewArch 2006, 401 (406), *G. Schmid*, GewArch 2006, 177 (178 f.) für Bayern.

²⁹ Praktikable (und dazu praktizierte) Maßnahmen, die den schutzwürdigen öffentlichen Interessen zum Durchbruch verhelfen können und sollen, sind generelle Einschränkung von Werbung und Vertrieb, und keine Erweiterung des Wettangebotes; keine Live-Wetten im Oddset-System der Lotto-gesellschaften; keine Halbzeitwetten o.ä.; keine Internetwetten; keine SMS-Wetten; keine Wettmöglichkeiten vor Ort; keine TV- und Telefon-Werbung; rein informative Hörfunkwerbung; jegliche Werbung ohne Aufforderungscharakter; umfassendere Begrenzung des Spieleinsatzes; sichere Altersverifikation zum Zweck des Minderjährigenschutzes; keine Gewinnspiele; keine Banden- und Trikotwerbung; keine Plakate; Absenkung des Wettlimits; Maßnahmen der Suchtprävention (aktive Aufklärung der Wettsuchtgefahren, Sozialkonzept für Suchtgefährdete, Spieler-Selbstsperrungen, Beschränkungen zur Verhinderung von Mehrfachspielen, Spielscheinaufdrucke, Flyer etc.) sowie Schulungen der Mitarbeiter der Annahmestellen.

lung steht die Zurückhaltung des Gerichts, sich dazu zu äußern, ob das Anbieten von Sportwetten ohne behördliche Erlaubnis trotz der Unvereinbarkeit des Wettmonopols mit dem Grundgesetz vor der Entscheidung und während der Weitergeltung des Landesgesetzes strafbar war. Die Antwort auf diese Frage obliege den Strafgerichten. Lange Zeit haben aber auch diese keine Entscheidung getroffen.

1. Verbotsirrtum

Zum Teil haben die Gerichte eine Auseinandersetzung mit der Strafbarkeit wegen des Anbietens von Sportwetten nach dem BVerfG-Urteil vermieden, indem sie einen unvermeidbaren Verbotsirrtum angenommen haben. Mit der Begründung, daß das Risiko der extrem unklaren Rechtslage, wie sie von den Behörden und Gerichten geschaffen wurde, nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden dürfe, hat z.B. das OLG Stuttgart³⁰ einen Verbotsirrtum bejaht. Der Irrtum sei auch unvermeidbar, wenn der private Anbieter von Sportwetten von der Behörde und einem Rechtsanwalt die Auskunft erhalten habe, daß sein Verhalten straflos sei. Das soll sogar gelten, wenn die Ordnungsbehörden bzw. die Verwaltungsgerichte des betreffenden Bundeslandes das Verbot des § 284 StGB für einschlägig hielten. Das seien lediglich ordnungsrechtliche, nicht aber strafrechtliche Entscheidungen.

Das OLG Stuttgart hat damit die oftmals beklagte – gerade im Wirtschaftsstrafrecht anzutreffende – Tradition³¹ fortgesetzt, zur Lösung eines Einzelfalls vorschnell auf die subjektiven Anforderungen zu rekurrieren, ohne die Zweifelsfragen zu klären, die sich im objektiven Tatbestand ergeben. Statt die Anwendbarkeit eines Tatbestandes auf konkrete Fallgestaltungen generell zu untersuchen und eine Aussage darüber zu treffen, was bei Strafe verboten ist, wird mit Vorsatzrestriktionen oder eben der Annahme eines Verbotsirrtums der Einzelfall gelöst.³² Dem Anliegen des Rechtsanwenders, Rechtssicherheit zu erlangen, wird so nicht Rechnung getragen.

Aber auch inhaltlich ist diese Entscheidung zweifelhaft. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hat der Auskunft erteilende Rechtsanwalt den Angeklagten durchaus auf die unsichere Rechtslage hingewiesen und ihn über die – divergierende – neue Rechtsprechung informiert. Daß der Angeklagte darauf vertraute, sein Verhalten werde als nicht strafbar bewertet, ist damit wenig überzeugend, zumal an die

³⁰ OLG Stuttgart NJW 2006, 2422.

³¹ Zur so genannten Vorsatzlösung bei Risikogeschäften *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (163); zur Einschränkung der Untreuestrafbarkeit bei gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungen *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (356); zur Einschränkung des Untreuetatbestandes im subjektiven Tatbestand im Fall „Kanter“ (BGH wistra 2007, 136) kritisch *Saliger*, NJW 2007, 545 (551); siehe dazu aber auch die Stellungnahme von *Fischer* in *Beckemper*, ZStW 2007, 959 (984).

³² *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (163); *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (356).

Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei gewerblichen Anbietern hohe Anforderungen zu stellen sind.³³

Inwieweit eine ungeklärte Rechtslage die Folge hat, daß der Normadressat sein möglicherweise verbotenes Verhalten unterlassen muß, ist umstritten. Zum Teil wird die Unvermeidbarkeit des Irrtums damit begründet, daß das von der Justiz zu vertretene Normenchaos nicht zu Lasten des Täters gehen dürfe. Es sei deshalb von dem Täter nicht zu verlangen, sein Verhalten an Normen auszurichten, deren Inhalt nicht klar ist.³⁴ Letztlich wird so gar nicht die Frage nach der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums beantwortet, sondern nach der Anwendung von Strafgesetzen bei unklarer Rechtslage und danach, wer das Risiko der Rechtsunsicherheit zu tragen hat. Weiß der Täter nämlich, daß sein Verhalten eventuell strafbar ist, irrt er nicht über die Verbotenheit seines Verhaltens, sondern er kann es nicht abschließend beurteilen. Deshalb liegt schon kein Verbotsirrtum vor. Der Weg über die Annahme der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums ist im Ergebnis damit eine bei der Schuld angesiedelte Abwägung, ob es dem Täter zuzumuten ist, die Klärung der Rechtsfrage durch die Gerichte abzuwarten.³⁵

Den Anbietern privater Sportwetten war es zuzumuten, ihre Geschäftstätigkeit einzustellen. Ihnen wird damit zwar aufgebürdet, ihr Gewerbe nicht mehr auszuüben, weshalb an die Zumutbarkeit hohe Anforderungen zu stellen sind, so daß die Zumutbarkeit zu verneinen wäre, wenn es sich um ein Gewerbe handelt, das zulässig war und eventuell nach Klärung der Rechtsfrage auch wieder zulässig ist. In einem solchen Fall ist es dem Täter kaum zuzumuten, sein Gewerbe zwischenzeitlich aufzugeben. Diese Situation liegt hier jedoch nicht vor. Die Ordnungsbehörden sind schon in der Vergangenheit gegen private Anbieter von Sportwetten vorgegangen, und das BVerfG hat in seinem Urteil auch nicht angedeutet, daß das Anbieten privater Sportwetten ohne Genehmigung in der Zukunft erlaubt sein soll. Es stand also schon vor dem neuen Glücksspielstaatsvertrag zu erwarten, daß der Gesetzgeber eine den Maßgaben des BVerfG entsprechende Regelung erlassen und es weiterhin einer behördlichen Genehmigung bedürfen würde. Unter diesen Umständen war es den Anbietern privater Sportwetten damit zumutbar, das Gewerbe nicht auszuüben.

Im Ergebnis liegt damit weder ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor noch entfiel die Strafbarkeit aufgrund der unklaren Rechtslage aus Gründen der Unzumutbarkeit.

2. Einstellung aus Opportunitätsgründen

Einen anderen Weg ist das Landgericht Frankfurt a.M.³⁶ gegangen, das offensichtlich zwar grundsätzlich die Strafbarkeit wegen des Anbietens von Sportwetten ohne behördliche Genehmigung auch nach der Entscheidung des BVerfG für möglich hielt, aber wegen der Rechtsunsicherheiten auf eine Verwarnung mit Strafvorbehalt erkannt hat. Dieses Urteil hat der BGH³⁷ aufgehoben, allerdings ebenfalls ohne die Chance zu nutzen, die offene Rechtsfrage zu klären. Der Senat hat vielmehr das Verfahren mit einem Hinweis auf die unklare Rechtslage und der deshalb üblichen Einstellungspraxis in Hessen nach § 153 Abs. 2 StPO eingestellt. Auch diese Vorgehensweise ist – vor allem – im Wirtschaftsstrafrecht nicht ungewöhnlich. Die Einstellung nach §§ 153 ff. StPO wird längst nicht mehr nur auf die Fälle beschränkt, in denen der Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt ist, sondern auch bei unklaren Gesetzeslagen. So hat sich das LG Bonn³⁸ in dem „Kohl“-Fall ganz offen auf die seit einigen Jahren vorherrschende Rechtspraxis berufen, auch den Einstellungsgrund der Ungewissheit über das Ergebnis, weil Rechtsfragen ungeklärt sind, heranzuziehen. Diese – in der Literatur als Kapitulation der Gerichte³⁹, Verlust an Rechtskultur⁴⁰ oder gar Rechtsverweigerung⁴¹ – beklagte Rechtspraxis bemüht nun offenbar auch der BGH.

Es ist schon fraglich, ob dies mit geltendem Recht vereinbar ist. Der Beschuldigte hat nach allgemeiner Auffassung keinen Anspruch darauf, dass der Sachverhalt bis zu seiner völligen Entlastung ermittelt wird.⁴² Die Anwendung des § 153 StPO bringt dem Beschuldigten keinen Nachteil, so dass die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren einstellen können, wenn die Voraussetzungen des § 153 StPO geklärt sind, die des § 170 Abs. 2 StPO jedoch nicht. Die Einstellung erlaubt es den Gerichten damit, schwierige Sachverhaltsermittlungen zu unterlassen. Inwieweit der Sachverhalt nicht aufgeklärt war, hat der BGH in seinem Einstellungsbeschluss nicht dargelegt, sondern lediglich auf die unklare Rechtslage hingewiesen. Es lagen also offenbar keine Unsicherheiten über das Geschehen vor, sondern über die rechtliche Bewertung. Eine Einstellung aus diesem Grunde sehen die §§ 153 StPO aber nicht vor. Rechtsfragen müssen durch die Gerichte geklärt werden; etwas anderes bezwecken auch die Einstellungsmöglichkeiten nicht.⁴³ Die Durchbrechung des Legali-

³³ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2007, § 17 Rn. 9 m.w.N.

³⁴ OLG Stuttgart NJW 2006, 2422.

³⁵ Joecks, in: ders./Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 17 Rn. 21; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 17 Rn. 72; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 17 Rn. 21.

³⁶ Zitiert in LG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2007, 201 (203).

³⁷ BGH wistra 2007, 111.

³⁸ NStZ 2001, 375; krit. dazu Beulke/Fahl, NStZ 2001, 426 (428); Hamm, NJW 2001, 1694.

³⁹ Hamm, NJW 2001, 1694.

⁴⁰ Roxin, in Beckemper, ZStW 2007, 959 (986).

⁴¹ Roxin, in Beckemper, ZStW 2007, 959 (986).

⁴² Beulke, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 2001, § 153 Rn. 36; Schoreit, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl. 2003, § 153 Rn. 7.

⁴³ Beulke/Fahl, NStZ 2001, 426 (428); Hamm, NJW 2001, 1694.

tätsprinzips soll den Strafverfolgungsbehörden langwierige Beweisaufnahmen ersparen. Die Lösung materiell-rechtlicher Zweifelsfragen obliegt ihnen aber weiterhin.

Ebenso wie der Grundsatz in dubio pro reo nur anwendbar ist, wenn Zweifel über Tatfragen bestehen, nicht aber, wenn die Rechtslage nicht klar ist, ist auch der Anwendungsbereich der §§ 153 ff. StPO auf unklare Sachverhalte beschränkt. Die Strafbarkeit auf der Grundlage eines ermittelten Sachverhaltes müssen die Gerichte bewerten und dürfen sich dieser Verantwortung nicht entziehen, indem sie von der Einstellungsmöglichkeit Gebrauch machen. Das gilt in erster Linie für die Einstellung nach § 153a StPO, aber auch bei der sanktionslosen Einstellung nach § 153 StPO.⁴⁴ Eine Verweigerung der notwendigen Aufklärungsarbeit ist nicht nur beklagenswert, sondern widerspricht auch dem Rechtsstaatsprinzip.⁴⁵

c) *Straflosigkeit in den sog. „Altfällen“*

Diese Aufklärungsarbeit hat nun der 4. Strafsenat mit seinem Urteil vom 16.8.2007⁴⁶ geleistet, obwohl die Beantwortung der Frage, ob das Anbieten privater Sportwetten ohne Genehmigung auch nach der Entscheidung des BVerfG strafbar ist, in dem konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war, weil auch der BGH einen unvermeidbaren Verbotsirrtum bejaht hat.

Der Senat lehnt eine Strafbarkeit nach § 284 StGB zumindest in den „Altfällen“, also den Fällen vor der Entscheidung des BVerfG, ab. § 284 StGB sei zwar an sich verfassungsrechtlich unbedenklich.⁴⁷ Nach Auffassung des Senats folgt die Straflosigkeit aber aus der verwaltungsakzessorischen Natur des Tatbestandes. Die fehlende Erlaubnis beruhe auf einer Rechtslage, welche die Betreiber von Glücksspielen in verfassungswidriger Weise verletze. Der Staat habe unter Androhung von Kriminalstrafe etwas verboten, das er selbst betrieb, ohne sicherzustellen, dass er die Ziele des Verbots einhalte.

Auch in der Literatur wird die Strafbarkeit in den Altfällen zum Teil abgelehnt.⁴⁸ Das folge unmittelbar aus der verwaltungsakzessorischen Natur des § 284 StGB. Das Merkmal „ohne behördliche Erlaubnis“ sei ein negatives Tatbestandsmerkmal, so dass die verwaltungsrechtliche Grundlage unmittelbar Eingang in das Gesetz gefunden habe. Sei die einschlägige verwaltungsrechtliche Grundlage für verfassungswidrig erklärt worden, so könne dies bei der strafrechtlichen Bewertung nicht außer Betracht bleiben.⁴⁹

Sowohl der BGH als auch die Literatur begründen die Straflosigkeit also mit der Verwaltungsakzessorietät des Tat-

bestandes. Zuzustimmen wäre der Ansicht der Straflosigkeit des Anbietens privater Sportwetten ohne Genehmigung, wenn § 284 StGB wegen seiner Verwaltungsakzessorietät ein Blankettatbestand wäre, der eine Verweisung auf ein anderes Gesetz enthält. Da sich der Tatbestand erst durch das Zusammenlesen von Tatbestand und Ausfüllungsnorm ergibt, sind an die in Bezug genommenen Gesetze die gleichen Anforderungen zu stellen wie an den Straftatbestand.⁵⁰ Die Verfassungswidrigkeit der Ausfüllungsnorm würde somit auch zur Verfassungswidrigkeit des Tatbestandes führen.

§ 284 StGB ist aber kein Blankettatbestand, weil sich sein Norminhalt allein aus dem Tatbestand ergibt.⁵¹ Das Merkmal „ohne behördliche Genehmigung“ führt zur Verwaltungsakzessorietät, was gerade bedeutet, daß kein Blankettgesetz vorliegt.⁵² Zum Teil wird allerdings auch bei der Abhängigkeit der Strafbarkeit von einer Genehmigung die Natur des Tatbestandes als Blankettatbestand gefolgert, weil die Genehmigungsfähigkeit in einem anderen Gesetz enthalten sei, auf das folglich verwiesen werde.⁵³ Diese Charakterisierung ist aber unzutreffend. Das Gesetz, aufgrund dessen die Genehmigung ergeht, wird nicht Teil des Tatbestandes, sondern lediglich die nicht erteilte Genehmigung. Deshalb läßt es die Strafbarkeit auch unberührt, wenn das Verhalten des Täters nach dem Gesetz genehmigungsfähig ist, wenn die Behörde – gegen die Vorgaben des Gesetzes – tatsächlich keine Genehmigung erteilt hat.⁵⁴ Das Merkmal der behördlichen Genehmigung stellt zwar einen Bezug zu den jeweiligen Gesetzen der Länder her; § 284 StGB enthält aber eine in sich geschlossene Tatbestandsbeschreibung, welche das Unrecht vollständig umfaßt. Das Genehmigungserfordernis ist damit negatives Tatbestandsmerkmal.⁵⁵

Damit haben die landesgesetzlichen Regelungen nicht unmittelbar Eingang in die Strafnorm gefunden. Die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels ist vielmehr ein vollständiger Tatbestand, der lediglich eine der Voraussetzungen an das Verwaltungshandeln anknüpft. Grundsätzlich ist die Abhängigkeit einer strafrechtlichen Sanktion – auch unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitserfordernisses – nicht zu beanstanden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung im Gesetz oder in der Verordnung hinreichend festgelegt sind.⁵⁶ Daraus scheint der BGH zu folgern, daß die strafrechtliche Sanktion aber dann keine Gültigkeit mehr hat, wenn das Gesetz mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Dem ist aber zu widersprechen. Das BVerfG hat die Weitergeltung des Ge-

⁴⁴ Hamm, NJW 2001, 1694.

⁴⁵ Beulke/Fahl, NStZ 2001, 426 (428).

⁴⁶ BGH NJW 2007, 3078.

⁴⁷ BGH NJW 2007, 3078 (3080 f.), mit wenig tragfähigem Hinweis auf BVerfGE 115, 276 (Rn. 116 ff. [= S. 309 ff.]); das BVerfG hat sich mit der Verfassungskonformität des § 284 StGB nicht befasst, sondern diese nur, aber immerhin, unausgesprochen seiner Entscheidung zugrunde gelegt.

⁴⁸ Widmaier, Rechtsgutachten, www.vewu.com, S. 14.

⁴⁹ Widmaier, Rechtsgutachten, www.vewu.com, S. 9.

⁵⁰ BVerfG NJW 1992, 107; Hassemer/Kargl, in: Nomos Kommentar (Fn. 35), § 1 Rn. 22; Hohmann, ZIS 2007, 38 (43 ff.); Fischer (Fn. 33), § 1 Rn. 5.

⁵¹ Mosbacher, NJW 2006, 3529 (3532).

⁵² Breuer, NJW 1988, 2078.

⁵³ BVerfGE 75, 329; Rogall, NStZ 1992, 561 (564).

⁵⁴ Dölling, JZ 1985, 468; Laufhütte/Möhrenschlager, ZStW 92 (1990), 920; Rogall, NStZ 1992, 561 (565); Schünemann, wistra 1986, 235 (241).

⁵⁵ Heine, wistra 2003, 443; Horn, NJW 2004, 2048; Fischer (Fn. 33), § 284 Rn. 15; Wohlers, in: Nomos Kommentar (Fn. 35), § 284 Rn. 49.

⁵⁶ BVerfGE 75, 329 (343); 78, 374 (387).

setzes angeordnet; die Grundlage für die Genehmigung also gerade nicht entzogen. Auch sollte an dem Genehmigungserfordernis festgehalten werden. Aus der Unvereinbarkeit der landesrechtlichen Regelungen folgt also nicht, daß die Strafbarkeit aus § 284 StGB entfällt. Die Behauptung des BGH, das Urteil des BVerfG führe zur Straflosigkeit in den Altfällen bleibt damit unbewiesen.

Der BGH setzt sich mit seinem Urteil auch in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung im Steuerstrafrecht. § 370 AO wird von der h.M. sogar als Blankettatbestand qualifiziert⁵⁷, dennoch bejaht die Rechtsprechung die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung, wenn der Täter Steuern hinterzieht, die vom BVerfG für verfassungswidrig oder mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt wurden.⁵⁸ Der Strafbarkeit stehe es nicht entgegen, wenn das BVerfG ein Steuergesetz für mit der Verfassung unvereinbar erkläre, weil die in Frage stehende Steuervorschriften weiterhin geeignet seien, den Tatbestand der Steuerhinterziehung auszufüllen, gegen den deshalb auch weiterhin verstoßen werden könne. Selbst wenn das BVerfG den Weitergeltungsanspruch einer Steuernorm nicht ausdrücklich auf das Strafrecht ausdehne, bleibe nicht nur das Steuergesetz, sondern auch die Strafnorm weiterhin anwendbar.

Leider versäumt der BGH in dem vorliegenden Urteil zu erklären, weshalb dies für § 284 StGB nicht gelten sollte. Im Steuerstrafrecht wird die Strafbarkeit auch damit begründet, daß es zu einer Steuerungerechtigkeit führe, wenn die Nichtangabe erzielter Einkünfte strafrechtlich nicht sanktioniert wird, obwohl das BVerfG die Weitergeltung des Steuergesetzes angeordnet hat. Gleiches kann aber auch hier eingewandt werden: Es gibt durchaus private Anbieter für Sportwetten mit behördlicher Genehmigung, sei es aus einem EU-Mitgliedstaat oder mit weiter geltender DDR-Genehmigung.⁵⁹ Es ist wenig einsichtig, weshalb Anbieter ohne Genehmigung diesen gleich gestellt werden sollten, obwohl vor dem Urteil des BVerfG an der Verfassungsmäßigkeit der Landesglücksspielgesetze kaum Zweifel bestanden.

Der BGH weicht aber nicht nur von seiner eigenen Rechtsprechung im Steuerstrafrecht ab, sondern auch von einem vorangegangenen Urteil des BVerfG. Deshalb verfängt der Verweis auf die Äußerung des BVerfG nicht, nach dem es den Strafgerichten obliege, über die Strafbarkeit zu entscheiden. Es ist zwar richtig, daß das BVerfG in dem Sportwettenurteil die strafrechtliche Beurteilung ausdrücklich den Strafgerichten überantwortet hat. Aber es hat seine Ansicht über die Anwendbarkeit des § 284 StGB selbst bei verfassungswidrigen Landesgesetzen durchaus geäußert. Im Jahr 2000 erklärte das BVerfG das baden-württembergische Spielbankengesetz für mit der Verfassung unvereinbar und nichtig⁶⁰. Es forderte den Landesverfassungsgesetzgeber auf, eine verfassungsgemäße Neuregelung zu erlassen. Im Wege einer Anordnung nach § 35 BVerfGG traf das Gericht eine Übergangsregelung und erhielt so die Genehmigungen für die klagenden Spielbankenbetreiber aufrecht. Dabei weist das Gericht aber ausdrücklich darauf hin, daß diese Übergangsregelung nur bis zum Verstreichen der dem Gesetzgeber gesetzten Frist gelte. Selbst wenn der Gesetzgeber es bis dahin nicht schaffe, eine verfassungsgemäße Regelung zu erlassen, sei das Verhalten wegen des Auslaufens der Genehmigung strafbar. Das BVerfG hat also angeordnet, daß das Betreiben einer Spielbank ohne Genehmigung auch dann strafbar ist, wenn es keine gesetzliche Grundlage gibt, auf der die Genehmigung erteilt werden könnte. Eine Begründung dafür, weshalb der gleiche Straftatbestand zwar auf das ungenehmigte Betreiben einer Spielbank, nicht jedoch auf das Anbieten privater Sportwetten ohne Erlaubnis anwendbar ist, bleibt der BGH leider schuldig.

Das Anbieten privater Sportwetten war deshalb in den Altfällen, also vor der Entscheidung des BVerfG, trotz der später festgestellten Unvereinbarkeit der Landesgesetze mit dem Grundgesetz, strafbar.

Auch in der Übergangszeit, also in dem Zeitraum bis zum 31. Dezember 2007 ist deshalb eine Strafbarkeit nach § 284 StGB gegeben. Zwar haben die Länder – wie oben gezeigt – z.T. stark voneinander abweichende Maßnahmen ergriffen, um in der Übergangszeit den Maßgaben des BVerfG gerecht zu werden und damit ihr Wettmonopol zu sichern und es kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob diese Aktivitäten ausreichend sind, um die Unvereinbarkeit der Landesgesetze mit dem Grundgesetz zu beseitigen. Darauf kommt es aber gar nicht an, weil das Anbieten von Sportwetten auch bei verfassungswidrigen Glücksspielgesetzen strafbar wäre.

Auch in der Übergangszeit, also in dem Zeitraum bis zum 31. Dezember 2007 ist deshalb eine Strafbarkeit nach § 284 StGB gegeben. Zwar haben die Länder – wie oben gezeigt – z.T. stark voneinander abweichende Maßnahmen ergriffen, um in der Übergangszeit den Maßgaben des BVerfG gerecht zu werden und damit ihr Wettmonopol zu sichern und es kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob diese Aktivitäten ausreichend sind, um die Unvereinbarkeit der Landesgesetze mit dem Grundgesetz zu beseitigen. Darauf kommt es aber gar nicht an, weil das Anbieten von Sportwetten auch bei verfassungswidrigen Glücksspielgesetzen strafbar wäre.

IV. Ausblick: Der neue Glücksspielstaatsvertrag und die Ratifikation durch die Länder

1. Das Zustandekommen

Im Oktober 2006 einigten sich die Ministerpräsidenten der Länder auf die wesentlichen Eckpunkte eines neuen Glücksspielstaatsvertrages der Länder.⁶¹ Bereits im Juni 2006 hatte die Ministerpräsidentenkonferenz einstimmig eine Fortschreibung des staatlichen Wettmonopols für vier Jahre, beginnend ab dem Jahr 2008, beschlossen.

Der Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV) wurde – vor allem wegen des Widerstands Schleswig-Holsteins⁶² – am 13.12.2006 durch die

⁵⁷ BVerfG NJW 1992, 35; BGH wistra 1987, 139 (142); Brandenstein, NJW 2000, 2326 (2327); Franzheim, NStZ 1982, 137; Resing, DSfR 1999, 922 (923); Schäfer, wistra 1983, 167; Schleifer, wistra 1986, 250; dagegen Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Großkommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, AO FGO Zollkodex, Stand: Dezember 2007, § 370 Rn. 47.

⁵⁸ BGH NJW 2002, 762; OLG Frankfurt a.M. NJW 2000, 2368; OLG Hamburg NStZ 2001, 147; LG München II NJW 2000, 372.

⁵⁹ Beckemper, NStZ 2004, 39.

⁶⁰ BVerfGE 102, 197.

⁶¹ Faz v. 21.10.2006, S. 12; Der Tagesspiegel v. 21.10.2006, S. 4. Zuvor Faz v. 5.9.2006, S. 1 f.; Der Tagesspiegel v. 3.9.2006, S. 26; Faz v. 23.6.2006, S. 15.

⁶² Schleswig-Holstein hegte insbesondere europa- und wettbewerbsrechtliche Bedenken. Das Land legte sogar einen Gegenentwurf zum Glücksspielstaatsvertrag vor, demzufolge

Ministerpräsidenten der Länder wider Erwarten nicht unterzeichnet,⁶³ obwohl sie sich schon im Oktober auf erste Eckpunkte des neuen Vertrages geeinigt hatten.⁶⁴ Er sollte die Vorgaben des BVerfG umsetzen und „ein den Anforderungen des Europa- und Verfassungsrechts entsprechendes Glücksspielrecht in Deutschland“ schaffen. Die einzelnen Landesparlamente ratifizierten hiernach – in dem üblichen Procedere – den GlüStV in Deutschland und transformierten die Regelungen damit in geltendes Landesrecht, was zu einer Anpassung des durchaus verschiedenartigen Landesrechts führte. Dies erfolgte in Nordrhein-Westfalen etwa durch das „Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland“, welches als Artikelgesetz in Art. 1 die Bekanntmachung und das Inkrafttreten des GlüStV sowie in Art. 2 ein Ausführungsgesetz zum GlüStV enthält, welches in weiten Teilen die Normen des GlüStV wiederholt und außerdem spezielle nordrhein-westfälische Regelungen konstituiert.⁶⁵

Pünktlich zum 1. Januar 2008⁶⁶ konnte der GlüStV damit bundesweit in Kraft treten. Wie nicht anders zu erwarten war, wurde von allen Landesparlamenten dieser Staatsvertrag im wesentlichen 1:1 ratifiziert. Soweit ersichtlich wurden in den jeweiligen Ausführungsgesetzen nur redaktionelle Versehen im Vertrag selbst durch die Landesgesetzgeber korrigiert.⁶⁷

Der knappe Zeitraum zwischen der Unterzeichnung und dem gleichermaßen (vom BVerfG) vorgegebenen wie avisierten Inkrafttreten hatten zur Folge, daß einige Länder erst ganz am Ende des Jahres 2007 Landesgesetze zum Glücksspielwesen in Deutschland erließen.

2. Überblick über die Regelungen des GlüStV

Die Kernregelung des Staatsvertrages besteht darin, daß auch in Zukunft nur die Länder Lotterien, Wetten, Spielbanken

der Markt für Sportwetten und Glücksspiele durch ein staatlichen Konzessionsmodell für private Anbieter geöffnet werden sollte; dazu *Wirtschaftswoche* 6/2007, S. 13; *Faz* v. 26.1.2007, S. 4 („Nervöses Kartell“); *Faz* v. 14.12.2006, S. 11; *Faz* v. 13.12.2006, S. 13. Durchzusetzen vermochte sich der Vorschlag aber nicht.

⁶³ Text unter www.zfwg.de/fileadmin/pdf/Entwurf%20Staatsvertrag.pdf. Hierzu etwa *Fremuth*, *EuZW* 2007, 565; *Backu*, *GewArch* 2007, 225 (226); *Albrecht/Gabriel*, *WRP* 2007, 616 (618); *Lüderssen*, *NStZ* 2007, 15. Neben diesem Entwurf liegen Vorläuferentwürfe v. 22.8.2006 (zu diesem überblickartig *Kim/Dübbers*, *ZfWG* 2006, 220) und (nur leicht modifiziert) v. 25.10.2006 vor.

⁶⁴ Zur unübersichtlichen Genese instruktiv *Lüderssen*, *NStZ* 2007, 15 (16).

⁶⁵ Gesetz v. 30.10.2007, *GV NRW* 2007, S. 445-460.

⁶⁶ Dieser Zeitpunkt ist nicht zufällig gewählt, sondern resultiert aus der o.g. Frist-Vorgabe des BVerfG.

⁶⁷ Hierbei handelt es sich um unvollständige oder fehlerhafte Gesetzesverweise; s. etwa der Verweis in § 6 Abs. 1 S. 1 GlüStVG-NRW hinsichtlich des für Glücksspielwesen zuständigen Innenministeriums auf den (richtigen) § 18 Abs. 1 anstelle des im Staatsvertrag genannten unzutreffenden § 17 Abs. 1 GlüStV, *NRW LT-Drs.* 14/5231 v. 19.10.2007, S. 8.

und sonstige Glücksspiele veranstalten dürfen. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 GlüStV (i.V.m. § 1 Abs. 2 GlüStVG NRW⁶⁸) nimmt daher das jeweilige Land die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebotes, die Sicherstellung der wissenschaftlichen Forschung zur Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren durch Glücksspiele, die Suchtprävention und -hilfe sowie die Glücksspielaufsicht als öffentliche Aufgaben wahr. Nur Lotterien mit einem geringeren Gefährdungspotential (§§ 12 ff. GlüStV) dürfen gem. § 10 Abs. 5 GlüStV nach Erlaubniserteilung von Privaten veranstaltet werden.

§ 10 Abs. 5 GlüStV (i.V.m. § 2 Abs. 1 GlüStVG NRW) bestimmt ferner ausdrücklich, daß nur die Länder auf ihrem jeweiligen Gebiet befugt sind, Glücksspiele zu veranstalten und durchzuführen, wobei nach § 10 Abs. 2 GlüStV (i.V.m. § 3 Abs. 1 GlüStVG NRW) das Land diese nunmehr rein öffentliche Aufgabe an staatlich kontrollierte juristische Personen delegieren kann.⁶⁹ Es ist unschwer zu erkennen, daß damit die einzelnen bereits bestehenden Lottogesellschaften der Länder gemeint sind. Private oder ausländische Veranstalter sollen damit vom deutschen Markt ausgeschlossen werden.⁷⁰ Sportwetten dürfen zudem ausdrücklich nach § 14 Abs. 1 GlüStVG NRW nur durch den (öffentlich-rechtlich strukturierten oder zumindest öffentlich-rechtlich kontrollierten) Veranstalter von Glücksspielen vertrieben werden.

Auch wenn sich die Länder nach dem Sportwettenurteil des BVerfG für unterschiedliche Konzepte einer „Wettlandschaft“ in Deutschland, die ausreichend suchtpreventiv ausgestaltet ist, hätten entscheiden können, war es unrealistisch zu glauben, daß die Länder von sich aus das Wettmonopol aufbrechen und de lege ferenda den Zugang Privater zum Wettgeschäft ermöglichen würden. Diese Marktöffnung war also von vornherein nur theoretischer Natur, selbst wenn das Urteil diese Option eben ausdrücklich offenließ.⁷¹

Die Suchtprävention soll massiv in den Vordergrund gerückt werden. Im augenfälligen Gegensatz zu dem bis dahin geltenden LottStV wird damit der zentralen Forderung des BVerfG – der Suchtbekämpfung – Rechnung getragen.⁷² Die vormaligen fiskalischen Zwecke (§ 1 Nr. 4 LottStV wurden ersatzlos gestrichen.⁷³

Die verfassungsgerichtlich initiierte und scheinbar umfangreiche (wenn nicht gar alleinige) Ausrichtung auf die Suchtbekämpfung wird bereits in § 1 GlüStV (i.V.m. § 1 Abs. 1 GlüStVG NRW) deutlich, in dem die Zielsetzung der Regelung umrissen wird. Danach ist es das gesetzgeberische Bestreben, das Entstehen von Glücksspielsucht und Wett-

⁶⁸ Es wird im Folgenden beispielhaft für alle Länder auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen abgestellt.

⁶⁹ Zur Vereinbarkeit des Ausschlusses privater Unternehmen mit dem EG-Wettbewerbsrecht *Fremuth*, *EuZW* 2007, 565.

⁷⁰ *Backu*, *GewArch* 2007, 225 (226).

⁷¹ *Fackler*, *BB* 2007, 313 (315 f.), unter Hinweis auf die österreichische Rechtslage, die Deutschland als Vorbild dienen könnte (indes nicht dienen wird).

⁷² *Albrecht/Gabriel*, *WRP* 2007, 616 (618).

⁷³ Unverändert ist, daß die Einnahmen weiterhin in die Haushalte der Länder fließen.

sucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirk-
same Spielsuchtbekämpfung zu schaffen (Nr. 1), das Glücks-
spielangebot zu begrenzen und den natürlichen Spieltrieb der
Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken,
insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele
zu verhindern (Nr. 2), den Jugend- und den Spielerschutz zu
gewährleisten (Nr. 3), sicherzustellen, dass Glücksspiele
ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen
Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen ver-
bundene Folge- und Begleitkriminalität einschließlich der
Geldwäsche abgewehrt werden (Nr. 4). Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5
GlüStVG NRW soll zudem ein sicherer und transparenter
Spielbetrieb zu gewährleistet werden.

§ 5 GlüStV normiert verschiedene Werbebegrenzungen.
Die Bewerbung von Glücksspielen im Sinne der Erzeugung
eines Teilnehmanreizes ist nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2
GlüStV verboten; es besteht also ein Zwang zu einer rein
sachlichen Information. Internet- sowie TV-Sportwetten
werden nach § 5 Abs. 3 GlüStV generell untersagt.

Die Länder regeln gem. § 2 S. 1 GlüStV die Veranstal-
tung, die Durchführung und die Vermittlung von öffentlichen
Glücksspielen. Nach § 24 S. 1 GlüStV erlassen die Länder
die zur Ausführung dieses Staatsvertrages notwendigen Best-
immungen. Nach Satz 2 sind sie außerdem berechtigt, wei-
tergehende Anforderungen insbesondere zu den Vorausset-
zungen des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen
festzulegen.

Nach § 4 Abs. 1 GlüStV dürfen öffentliche Glücksspiele
nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen
Landes veranstaltet oder vermittelt werden. Die Norm enthält
somit ein umfassendes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Das
Veranstalten und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (uner-
laubtes Glücksspiel) sind verboten. Die Erlaubnis ist gem. § 4
Abs. 2 GlüStV zu versagen, wenn das Veranstalten oder das
Vermitteln des Glücksspiels den Zielen des § 1 GlüStV zu-
widerläuft. Die Erlaubnis darf nicht für das Vermitteln nach
diesem Staatsvertrag nicht erlaubter Glücksspiele erteilt wer-
den. Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht kein Rechtsan-
spruch.

Annahmestellen, Lottereeinnehmer und gewerbliche
Spielvermittler bedürfen nach § 3 Abs. 4 GlüStVG NRW für
die Vermittlung von Glücksspielen der Erlaubnis der zustän-
digen Behörde, welche sich im einzelnen nach Voraussetzungen
des § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStVG NRW richten. Nach § 4
Abs. 4 GlüStVG NRW darf die Erlaubnis nicht für das Ver-
mitteln nach dem GlüStV nicht erlaubter Glücksspiele erteilt
werden.

Diese Regelungen verbieten also zusätzlich jedwede
Vermittlung an private Sportwettenveranstalter, und zwar
unabhängig davon, ob diese eine behördliche Erlaubnis besit-
zen oder nicht. Konkret soll es also in Zukunft keine Rolle
mehr spielen, ob etwa eine alte DDR-Erlaubnis oder eine
ausländische Genehmigung der Veranstaltung zugrunde liegt.
Nur die vom Staat selbst betriebenen Glücksspiele sind nur
mehr überhaupt noch vermittelbar, und dies fernerhin nur
nach Erteilung einer diesbezüglichen Erlaubnis.

Fernerhin muß das Land nach §§ 6 und 11 GlüStV (i.V.m.
§§ 8 und 9 GlüStVG NRW) eine hinreichende Suchtpräven-
tion und Suchthilfe betreiben.

Nach § 10 Abs. 1 GlüStVG NRW (i.V.m. §§ 10 Abs. 4
und 16 Abs. 1 GlüStV) sind Zweckabgaben aus den staatlich
veranstalteten Glücksspielen zur Erfüllung sozialer, kulturel-
ler und sonstiger gemeinnütziger Aufgaben an das Land ab-
zuführen. Nach § 10 Abs. 2 GlüStV NRW dürfen die Zweck-
abgaben aus Sportwetten ausschließlich für sportliche und
kulturelle Zwecke, für Zwecke des Umweltschutzes und der
Entwicklungszusammenarbeit, für Zwecke der Jugendhilfe
und für Zwecke der Wohlfahrtspflege nach § 21 Abs. 2
Spielbankgesetz sowie für Hilfeeinrichtungen für Glücks-
spielsüchtige verwendet werden.

Der Jugendschutz ist gem. § 11 GlüStVG NRW zu ge-
währleisten. Nach § 10 Abs. 1 GlüStV (i.V. mit § 12
GlüStVG NRW) ist eine Sperrdatei einzurichten.

Aufgaben der Glücksspielaufsicht werden in § 9 GlüStV
normiert. Die Erlaubnis- und Aufsichtsbehörden werden in
§§ 17, 18 GlüStVG NRW geregelt. Zuständig ist hiernach
das Innenministerium des Landes.

Den privaten Veranstaltern und Vermittlern von Lotterien
(nicht: Sportwetten!) wird unter bestimmten Voraussetzungen
nach § 19 GlüStVG NRW (mißverständlich „Überleitvor-
schrift“ betitelt) eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember
2008 eingeräumt. Nach § 22 Abs. 3 GlüStVG NRW bleiben
auch alle nach altem Recht erteilten Erlaubnisse nur mehr bis
zu diesem Termin in Kraft. Allerdings finden die Regelungen
des GlüStV – mit der Ausnahme des Erlaubniserfordernisses
– Anwendung, so § 25 S. 1 GlüStV. Ab dem 1. Januar 2009
ist mithin das Oktroi der öffentlichen Hand perfekt. Hieran
kann selbst die abschließende Vorschrift des § 22 Abs. 4
GlüStVG NRW nichts ändern, wonach die Landesregierung
dem Landtag bis zum 31. Dezember 2013 über die Notwen-
digkeit des Fortbestehens dieses Gesetzes zu berichten habe.
Nach § 28 Abs. 1 S. 1 GlüStV tritt dieser Staatsvertrag Ende
2011 außer Kraft, sofern nicht die Ministerpräsidentenkonfe-
renz unter Berücksichtigung des Ergebnisses einer Evaluation
gem. § 27 GlüStV mit mindestens 13 Stimmen das Fortgelten
des Staatsvertrages beschließt.

V. Fazit

Ob der Glücksspielstaatsvertrag den Maßgaben des BVerfG
entspricht, ist schwer zu prognostizieren. Eins jedoch ist
gewiss: Die Anbieter privater Sportwetten werden mit Si-
cherheit um Rechtsschutz – auch verfassungsgerichtlichen –
nachsuchen. Die Diskussion, ob § 284 StGB anwendbar ist,
wenn die Landesgesetze verfassungswidrig sind, wird viru-
lent bleiben. Es bleibt zu wünschen, daß die zur Entscheidung
berufenen Gerichte ihr Verdikt kohärent begründen und auch
die Frage beantworten, aus welchem Grund bei dem Anbieten
privater Sportwetten ein anderer Maßstab angelegt wird als
im Steuerstrafrecht oder dem Betreiben einer Spielbank. Ob
auch weiterhin dem Glücksspielwesen eine Irrationalität
immanent ist, wie Uwer⁷⁴ behauptet, wird sich dann zeigen.

⁷⁴ Uwer, NJW 2006, 3257 (3258).

Das Ich und sein Gehirn – zur Eröffnungsveranstaltung des Instituts für Kriminalwissenschaften an der Universität Göttingen am 13. Juli 2007

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Stefan Harrendorf, Göttingen

Die neueren Erkenntnisse der Hirnforschung sind auf große Aufmerksamkeit sowohl in der Öffentlichkeit¹ als auch in der juristischen Fachwelt² gestoßen. Untersuchungen, die zeigten, dass auf neuronaler Ebene bereits Handlungsimpulse nachweisbar sind, bevor der Mensch die bewusste Entscheidung zu einer Handlung trifft, stellen die Willensfreiheit des Menschen in Frage: Ist der freie Wille eine bloße Illusion? Dies jedenfalls behaupten einige prominente Hirnforscher sehr dezidiert³ und leiten daraus auch gleich die Folgerung ab, dass dem Schuldstrafrecht damit die Grundlage entzogen sei. Es wird für ein reines präventives erziehendes Maßnahmenrecht als Reaktion auf Straftaten plädiert.⁴

Vor diesem Hintergrund stand die Eröffnungsveranstaltung des neu gegründeten Instituts für Kriminalwissenschaften⁵ der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen am Nachmittag des 13. Juli 2007 unter dem Motto „Das Ich und sein Gehirn: Die Herausforderung der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht“. Für einführende Vorträge zur Thematik der Veranstaltung konnten der Biologe *Holk Cruse*, Professor an der Abteilung für biologische Kybernetik der Universität Bielefeld, und der Philosoph *Michael Pauen*, zum Zeitpunkt der Veranstaltung Professor am Institut für Philosophie der Universität Magdeburg,⁶ gewonnen werden. Im Anschluss an deren Vorträge fand eine Podiumsdiskussion statt, an der neben *Cruse* und *Pauen* auch der Richter am BGH Dr. *Axel Bötticher* (1. Strafsenat), die Strafrechtsprofessoren *Franz Streng* (Erlangen) und *Leonidas Kotsalis* (Athen), sowie *Jürgen Müller*, Professor am Institut für Forensische Psychiatrie der Universität Göttingen, teilnahmen.

I. Einführung in die Thematik

Eröffnet wurde die Veranstaltung mit einer Begrüßungsansprache des geschäftsführenden Direktors des Instituts für Kriminalwissenschaften, *Jörg-Martin Jehle*. Einleitend machte

¹ Der Spiegel hat dem Thema z.B. kürzlich eine Titelgeschichte gewidmet: Das Böse im Guten – Die Biologie von Moral und Unmoral, Der Spiegel 31/2007, S. 108 ff., 117 ff.

² In dieser Zeitschrift dazu jüngst *Spilgies*, ZIS 2007, 155 m.w.N.

³ Vgl. *Singer*, Ein neues Menschenbild?, 2003, S. 9 ff., 24 ff., 65; *Roth*, Fühlen, Denken, Handeln, 2003, S. 494 ff., 536 ff.; *Prinz*, Das Magazin 2/2003, 18.

⁴ *Singer* (Fn. 3), S. 34.

⁵ Das Institut umfasst die strafrechtlichen Lehrstühle der Professoren *Ambos*, *Duttge*, *Jehle* und *Murmann*. Die Ausrichtung des Instituts ist damit ganz im v. *Liszt*schen Sinne an der gesamten Strafrechtswissenschaft orientiert. Die Forschungsgebiete umfassen neben dem klassischen Straf- und Strafprozessrecht internationales und ausländisches Strafrecht, strafrechtliches Medizinrecht und Wirtschaftsrecht sowie Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug.

⁶ Nunmehr lehrt und forscht *Pauen* am Institut für Philosophie der Humboldt-Universität zu Berlin.

er darauf aufmerksam, dass die Veranstaltung ausgerechnet an einem Freitag, den 13., stattfinde. Dies sei jedoch kein Unglückszeichen; vor gut 20 Jahren habe er schon einmal die Eröffnungsfeierlichkeiten für eine Einrichtung an einem Freitag, den 13., abgehalten. Und diese Einrichtung existiere noch heute.⁷ Kurz ging er dann auf das neu gegründete Institut selbst ein, sprach dessen Wurzeln an und äußerte die Erwartung, dass das neue Institut zu Synergieeffekten führen werde. Als bereits existierende Gemeinschaftsprojekte sprach er das Doktorandenseminar sowie die gerade kürzlich gegründete Schriftenreihe des Instituts für Kriminalwissenschaften beim Universitätsverlag Göttingen⁸ an.

Dann leitete er zum Thema des Kolloquiums über *Jehle* verwies zunächst auf den historischen Streit um die Einflüsse von Anlage und Umwelt für die Entstehung von Kriminalität. In diesem Zusammenhang verwies er auf die alte Auffassung *Lombrosos* vom *uomo delinquente*.⁹ Als extreme Gegenposition markierte er die Auffassung, die ganze Welt sei schuld, nur nicht der Verbrecher.

Danach sprach der Dekan der Göttinger Juristischen Fakultät, *Alexander Bruns*, ein Grußwort. Er wies auf ein Spannungsverhältnis zwischen Medizin und Jurisprudenz hin, das in der Diskussion um die Existenz eines freien Willens offenbar werde. Anschließend lieferte *Gunnar Duttge*, am Institut Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht, eine Einführung in die Thematik des Symposiums. Aus der Sicht des Strafrechts lieferte er einen Überblick über den Stand der Debatte.

Einführend skizzierte er den Streit zwischen Philosophie und Hirnforschung zur Frage des freien Willens. Er konstatierte eine anscheinende Vermessenheit auf Seiten der Hirnforschung, auf alles Antworten zu kennen und gegebenenfalls sogar Antworten auf Ewigkeitsfragen. Die derzeit in der Hirnforschung teilweise vertretenen extremen Positionen machte er sodann deutlich. Er zitierte Stellungnahmen dreier führender Vertreter einer These der völligen Unfreiheit des Willens und einer völligen Determiniertheit des Menschen von neuronalen Prozessen, der Hirnforscher und Neurobiologen *Singer*, *Roth* und *Prinz*.¹⁰

Duttge meinte, die These von der Unfreiheit des Willens müsse ein sich als frei empfindender Mensch als Ehrab-

⁷ *Jehle* meint hier die Kriminologische Zentralstelle e.V. in Wiesbaden, deren Direktor er von der Gründung 1986 bis Mai 1997 war.

⁸ „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften“. Der Verf. dieses Berichts hatte die große Ehre, seine Dissertation als ersten Band der Reihe veröffentlichen zu dürfen. Der dritte Band der Reihe ist derzeit im Erscheinen. Für nähere Informationen siehe <http://www.univerlag.uni-goettingen.de/media/serials/krimwiss/>.

⁹ *Lombroso*, L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza ed alle discipline carcerarie, 1876.

¹⁰ Vgl. dazu die Nachweise oben, Fn. 3.

schneidung begreifen. Obwohl auch die Hirnforschung bis heute die Regeln, nach denen das Gehirn im Einzelnen arbeite, noch gar nicht kenne, werde ein vollständiger Determinismus behauptet. Grundlage dafür seien vor allem Forschungsergebnisse zu vorbewussten neuronalen Vorgängen. In Experimenten habe sich nachweisen lassen, dass ein Bereitschaftspotenzial auf neuronaler Ebene bereits vor dem bewusst empfundenen Willensentschluss, z.B. zu einer Bewegung, bestehe. Allerdings ließen sich die Experimente, so *Duttge*, aus methodischer Perspektive kritisieren.

Es sei jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass die Hirnforschung erhebliche Fortschritte gemacht habe und erhebliche Potenziale berge. Diese Fortschritte hätten dazu geführt, dass es mittlerweile bereits eine Art „Neurotheologie“ gebe. Die Hirnforschung suche nach dem „Gottesmodul“.¹¹

Vor diesem Hintergrund sei es erforderlich, über die Konsequenzen der modernen Hirnforschung für das Strafrecht nachzudenken. Der BGH sei bisher wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Mensch einen freien Willen habe. Dies werde insbesondere in dem Urteil BGHSt 2, 194 deutlich: „Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, daß der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden.“¹² Das Schuldschuldrecht basiere danach gerade auf der Fähigkeit zur freien Selbstbestimmung.

Diese freie Selbstbestimmung aber stelle die moderne Hirnforschung in Frage. So habe *Singer* die Auffassung geäußert, es müsse aus neurobiologischer Sicht eine schuldnabhängige Erziehung des Straftäters erfolgen: „Wir würden den Straftäter also wegsperren und bestimmten Erziehungsprogrammen unterwerfen.“¹³ Daher habe *Hillenkamp* die berechnete Frage gestellt: „Was lässt die Hirnforschung vom Strafrecht übrig?“¹⁴

II. „Ich bin mein Gehirn“ – Holk Cruses materialistischer Monismus

Nach diesem generellen Aufriss der Problematik leitete er über zum Referat des Biologen *Cruse*, den er als dezidierten Vertreter eines materialistischen Monismus vorstellte.

Cruse referierte in seinem mit dem Titel „Ich bin mein Gehirn“¹⁵ überschriebenen Vortrag über Substrate der Entscheidungsfindung. Einleitend stellte er ein einfaches Modell eines rückgekoppelten neuronalen Netzes vor mit verschiedenen äußeren Reizen (Stimuli) und verschiedenen Verhaltensalternativen. Es handele sich um eine einfache Simulation eines reaktiven Systems. Er erläuterte, dass bei einem solchen einfachen Netz das zu erwartende Verhalten determiniert sei.

Das System strebe einem Attraktor zu, der Harmonie, weshalb eine klare Entscheidung für eine der Verhaltensalternativen vorherzusagen sei.

Allerdings seien neuronale Netze nicht nur durch äußere Reize beeinflusst, sondern auch durch innere Zustände. Auch dadurch ändere sich jedoch zunächst einmal nichts daran, dass das System determiniert bleibe, da auch die inneren Zustände lediglich weitere, den vorausberechenbaren Entscheidungsprozess beeinflussende Faktoren darstellten.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass auch das Gelernte auf die Entscheidungsprozesse einwirke. Durch Lernen, sei es im Wege des Belohnens oder des Bestrafens, könne man die inneren Zustände beeinflussen. Schon Bienen seien imstande, abstrakte Begriffe wie gleich und ungleich, symmetrisch und asymmetrisch zu lernen. Doch selbst der Hund, der gelernt habe, stubenrein zu sein, sei in Bezug auf dieses Verhalten determiniert. Es frage sich jedoch, ob er nicht *dennoch* für sein Verhalten verantwortlich sei. Dem Menschen erscheine es jedenfalls so, wenn der Hund gegen erlernte Regeln verstoßen habe. Er sei zumindest „als-ob“ verantwortlich.

Sodann erweiterte *Cruse* sein einfaches Modell eines neuronalen Netzes eines reaktiven Systems, indem er es zu dem Netz eines kognitiven Systems ausbaute, d.h. zu einem System, das imstande ist zur Vorausplanung, das (angebotene) Bewertungsfunktionen besitzt (richtig/falsch; gut/böse) und in der Lage ist, nach zufälligen Kriterien nach neuen Ideen zu suchen. Er warf die Frage auf, ob auch ein solches System noch als determiniert bezeichnet werden könne.

Er erläuterte, der entscheidende Unterschied zwischen einem reaktiven und einem kognitiven System sei, dass das reaktive System nur lebend, das kognitive aber auch *erlebend* sei. Er bezeichnete diese als NIP- bzw. HIP-Systeme, also Systeme ohne bzw. mit innerer Perspektive (NIP = *not having an internal perspective*; HIP = *having an internal perspective*).

Das Erleben, so *Cruse*, beruhe auf einem Konstrukt des Gehirns. Das Bild von der Außenwelt entstehe erst im Gehirn: „Es ist fraglich, ob die Natur überhaupt aussieht.“¹⁶ So seien auch Phantomempfindungen erklärbar, wenn z.B. Beinamputierte weiterhin den fehlenden Körperteil spürten.

Zum Erleben komme es, wenn im System ein genügend hoher Harmoniewert erreicht sei. Dabei sei die Sicht der dritten Person (Harmoniewert) von der Sicht der ersten Person (Erleben) zu unterscheiden. Die Beschreibung des Vorgangs hänge also vom Bezugssystem ab, ähnlich wie bei der Beschreibung physikalischer Zustände, die ebenfalls entweder von außen oder aus dem Bezugssystem heraus beschrieben werden können. *Cruse* verwies auf die Möglichkeit, Licht entweder als Welle oder aber als Korpuskel zu beschreiben oder die mittlere kinetische Energie der Moleküle als Temperatur zu begreifen. Eine Übertragung der Begriffe auf die jeweils andere Ebene sei sinnlos, ein Kausalzusammenhang bestehe nicht, schon eher eine Entsprechung.

¹¹ Dieser Begriff geht zurück auf den Neurologen *Ramachandran*, vgl. *ders.*, *Phantoms of the Brain – Human Nature and the Architecture of the Mind*, 1998.

¹² BGHSt 2, 194 (200).

¹³ *Singer* (Fn. 3), S. 34.

¹⁴ *Hillenkamp*, JZ 2005, 313 (318).

¹⁵ Vgl. dazu auch *Cruse*, in: Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, S. 223 ff.

¹⁶ Zitat von *Willi Baumeister* (1889-1955), deutscher Maler, Bühnenbildner, Akademieprofessor und Typograph.

Das Erleben nun entstehe erst zeitlich verzögert, erst nach einer Reizdauer von mindestens 500 Millisekunden, es werde aber rückdatiert auf den tatsächlichen Zeitpunkt. Es frage sich nun, ob man deswegen davon sprechen könne, dass alles Erlebte nur eine Illusion sei. Dies stellte *Cruse* in Abrede: „Es ist unsere/meine Realität, realer geht's nicht.“

Sei aber der freie Wille eine Illusion? Zu dieser Frage berichtete *Cruse* die Ergebnisse verschiedener Experimente. So könne eine Stimulation des Thalamus dazu führen, dass eine durch Stimulation erzwungene Bewegung als gewollt empfunden werde. Durch transkraniale Stimulation sei es möglich, Willensakte auszulösen.

Trotz dieser Untersuchungsergebnisse sprach *Cruse* sich dafür aus, das Konstrukt des freien Willens als real zu begreifen. Allerdings sei das Konstrukt allein auf die subjektive Ebene bezogen, auf der Ebene der dritten Person hingegen, also von außen betrachtet, herrsche Determinismus. Nur im subjektiven Bezugssystem sei es sinnvoll, von freiem Willen, von Schuld und Strafe zu reden.

Ein determiniertes System könne im Übrigen durchaus verantwortlich gemacht werden. Verantwortlichkeit bestehe dann, wenn eine Person in der Lage war, Wissen über die Konsequenzen in ihre Entscheidung einzubeziehen. Dann könne sie auch bestraft werden. Feststellbar sei dies grundsätzlich auch: Bei Wiederholung der Situation und sukzessiver Erhöhung der Strafe müsse diese sich irgendwann auf das Verhalten auswirken. Die grundsätzliche Bejahung der Verantwortlichkeit eines Angeklagten müsse jedoch – da der Nachweis tatsächlicher Verantwortlichkeit in diesem Sinne fehle – als Beweislastentscheidung zu Lasten des Angeklagten gewertet werden: *in dubio contra reum*.

III. „Illusion Freiheit?“ – Pauens Plädoyer für Freiheit im Determinismus

Als zweiter Referent hielt dann der Philosoph *Pauen* einen Vortrag über „Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung“.¹⁷ Er stellte seinem Vortrag ein Zitat von *Wolfgang Prinz* voran: „Die Idee eines freien Willens ist mit wissenschaftlichen Überlegungen prinzipiell nicht zu vereinbaren. Wissenschaft geht davon aus, dass alles, was geschieht, seine Ursachen hat und dass man diese Ursachen finden kann. Für mich ist unverständlich, dass jemand, der empirische Wissenschaft betreibt, glauben kann, dass freies, also nichtdeterminiertes Handeln denkbar ist.“¹⁸

Pauen erläuterte die Probleme, die in Bezug auf ein Konstrukt der „Freiheit“ bestünden. Zunächst sei das philosophische Problem zu berücksichtigen, was unter Freiheit eigentlich zu verstehen sei, sodann bestehe das empirische Problem, menschliche Handlungen in der Realität anhand dieses Freiheitsbegriffes zu messen. Alltagstheoretisch herrsche dabei die Auffassung vor, dass es in einer determinierten Welt weder Freiheit noch Schuld geben könne. Er wolle hingegen belegen, dass Freiheit und Determination miteinander vereinbar seien und damit auch Schuld und Determination sich nicht ausschließen. Der Determinismus sei keine These über

die Freiheit, sondern über naturwissenschaftliche Verlaufsgesetze.

Sodann leitete *Pauen* den Freiheitsbegriff her. Er ging dabei zunächst von den Alltagsvorstellungen und -konzepten aus. Diese divergierten jedoch in beträchtlichem Umfang. Es gebe jedoch grundlegende übereinstimmende Vorstellungen davon, was Freiheit *nicht* sei. Von diesen Vorstellungen ausgehend lasse sich ein Minimalkonzept der Freiheit entwickeln.

Abzugrenzen sei die Freiheit demnach einerseits von Zwang und externer Determination, andererseits vom Zufall. Es gehe insofern um *Autonomie* und *Urheberschaft*. Dieses Minimalkonzept der Freiheit lasse sich auch mit dem Begriff der Selbstbestimmung fassen, da Selbstbestimmung sowohl von Fremdbestimmung als auch von Zufall zu unterscheiden sei.

Von Urheberschaft als Bedingung für eine nicht zufällige Handlung lasse sich sprechen, wenn personale Präferenzen die Handlung (mit-)bestimmt hätten. Je größer der Einfluss der personalen Präferenzen auf eine Handlung sei, desto mehr könne man die Handlung als selbstbestimmt bewerten. Um auch eine Abgrenzung von inneren Zwängen der Person zu ermöglichen, sei weiteres Kriterium für Selbstbestimmtheit, dass eine wirksame Entscheidung gegen diese Präferenzen grundsätzlich möglich sei.

Für das Verhältnis von Determination und als Selbstbestimmung verstandener Freiheit bedeute dies, dass auch eine determinierte Handlung frei sei, wenn sie *durch die Person* determiniert sei. Eine Aufhebung der Determination führe nicht zu einem Zuwachs an Freiheit, sondern zu einem Zuwachs an Zufall. Der Einfluss der eigenen Präferenzen werde verringert. Freiheit und Determination seien also vereinbar, entscheidend sei nicht *ob*, sondern *wie* eine Handlung determiniert sei.

Auch eine materiell realisierte Handlung könne demzufolge frei sein, wenn sie durch neuronale Prozesse determiniert sei, die den Überzeugungen und Wünschen einer Person zugrunde lägen.

Sehr viel schwieriger sei die Frage zu beantworten, ob in einer determinierten Welt auch alternative Handlungsmöglichkeiten existieren könnten. Der Schuldvorwurf beinhalte immer die Vorstellung, der andere hätte anders handeln können. Zu klären sei, was man darunter verstehen könne.

Eine Möglichkeit wäre, das „Andershandelnkönnen“ aus ex-ante-Sicht so zu beschreiben, als geschehe vielleicht das eine, vielleicht aber auch das andere. In einer determinierten Welt sei das nicht denkbar. Eine solche Auffassung des „Andershandelnkönnens“ sei aber schon deshalb nicht sinnvoll, da dann, wenn unter sonst gleichen Bedingungen eine Person entweder Handlung A oder Handlung B ausübe, die Handlung völlig unabhängig vom Urheber variieren würde.¹⁹ Sinn-

¹⁷ Vgl. dazu auch *Pauen*, Illusion Freiheit?, 2004.

¹⁸ *Prinz* (Fn. 3).

¹⁹ Mit dieser Argumentation *Pauens* sympathisierend *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 19 Rn. 45; auf Widersprüche in diesem Abschnitt des Lehrbuchs, in dem *Roxin* sein Schuldkonzept vor „radikale(n) Deterministen“ (a.a.O., § 19 Rn. 43) zu verteidigen sucht,

voller sei es, von einem Andershandelnkönnen dann auszugehen, wenn es nur von der Person und ihren personalen Präferenzen selbst abhängt, ob Handlung A oder Handlung B vollzogen werde. Ex ante müsse dafür die Möglichkeit der Entscheidung zwischen mehreren Handlungsalternativen bestehen. Ex post müsse die Person sagen können, obwohl sie sich für A entschieden habe, hätte sie auch B ausführen können. Eine solche Definition sei vereinbar mit Determination. Darüber hinaus führe Indetermination sogar zu einer Verringerung, nicht zu einer Erhöhung von Selbstbestimmung.

Der Schuldvorwurf lasse sich danach dann erheben, wenn eine Normverletzung durch eine selbstbestimmte Handlung erfolgt sei. Der Vorwurf sei gerechtfertigt, wenn und weil die Person die Norm hätte einhalten können und wusste, dass sie dies auch sollte.

Auch die Erkenntnisse der Hirnforschung zum Bestehen eines Bereitschaftspotentials bereits vor der Handlung bzw. der Entscheidung zur Handlung würden diese Einstufungen nicht widerlegen. Vielmehr werde die besondere Bedeutung intentionaler Handlungen durch neuere Forschungsergebnisse gerade bestätigt. So entstehe eine Bindung zwischen einer Handlung und einem Effekt nur bei intentionaler Handlung. Im Gegensatz dazu trete eine Bindung nicht auf bei nichtintentionalen Handlungen.

Als Fazit sei demnach festzuhalten: Schuld, Verantwortung und Freiheit seien vereinbar mit Determination und materieller Realisierung. Indetermination verringere sogar die Kontrolle. Auch die empirischen Erkenntnisse der Hirnforschung widersprächen diesen Ergebnissen nicht.

IV. Podiumsdiskussion

Nach diesem Vortrag leitete *Jehle* zur Podiumsdiskussion über. Diese wurde mit Kurzstatements der weiteren Diskutanten neben *Pauen* und *Cruse* eingeleitet. Zunächst gab *Böttcher* ein Statement ab. Er machte deutlich, dass er sich der Haltung *Hillenkamps*²⁰, der das Schuldstrafrecht retten wolle, anschließe. Eine Aufgabe des Schuldprinzips und des darunter liegenden Prinzips der freien Selbstbestimmung würde nicht nur im Strafrecht, sondern auch in allen anderen Rechtsgebieten erhebliche Folgen haben. Allerdings sei zu konstatieren, dass die Praxis der Rechtsanwendung völlig ungeachtet der neueren Erkenntnisse der Hirnforschung so weiter laufe wie bisher. Zudem lasse sich das Schuldstrafrecht auch bei Determiniertheit der Entscheidungen der Menschen retten, wenn man mit *Roxin*²¹ den Schuldvorwurf darauf zurückführe, dass trotz normativer Ansprechbarkeit unrecht gehandelt worden sei. Es gehe dann nicht mehr um ein Andershandelnkönnen in der konkreten Situation, sondern nur um eine Disposition für den Anruf der Norm.

Dennoch befinde sich das Schuldstrafrecht derzeit in einer Krise. Diese Krise sei jedoch eher einem tiefen Misstrauen der Politik in die Leistungsfähigkeit der Gerichte und Gut-

achter unter der Ägide des Schuldprinzips zuzuschreiben. So wolle die Politik immer mehr abrücken von der konkreten Beurteilung der Tat. Der Fokus verschiebe sich auf die Person des Täters und dessen Gefährlichkeit, weg vom Schuldprinzip hin zum Prinzip polizeilicher Prävention. Die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung belege dies eindrucksvoll. Auch psychologischen und psychiatrischen Gutachtern begegne die Politik mit wachsendem Misstrauen. Das gehe bis zu dem Vorschlag, „schwarze Listen“ zu führen mit Gutachtern, deren Prognosen sich als unzutreffend erwiesen hätten.

Der neurobiologischen Forschung sei zudem ihre Geschichtsvergessenheit vorzuwerfen. *Böttcher* verwies auf Ähnlichkeiten in den aufgestellten Thesen und der Zielrichtung zu der Kriminalbiologie der NS-Zeit. Abschließend warnte er davor, dass sich zu jeder Forderung, die die Naturwissenschaft als erforderlich aufstelle, auch immer Juristen fänden, die bereit wären, diese Forderungen durch Gesetze umzusetzen.

Sodann nahm *Kotsalis* zum Verhältnis von Determinismus und Schuld aus strafrechtsdogmatischer Sicht Stellung.²² Das Strafrecht setze zwar Willensfreiheit voraus, Willensfreiheit erfordere aber keinen völligen Indeterminismus.²³ Die Entscheidung müsse nicht spontan getroffen werden.

In der Strafrechtslehre stünden sich – so *Kotsalis* – vier grundsätzlich unterschiedliche Auffassungen zu Willensfreiheit und Schuld gegenüber. Die traditionelle Auffassung werde in der bereits von *Duttge* angesprochenen Entscheidung des BGH²⁴ deutlich. Der Täter werde für sein Verhalten zur Rechenschaft gezogen, da er frei und verantwortlich sich selbst determiniere. Er könne frei zwischen Recht und Unrecht entscheiden.

Nach anderer Auffassung hingegen müsse der Schuldbegriff aufgegeben werden, da sich die Willensfreiheit empi-

weist *Spilgies*, ZIS 2007, 155 (158, dort Fn. 36), zu Recht hin.

²⁰ S.o., Fn. 14.

²¹ *Roxin* (Fn. 19), § 19 Rn. 36 ff.

²² Vgl. auch *Kotsalis*, in: Arzt (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992, 1992, S. 33 ff.

²³ Zu der häufig anzutreffenden, aber problematischen Annahme eines *relativen* Indeterminismus vgl. aber *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (278), und mit besonderer Schärfe *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004, S. 40 ff.; dazu krit. Besprechung bei *Kudlich*, HRRS 2004, 217, mit Replik von *Spilgies*, HRRS 2005, 43 und Duplik von *Kudlich*, HRRS 2005, 51.

²⁴ BGHSt 2, 194 (200 f.); dazu bereits oben bei Fn. 12; obwohl der BGH sich nur selten mit derart deutlichen Worten zum Indeterminismus bekannt hat, finden sich doch bis in die heutige Zeit Formulierungen in Entscheidungen des BGH, die belegen, dass das Gericht weiterhin eine indeterministische Sichtweise vertritt, vgl. *Haddenbrock*, MschrKrim 1994, 44; *Spilgies*, ZIS 2007, 155 (157). Zu den aktuellen Vertretern eines Indeterminismus im Strafrecht vgl. die Nachweise bei *Spilgies*, HRRS 2005, 44; *ders.*, ZIS 2007, 155 (158 ff.), der darzulegen sucht, dass es sich bei dieser Auffassung um die (noch) h.M. handelt.

risch nicht nachweisen lasse.²⁵ Eine dritte Auffassung sehe die Bedeutung der Schuld nicht in einem Tadel für das Verhalten des Täters, sondern als Widerspiegelung der Bedürfnisse der Strafenden nach einer gerechten Bestrafung.²⁶ Nach einer vierten Auffassung schließlich dürfe das Strafrecht die Frage nach der Willensfreiheit offenlassen. Der Schuldvorwurf erwachse daraus, dass eine Person sich nicht normkonform verhalten habe, obwohl sie in der Lage gewesen sei, das rechtliche Verbot seinem Sinne nach richtig zu erfassen.²⁷

Im Andershandelnskönnen, so *Kotsalis*, liege die Essenz der Schuldfähigkeit. Insofern bleibe die Legitimität eines Strafrechts auf der Basis des Schuldprinzips offen. Die Willensfreiheit des Menschen sei nur ein Postulat, das empirisch nicht nachgewiesen werden könne. Also lasse sich der Schuldvorwurf nur so begründen, dass andere Personen in der Lage des Täters anders gehandelt hätten.²⁸ Im Übrigen sei es ein Fehler anzunehmen, dass rechtliche Hypothesen immer einem empirischen Beweis zugänglich sein müssten. Die wertende Dimension rechtlicher Entscheidungen werde damit verkannt. Auch eine metaphysische Verankerung rechtlicher Hypothesen sei zulässig. Die rechtliche Hypothese von der Willensfreiheit des Menschen formuliere eine Erwartung, die auf einer gesellschaftlichen Entscheidung beruhe. Der Mensch könne nur in dem Bewusstsein der Freiheit und Verantwortung leben. Im Ergebnis also sei die Frage des Andershandelnskönnens eine Frage der Wertsetzung, die als Postulat so weiterhin bestehen könne.

Im Anschluss gab *Müller* als forensischer Psychiater sein Statement ab. Er wolle, so erklärte er einleitend, die Diskussion lenken auf das, was die Neurobiologie bei forensisch-psychiatrischen Sachverhalten zu leisten imstande sei. Ihm stelle sich zunächst die Frage, warum wir von der Diskussion nicht loskämen. Die 1990er Jahre seien die „*Decade of the Brain*“ gewesen. Daher sei sehr viel Forschung unternommen worden, die zu einer dramatischen Verbreiterung der Er-

kenntnisse über neurobiologische Zusammenhänge geführt habe. Eine dieser Erkenntnisse sei es auch gewesen, dass Handlungsvorstellungen der Menschen neurobiologisch abbildbar seien. Das gelte z.B. auch für eine abweichende emotionale Verarbeitung bei forensisch-psychiatrischen Patienten.

Diese neuen Erkenntnisse würden jedoch häufig überbewertet, insbesondere in der medialen Rezeption. So habe er selbst Forschungen zur Emotionsverarbeitung bei Psychopathen mit Hilfe der funktionellen Magnetresonanztomographie angestellt; dabei hätten sich signifikante, im MRT sichtbare Unterschiede in der Emotionsverarbeitung im Vergleich zu „normalen“ Probanden ergeben.²⁹ In der Presse habe es hinterher geheißt: „Regensburger Forscher findet Sitz des Bösen“. Tatsächlich aber gebe es zu den entscheidenden Fragestellungen in Bezug auf Schuld und Willensfreiheit nur sehr wenig neue Aspekte, viele Folgerungen seien kurzschlüssig. Grund dafür sei auch, dass gerade das Thema Verbrechen immer interessiere und den Zeitgeist treffe, so dass es eine gewisse Tendenz zu verkürzten und zugespitzten Darstellungen gebe.

Müller argumentierte, dass eine Einbeziehung der neueren neurobiologischen Befunde in die Determinismusdebatte nicht möglich sei. Der Nutzen dieser Befunde liege vielmehr in einer erleichterten Diagnosestellung. Insofern lasse sich festhalten, dass die neuen neurobiologischen Diagnoseverfahren zwar wichtig seien, dass man sich aber auch ihrer Grenzen bewusst sein müsse. Es handele sich allein um diagnostische Verfahren.

Als letzter Diskutant erhielt sodann *Streng* die Gelegenheit für ein Statement. Er stellte einleitend eine große Harmonie unter den Diskutanten fest. Auch *Cruse* habe keinen Extremstandpunkt eingenommen, sondern der Willensfreiheit jedenfalls auf subjektiver Ebene eine Existenzberechtigung zugesprochen. Damit, so *Streng* provokant, sei letztlich kein Grund benannt, warum man sich zur Diskussion zusammengefunden habe. Die Kontroverse sei vor der Tür geblieben.

Er selbst wolle mit *Franz von Liszt* beginnen: Schuldfähig (bzw. nach damaliger Terminologie: zurechnungsfähig) sei, wer durch Motive normal bestimmbar sei.³⁰ Ein psychiatrischer oder psychologischer Gutachter könne sich zwar über die Normalität, nicht aber über die Freiheit eines Verhaltens äußern. Die Juristen müssten mit einem solchen Schuldbegriff leben. Ein Problem hätte die Jurisprudenz erst dann, wenn sich herausstellte, dass die Menschen bereits unterbewusst vollständig gelenkt seien, eine Abwägung zwischen verschiedenen Handlungsoptionen tatsächlich also gar nicht statfinde.

Im strafrechtlichen Bereich sei das *Freiheitsbewusstsein* von besonderer Bedeutung.³¹ Dieses Bewusstsein führe dazu, dass die Menschen Handlungsalternativen abwägten, bevor sie handelten. Das Gefühl der Freiheit führe zu der Heraus-

²⁵ *Baurmann*, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Scheffler*, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985, sowie *ders.*, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987.

²⁶ Funktionaler Schuldbegriff: *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 17/18 ff.; *ders.*, Schuld und Prävention, 1976; *ders.*, ZStW 117 (2005), 247; *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (insbes. 286 ff.); *ders.*, ZStW 92 (1980), 637; *ders.*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 1, § 20 Rn. 51 ff.

²⁷ So z.B. *Roxin* (Fn. 19), § 19 Rn. 36 ff., der freilich Schuld nur als begrenzendes Kriterium verstehen will und den Schuldbegriff dem Oberbegriff der Verantwortlichkeit zuordnet, zu dem auch die „präventive Notwendigkeit strafrechtlicher Ahndung“ als weiteres Element zu zählen ist, vgl. *Roxin*, a.a.O., § 19 Rn. 1 ff.

²⁸ Krit. zu dieser sehr häufig anzutreffenden Begründungsvariante *Jakobs* (Fn. 26), 17/25: „Eine generalisierte Person mit nun einmal überwiegenden Tatantrieben (also motivatorisch in der Lage des Täters) vollzieht die Tat per Definition.“ Die Generalisierung funktioniere nur, wenn unter der Hand ein Zweckbezug eingeführt werde.

²⁹ *Müller et al.*, Biological Psychiatry 54 (2003), 152; *Weber et al.*, Psychiatrische Praxis 31 (2004), 50 f.

³⁰ v. *Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, 1905, S. 214, 219 ff.

³¹ Ausführlich schon *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (297 ff.).

forderung, sich Normen zu stellen. Im Rahmen der Abwägung könnten Realitätspräferenzen zur Geltung kommen. Das Strafrecht stelle an die Bürger Forderungen, die diese in ihr Verhalten implementieren könnten. Insofern sei es richtig, mit *Jakobs*³² nur den außergewöhnlichen Zwang als Unfreiheit zu interpretieren.

Nach diesem letzten Statement wurde aus dem Publikum die Überlegung geäußert, dass man nicht nur über das Schuldstrafrecht sprechen dürfe. Wenn das stimme, was bestimmte Hirnforscher behaupteten, bräuchte man auch keine Grundrechte, keinen Markt usw.³³

Eine weitere Frage richtete sich direkt an *Cruse*. Sei das Fazit seines Vortrags nicht, dass es heißen müsse „Ich bin nicht mein Gehirn“?³⁴ Inwiefern habe er sich in seinem Vortrag tatsächlich für einen materialistischen Monismus ausgesprochen?

Cruse entgegnete, dass er keinen Unterschied zwischen dem Ich (Erste-Person-Perspektive) und dem Gehirn (Dritte-Person-Perspektive) mache. Es handele sich um ein und dasselbe Phänomen, nur der Blickwinkel ändere sich. *Pauen* machte daraufhin deutlich, dass er mit einer solchen Sichtweise Schwierigkeiten habe. Der Beschreibungs dualismus habe zwar seine Berechtigung, solange man einen bestimmten Prozess betrachte. Dennoch sei das Ich als Person mehr als das Gehirn.

Ein weiterer Diskutant aus dem Publikum setzte, wie er es sagte, zu einer „naïven Überlegung“ an. Es bestünden außerordentliche Schwierigkeiten, die Menge der Einflussfaktoren und deren Wechselwirkungen zu überblicken. Viele Faktoren würden einander hemmen, stören oder sonst beeinflussen. Schließlich setzten auch die Umstände, unter denen wir eine Entscheidung trafen, erneut Determinanten. Sei nicht gerade die unübersehbare Vielzahl der Einflussfaktoren ein Argument für eine relative Freiheit?

Streng bezeichnete diesen Gedankengang als weiterführend. Komplexe Entscheidungsprozesse mit vielen Determinanten führten zu Schwierigkeiten bei der Entscheidungsfindung. Auch sei eine dynamische Betrachtung erforderlich. Man setze schließlich durch eigenes Verhalten und innere Einstellungen auch selbst Determinanten. Insofern sei er, *Streng*, Determinist und dennoch ein Verfechter des Schuldstrafrechts.³⁵

Pauen machte darauf aufbauend deutlich, dass es in der Wirklichkeit keine Ursachenketten gebe, sondern nur Ursachennetze. Dadurch nehme die Indeterminiertheit zu. Die

³² *Jakobs* (Fn. 26), 17/23 ff.; *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (297 ff.).

³³ Dies ist indes unzutreffend, da die *innere* und die *äußere* Freiheit des Menschen verwechselt werden. *Streng* hat dies überzeugend begründet (ZStW 101 [1989], 273 [281 f.]): „Der Freiheit zu ich-adäquater Entscheidung und Entfaltung entspricht die Determiniertheit durch Bindung an eben die persönlichkeitsstypische (ich-adäquate) und daher – im Prinzip – berechenbare Verarbeitung von Faktoren“.

³⁴ Also in Verneinung des eigentlichen Vortragstitels.

³⁵ Dies wird auch bei *Streng*, ZStW 101 (1989), 273, sehr deutlich.

entscheidende Frage sei: Sind unter den Ursachen solche, die auf einen selbst zurückzuführen seien? Dann seien die relevanten Kriterien für Willensfreiheit erfüllt.

Cruse ergänzte, dass dann, wenn man neuronale Netze vergrößere, natürlich auch die Wahrscheinlichkeit steige, dass keine eindeutige Entscheidung mehr zu bestimmen sein, sondern etwas „hängen bleibe“. Damit komme dann der Zufall ins Spiel.

Böttcher führte aus, dass es doch auch in der Hauptverhandlung in der Regel so sei, dass man nicht über eine Spontanurteile. Die Frage „Wie kam es zu der Tat?“ habe immense Bedeutung. Erst wenn jemand zu der Tat „getrieben“ wurde, könne man nicht mehr von Freiheit reden. Wenn es Alternativen zur Tat gegeben habe, könne man dem Täter die Verantwortung nicht wegnehmen.

Duttge lud die Diskutanten sodann zu einem Gedankenspiel ein. Es möge ein Computerprogramm existieren, das komplex sei. Die Nutzer des Programmes sähen aber nur das, was in dem Programm für sie vorgesehen sei. Alle Programmabläufe seien durch die Software vorherbestimmt. Würden sich die Nutzer nicht dennoch frei fühlen, wenn sie die komplexen vorherbestimmten Programmabläufe nicht kennen?

Er wolle daher eher aus der „subjektiven Phalanx“ ausbrechen. Er neige dazu, Freiheit nicht nur auf subjektiver Ebene zu verorten. Auch auf der objektiven Ebene müsse die Freiheit aufscheinen. Nach seiner Auffassung sei jedenfalls *Pauens* Minimalkonzeption erforderlich für das Strafrecht. Aber gehe nicht auch *Pauens* Modell von einem Dualismus aus? Sei es nicht daher durch die Erkenntnisse der Neurobiologie ausgeschlossen?

Pauen entgegnete, dass determinierte neuronale Prozesse die Freiheit nach seinem Modell gerade nicht hinderten, sondern im Gegenteil ihre Voraussetzung seien. Ein Dualismus führe nur zu einer Verlagerung der Probleme. Letztlich ermögliche die Neurobiologie – ebenso wie z.B. die Psychologie – eine differenzierte Sicht auf die ablaufenden Prozesse.

Ergänzend gab *Cruse* zu bedenken, dass Objektivität kein biologischer Begriff sei. Objektivität meine Intersubjektivität. Insofern bestehe auch kein Problem in Bezug auf die Konvergenz mit Innenfunktionen.

In Antwort auf das Gedankenspiel *Duttges* führte *Streng* sodann aus, dass das Freiheitsbewusstsein zwar für sich genommen nichts legitimiere. Es habe jedoch immense Bedeutung für die gesellschaftliche Wahrnehmung. Dessen elementare funktionale Bedeutung für das Leben in der Gesellschaft liege darin, die Attraktivität von abweichendem Verhalten zu senken.

Im Anschluss wies *Müller* darauf hin, dass Schuldfähigkeit nicht mit Freiheit gleich gesetzt werden dürfe. Psychiatrische und psychologische Gutachter äußerten sich nur über Krankheit, nicht über Freiheit. Zu dem Beispiel des Computerprogramms gab *Müller* zu bedenken, dass es sich um ein lernfähiges Programm handeln müsse. Auch das Gehirn werde durch Lernen verändert. Am Anfang der großen Beweisketten der Wirklichkeit stehe die Genetik, stünden die Umweltbedingungen, stünde die Psychologie und stünden die

neurobiologischen Determinanten gleichberechtigt nebeneinander.

Kotsalis wies darauf hin, dass diese Diskussion gar nicht so neu sei. Schon 1967 habe der Psychiater *Haddenbrock*³⁶ die Forderung aufgestellt, wenn die Freiheit des Willens nicht beweisbar sei, das Strafrecht durch ein Maßnahmenrecht zu ersetzen. Verantwortung aber sei zunächst einmal auch ein juristischer Begriff.

Abschließend meinte *Bötticher*, dass das Schuldstrafrecht erst dann ggf. ein Dilemma erlebe, wenn der exakte Nachweis der Arbeit des Gehirns möglich sei. Schon jetzt habe eine Anwältin z.B. einen Beweisantrag auf einen neurobiologischen Scan ihres Mandanten gestellt und beantragt, das Verfahren bis zur technischen Möglichkeit eines solchen Vorgehens auszusetzen.³⁷ Ihm falle in diesem Zusammenhang auch das Beispiel der Polygraphentests ein, die der BGH nicht als Beweismittel anerkannt habe.³⁸ In der wissenschaftlichen Fachwelt, so hatte die damalige Expertenanhörung beim BGH ergeben, gab es keine anerkannten Maßstäbe und keinerlei Übereinkunft über die Aussagekraft derartiger Tests. *Bötticher* stellte die Vermutung an, dass dies letztlich auch für die neuen neurobiologischen Erkenntnismethoden zu gelten habe.

Mit einem kurzen Schlusswort *Duttges* endete der offizielle Teil der Veranstaltung, die sodann in einem geselligen Beisammensein ausklang, in dessen Rahmen noch einige der angerissenen Fragen weiter diskutiert werden konnten.

V. Fazit

Die Diskussion kam ganz ohne die Überspitzungen und Aufgeregtheiten, die die Kontroverse in letzter Zeit insbesondere in der öffentlichen Debatte bestimmt haben, aus. Insofern ist *Streng* zuzustimmen, der – wie erwähnt – eine große Harmonie unter den Diskutanten konstatierte.

Seinem ohnehin eher provokanten Zwischenfazit, nachdem die Kontroverse gleichsam vor der Tür geblieben sei, vermag ich mich indes nicht anzuschließen. Denn in der Sache bestanden durchaus große Unterschiede in den Auffassungen der Diskutanten einschließlich des Moderators. *Duttge* gab sich selbst eher als Indeterminist zu erkennen. Dasselbe galt grundsätzlich für *Bötticher*, wenn auch mit der praktisch-pragmatischen Bestrebung, das Schuldstrafrecht auch für den Fall einer Determiniertheit des Menschen über das *Roxinsche* Konzept retten zu wollen. Demgegenüber verfolgte *Kotsalis* den Standpunkt der herrschenden Meinung, nach der das Strafrecht sich einer Stellungnahme zur empirischen Willensfreiheit enthalten könne. *Müller* bezog zu dem Determinismus-Indeterminismus-Problem keine Stellung, machte aber deutlich, dass die Hirnforschung dieses Problem –

anders als manche ihrer Vertreter nun optimistisch behaupten – letztlich auch nicht beantworten könne.

Pauen hingegen enthielt sich zwar weitgehend einer Stellungnahme zur empirischen Frage der Willensfreiheit. Indes suchte er philosophisch zu beweisen, dass sein „Minimalkonzept“ von Freiheit mit Determinismus nicht nur zu vereinen sei, sondern dass Freiheit Determiniertheit *erfordere*: Ein Zuwachs an Indeterminiertheit führe zu einem Zuwachs an Zufall und damit zur Verringerung der Freiheit. Insofern muss er wohl als Determinist eingestuft werden. Dies gilt auch für die beiden anderen Diskutanten, *Cruse* und *Streng*. Dass dabei unter den Deterministen die Auffassungen über das Ausmaß der Entsprechung zwischen inneren und äußeren Vorgängen, zwischen objektiver und subjektiver Sichtweise auseinander gehen, zeigt auch der kurze Austausch zwischen *Cruse* und *Pauen* zum Leitmotiv der Veranstaltung: Bin ich mein Gehirn oder ist das Ich mehr als die Summe neuronaler Prozesse? Es darf wohl behauptet werden, dass auch die Hirnforschung nicht in der Lage ist, solche Fragen letztgültig zu beantworten.

Dennoch wird das Strafrecht sich einer Positionierung gegenüber der Frage der Willensfreiheit nicht entziehen können: Wären menschliche Handlungen determiniert, wäre nicht nur die klar indeterministische Strömung im Strafrecht, allen voran der BGH, in Erklärungsnot. Es wäre dann auch überaus fraglich, ob man dennoch ein bloß metaphysisches Freiheitspostulat aufrechterhalten könnte. Strafe an ein solches bloß gedachtes Prinzip zu knüpfen erschiene rechtsstaatlich höchst problematisch.³⁹

Die Auffassung *Roxins*, der Schuld (auch und gerade wegen des Willensfreiheitsproblems) nur als Begrenzungsprinzip verstehen will, kommt dabei ebenfalls nicht ohne das Freiheitspostulat aus, denn er denkt den Menschen zumindest „als-ob-frei“.⁴⁰ Damit ist diese Auffassung aber gegenüber dem Determinismusproblem nicht indifferent: Schuld wirkt auch nach dieser Auffassung zumindest strafbegründend und damit hinge die Strafbarkeit von einem Postulat ab. Eine andere Frage ist, ob sich nicht die Essenz der *Roxinschen* Auffassung, nämlich Schuld als normative Ansprechbarkeit im Sinne einer Motivierbarkeit durch Normen zu verstehen, behaupten ließe ohne auf Freiheitspostulate zu gründen. Dies scheint mir überlegenswert.⁴¹

Tatsächlich gegenüber dem Determinismus-Indeterminismus-Streit indifferent ist hingegen der funktionale Schuld-begriff. Insofern erscheint es mir – ohne dass ich diesen Gedanken im Rahmen dieser „Tagungsbesprechung“ vertiefen könnte oder wollte – weiterführend, diesen Begriff kritisch auf seine Leistungsfähigkeit zu überprüfen. Dass durch ein funktionales Schuldverständnis der einzelne Straftäter per se

³⁶ *Haddenbrock*, NJW 1967, 285; vgl. aus jüngerer Zeit für eine Abschaffung des Begriffs der Steuerungsfähigkeit bei § 20 StGB auch *Haddenbrock*, MschrKrim 1994, 44, mit krit. Erwiderung *Frister*, MschrKrim 1994, 316 und Replik *Haddenbrock*, MschrKrim 1994, 324.

³⁷ Das Gericht hat den Antrag abgelehnt.

³⁸ BGHSt 44, 308 (= NJW 1999, 657).

³⁹ So auch *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (280); *Roxin* (Fn. 19), § 3 Rn. 55.

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 19), § 3 Rn. 55; vgl. auch *Spilgies*, ZIS 2007, 155 (158).

⁴¹ Auch *Bötticher* hat sich in seinem oben dargestellten Statement dafür ausgesprochen. Die Nähe zur ebenfalls bedenkenswerten Auffassung *Pauens* wäre dann sehr groß; vgl. auch oben, Fn. 19.

zum Objekt der Strafbedürfnisse der Bevölkerung herabgewürdigt würde,⁴² ist dabei nicht erkennbar. Da positiv-generalpräventiv wirksam nur die gerechte Strafe sein dürfte (übermäßiges Strafen dürfte Furcht und Verunsicherung erzeugen und das Vertrauen in den Staat erschüttern), trägt der funktionale Schuldbegriff eine Begrenzung in sich.⁴³ Dass daneben mit der Strafe auf andere präventive Erfordernisse, insbesondere auch solche positiv-spezialpräventiver Art eingegangen werden kann und soll, wird nicht in Frage gestellt. Innerhalb des Rahmens (freilich dann positiv generalpräventiv zu bestimmender) gerechter Strafe kann ihnen Rechnung getragen werden. Insofern kann nicht die Rede davon sein, dass der Angeklagte, dem eine funktional verstandene Schuld zugeschrieben wird, dadurch zum bloßen Objekt des Staates gemacht würde, dass seine Subjektqualität prinzipiell in Frage gestellt würde.⁴⁴ Unter Menschenwürdeaspekten weitaus problematischer wäre ein Schuldbegriff, der dem Täter einen individuellen Vorwurf macht, nicht anders gehandelt zu haben, obwohl er – da determiniert bzw. jedenfalls nicht erweislich indeterminiert – tatsächlich eben nur so und nicht anders hätte handeln können.⁴⁵

Auch das BVerfG versteht die Leistungsfähigkeit des Schuldprinzips zum großen Teil bezogen auf dessen Wirkung gleich dem Übermaßverbot.⁴⁶ Schwieriger ist dagegen eine andere Vorstellung, die das BVerfG mit der Schuldstrafe verbindet: „Mit der Strafe wird dem Täter ein rechtswidriges soziales ethisches Fehlverhalten vorgeworfen. Eine solche strafrechtliche Reaktion wäre ohne Feststellung der individuellen Vorwerfbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar“.⁴⁷ Das BVerfG scheint insofern von der klassischen indeterministischen Sichtweise auszugehen.

Die in weiten Teilen der Strafrechtswissenschaft erkennbare Ablehnung gegenüber einem deterministischen Weltbild dürfte dabei teilweise auch auf einer fatalistischen Fehldeutung des Determinismus beruhen.⁴⁸ Doch die Erkenntnisse der Hirnforschung zur Determiniertheit des Menschen können auf keinen Fall bedeuten, dass der Mensch nicht selbst gestaltend in seine Umwelt eingreifen könnte. Die Hirnforschung widerlegt auch nicht die Lernfähigkeit des Menschen, sondern hat sie im Gegenteil wiederholt eindrucksvoll bestätigt. Der Mensch ist bis in hohe Alter hinein lernfähig; auch dies ist auf biologischer Ebene darstellbar, da sich – entgegen der vormals herrschenden Auffassung – sogar neue neuronale Verschaltungen in jeder Lebensphase noch bilden können.

⁴² So aber *Roxin* (Fn. 19), § 19 Rn. 35.

⁴³ *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (292 ff.); *Jakobs* (Fn. 26), 17/29 ff. Ob diese Grenze auch empirisch bestimmbar oder zumindest auf anderem Wege zuverlässig zu ermitteln wäre, ist eine ganz andere, durchaus problematische Frage.

⁴⁴ Vgl. zu diesen Anforderungen in Bezug auf Art. 1 Abs. 1 GG, BVerfGE 109, 279 (312 f.); BVerfGE 96, 375 (399).

⁴⁵ Insofern übereinstimmend *Roxin* (Fn. 19), § 3 Rn. 55 f., für das – von ihm ebenfalls nicht befürwortete – Vergeltungsstrafrecht.

⁴⁶ Vgl. z.B. BVerfGE 110, 1 (13 m.w.N.).

⁴⁷ BVerfGE 95, 96 (140); BVerfGE 20, 323 (331).

⁴⁸ So auch *Spilgies* (Fn. 23), S. 78 ff.

Keineswegs lernt Hans nimmermehr, was Hänschen nicht lernte. Auch für das Strafrecht macht das Hoffnung.

Es darf vermutet werden, dass der Streit zwischen Deterministen, Indeterministen und der sich einer klaren Positionierung enthaltenden Mehrheit zu großen Teilen auf einer unterschiedlichen Sprache beruht. Es wird häufig dasselbe gemeint, wenn es auch unterschiedlich benannt wird.⁴⁹ So mag der Eindruck von Harmonie zwischen den Diskutanten auch darauf zurückzuführen sein, dass die Unterschiede in den jeweiligen Auffassungen – abgesehen von der Terminologie – vielleicht so groß gar nicht sind.

⁴⁹ So auch *Kudlich*, HRRS 2005, 51 (52); *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (296 m. Fn. 76); ähnlich *Roxin* (Fn. 19), § 19 Rn. 48. Dennoch ist die verwendete Terminologie nicht bedeutungslos, da die Benennung eines Phänomens immer auch schon einen Teil seiner Bewertung in sich trägt.

Zur Korruptionsstrafbarkeit kommunaler Mandatsträger

Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 9.5.2006 – 5 StR 453/05*

Von Richter i.H. Dr. **Holger Niehaus**, Münster

Entscheidungen der kommunalen Volksvertretungen sind häufig von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite für die Betroffenen, so etwa bei der Verwirklichung von Großbauvorhaben, der Schaffung von Versorgungsinfrastruktur (Müllverbrennungsanlagen) oder bei der Ausweisung von Baugebieten. Weil zudem auf kommunaler Ebene häufig eine persönliche Bekanntschaft zwischen den Betroffenen und den Entscheidungsträgern vorhanden ist, sind derartige Beschlüsse in besonderem Maße der Gefahr ausgesetzt, Gegenstand unlauterer Manipulationsversuche der wirtschaftlich Betroffenen zu werden.¹ Daher ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder von Stadt- und Gemeinderäten Täter der Korruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) sein können, von erheblicher Bedeutung. Der 5. Strafsenat hat mit seiner Entscheidung vom 9.5.2006 die Frage dahingehend beantwortet, dass Zahlungen und ihre Entgegennahme dann nicht unter dem Gesichtspunkt der §§ 331 ff. StGB strafbar seien, wenn sie für das Abstimmungsverhalten im Kommunalparlament oder für dessen Vorbereitung erfolgen. Dem hat sich der 2. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 12.07.2006 angeschlossen.² Da diese Auslegung in erheblichem Umfang zur Straflosigkeit von Zuwendungen an kommunale Mandatsträger führt, fordert der 5. Strafsenat des BGH den Gesetzgeber ausdrücklich zum Tätigwerden auf.³ Inzwischen liegt ein erster Gesetzentwurf vor, der der Aufforderung des Gerichts Rechnung tragen will.⁴ Die Entscheidung des 5. Strafsenates wirft damit zentrale Fragen des Amtsträgerbegriffs auf, die auch weiterhin Gegenstand der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion sein werden.

I. Meinungsstand

Die Frage der Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern ist seit langem Gegenstand einer Kontroverse, deren Ursache in der offenen Frage der Zuordnung von Gemeindevertretungen zur Exekutive oder Legislative liegt. Die mit der Frage befassten erstinstanzlichen Gerichte haben die Amtsträgereigenschaft – gestützt auf § 11 Abs. 1, Nr. 2 c) StGB – einhellig bejaht.⁵ Soweit die Amtsträgereigenschaft gelegentlich offen gelassen wurde,⁶ beruhte dies auf Sachverhaltsgestaltungen, in denen die Täter nicht in ihrer Eigenschaft als Ratsmitglied tätig wurden, sondern in darüber hinausgehen-

den Funktionen, im Fall des OLG Stuttgart⁷ etwa als Mitglied des Jagdvorstandes.

Im Schrifttum werden dagegen pauschalierende Aussagen zugunsten oder gegen die Einordnung kommunaler Mandatsträger überwiegend zugunsten differenzierender Ansätze verworfen. Zum Teil wird auf den Charakter der erstrebten oder vorgenommenen Handlung des Ratsmitglieds abgestellt. Entscheidend sei, ob die konkret vorgenommene Handlung sich ihrer Art nach als Exekutiv- oder als Legislativtätigkeit darstelle.⁸ Letzteres soll insbesondere beim Erlass von Satzungen der Fall sein, so dass etwa ein Ratsmitglied, das sich bei der Aufstellung eines Bebauungsplanes von einem Landeigentümer, dessen Grundeigentum in Bauland umgewandelt werden soll, bestechen lässt, in dieser Konstellation kein Amtsträger und damit kein tauglicher Täter des § 332 StGB wäre.⁹

Demgegenüber wird die Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern zum Teil im Grundsatz abgelehnt.¹⁰ Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn Ratsmitglieder über ihre eigentliche Tätigkeit hinaus mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut werden (wie etwa in dem oben beschriebenen Fall der Wahrnehmung von Aufgaben des Jagdvorstandes).¹¹

II. Die Entscheidung des BGH

Die nunmehr vom BGH favorisierte Lösung deckt sich inhaltlich mit der zuletzt genannten Auffassung im Schrifttum. Sein Ergebnis stützt das Gericht auf zwei Säulen. Zum einen handele es sich bei den Ratsmitgliedern nicht um Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1, Nr. 2 StGB; zum anderen stelle § 108e StGB eine abschließende Sonderregelung für die Beeinflussung des Verhaltens im Rat, seinen Ausschüssen sowie des Verhaltens im Vorfeld von Abstimmungen dar. Diese Auslegung gibt Anlass zu einer kritischen Würdigung; im Ergebnis dürften die besseren Argumente für eine Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern (und zwar gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB) sprechen.

⁷ OLG Stuttgart NJW 1966, 679.

⁸ Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage 2006, § 11 Rn. 23; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 501, 675 ff.; Krey/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 666: „jedenfalls bei ihrer Legislativtätigkeit“.

⁹ Krey/Heinrich (Fn. 8), Rn. 666; Sachverständiger Fischer, Rechtsausschuss, 12. Wahlperiode, 69. Sitzung, S. 68.

¹⁰ Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Auflage, § 11 Rn. 37, 42; Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 40. Lfg., Stand: Februar 2005, § 11 Rn. 21; Deiters, NStZ 2003, 453 (458).

¹¹ Deiters, NStZ 2003, 453 (458); Rudolphi/Stein (Fn. 10), § 11 Rn. 21.

* BGHSt 51, 44 = NStZ 2006, 389.

¹ Vgl. Dahs/Müssig, NStZ 2006, 191 (195); Rübenthal, HRRS 2006, 34; BT-Drs. 12/5927, S. 6.

² BGH wistra 2006, 419 (420).

³ BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

⁴ BT-Drs. 16/6726 (Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 16.10.2007).

⁵ LG Köln NStZ-RR 2003, 364; LG Krefeld NJW 1994, 2036; AG Wuppertal, 12 Ls 835 Js 79/01.

⁶ OLG Celle MDR 1962, 671; OLG Stuttgart NJW 1966, 679.

III. Amtsträgereigenschaft gem. § 11 I Nr. 2 b) oder c) StGB?

Die Amtsträgereigenschaft entsteht entweder aufgrund einer besonderen *dienstlichen Stellung* des Betroffenen (§ 11 Abs. 1, Nr. 2 a), b) StGB) oder als Folge der Wahrnehmung bestimmter *Aufgaben* (§ 11 Abs. 1, Nr. 2 c) StGB).¹² Die gesetzliche Begriffsbestimmung weist insoweit eine dualistische Struktur auf.¹³ Im Fall eines Ratsmitgliedes kommt sowohl eine Amtsträgereigenschaft kraft einer besonderen Stellung (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB) als auch aufgrund der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben (§ 11 Abs. 1, Nr. 2 c) StGB) in Betracht.

Ganz überwiegend wird die Frage – zumeist ohne Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer Subsumtion unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB – als Problem des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB diskutiert.¹⁴ Demgegenüber qualifiziert *Rudolphi* im Anschluss an *Samson*¹⁵ Ratsmitglieder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB, soweit sie exekutive Aufgaben wahrnehmen.¹⁶ Ohne diese Einschränkung geht *Welp* von einer Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB aus.¹⁷ *Paeffgen*¹⁸ lässt die Frage offen, während *Deiters*¹⁹ sie verneint, da jedenfalls keine „Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ vorliege, die Voraussetzung sowohl für eine Amtsträgereigenschaft i.S.d. § 11 Abs. 1, Nr. 2 b) StGB als auch gem. Nr. 2 c) sei.

Der Entscheidung des BGH gebührt zunächst das Verdienst, die Auseinandersetzung mit einer denkbaren Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB – im Gegensatz zu den oben genannten erstinstanzlichen Entscheidungen²⁰ – geführt zu haben. Denn die Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) ist vorrangig gegenüber lit. c) zu

¹² *Welp*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, S. 761.

¹³ *Welp* (Fn. 12), S. 761, 764; vgl. *Lenckner*, ZStW 2004, 532, Fn. 93.

¹⁴ Jeweils ohne Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB: LG Köln NStZ-RR 2003, 364; LG Krefeld NJW 1994, 2036 (2037); *Bernsmann*, StV 2003, 521 (525); *Eser* (Fn. 8), § 11 Rn. 23; *Gribbohm* (Fn. 10), § 11 Rn. 37, 42; *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, § 11 Rn. 47; ausdrücklich gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 11 Rn. 11; *Heinrich* (Fn. 8), S. 676; BGH wistra 2006, 419 (420; dort wird zur Begründung lediglich auf die Entscheidung des 5. Strafsenates Bezug genommen); kritisch zur fehlenden Diskussion des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

¹⁵ *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 10), 1. Auflage, 1975, § 11 Rn. 13.

¹⁶ *Rudolphi*, in: ders. (Fn. 10), 6. Aufl., § 11 Rn. 20.

¹⁷ *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (764, Fn. 16); ebenso *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (27).

¹⁸ *Paeffgen*, JZ 1997, 178 (179 f.).

¹⁹ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

²⁰ Oben, Fn. 5.

untersuchen, der nur solche Personen erfasst („sonst dazu bestellt“), die nicht bereits Amtsträger gemäß Nr. 2 a) und b) sind.²¹

IV. Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB

1. Innergesetzliche Systematik/Kein Erfordernis der „Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“

Das sonstige öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB setzt besondere *personale Bindungen* zum Staat voraus, die einem öffentlich-rechtlichem Dienst- und Treueverhältnis, wie es die Beamtenstellung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB kennzeichnet, vergleichbar sind.²² Hierdurch unterscheidet es sich von der sonstigen Bestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB, neben dem lit. b) ansonsten überflüssig wäre. Anders als in § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wird in Nr. 2 a) und b) die Amtsträgereigenschaft also über den *Charakter des Innenverhältnisses* des Amtsträgers zu seinem Dienstherrn und nicht durch die Qualität der wahrgenommenen Aufgabe begründet.²³ Daher setzt § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB nicht voraus, dass die Betreffenden Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wahrnehmen (so wenig, wie die Ernennung zum Beamten notwendigerweise die Übertragung eines Amtes voraussetzt),²⁴ wie dies jedoch zum Teil aus der einleitenden Gesetzesformulierung („sonst dazu bestellt“) gefolgert wird.²⁵ Anderenfalls müssten diejenigen Vertreter des Schrifttums, die etwa die fiskalische Tätigkeit (etwa im Beschaffungswesen) nicht als Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ansehen, die Amtsträgereigenschaft solcher Beamter im statusrechtlichen Sinne ablehnen, die ausschließlich zur Wahrnehmung derartiger Tätigkeiten bestellt sind. Dies wird jedoch im Schrifttum mit Recht ausdrücklich abgelehnt, und es wird lediglich die Frage aufgeworfen, ob angesichts der – auf der Grundlage dieser Sichtweise zum fiskalischen Verwaltungshandeln bestehenden – Ungleichbehandlung zwischen fiskalisch handelnden Beamten einerseits und Angestellten im öffentlichen Dienst andererseits, die Strafbarkeit der Beamten in diesen Fällen rechtspolitisch zu rechtfertigen ist, ohne dass aber diese Strafbarkeit de lege lata in Zweifel gezogen wird.²⁶

Auch der 5. Strafsenat geht offenbar nicht davon aus, dass eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB Voraussetzung für eine Amtsträgereigenschaft gemäß Nr. 2 b) wäre. Er ist vielmehr der Auffassung, dass „historische, systematische und teleologische Argumente“ entgegenstünden, obwohl der Wortlaut ohne

²¹ *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (33).

²² *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (762, 764); *Eser* (Fn. 8), § 11 Rn. 20; *Lenckner*, ZStW 1994, 502 (523, Fn. 70).

²³ *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (763).

²⁴ *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (763); *Lenckner*, ZStW 1994, 502 (531).

²⁵ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

²⁶ *Heinrich* (Fn. 8), S. 487.

Weiteres eine Subsumtion unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB zulässt.²⁷ Die Frage der fehlenden Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wird demgegenüber erst im Rahmen der anschließenden Prüfung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB angesprochen.²⁸

Dieses Ergebnis entspricht auch der innergesetzlichen Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, denn § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ist als Auffangtatbestand für Fälle konzipiert, die nicht unter die lit. a) und b) fallen,²⁹ nicht aber als Einschränkung der vorangehenden Begriffsbestimmungen.

2. Sonstiges öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis

Setzt also § 11 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB – ebenso wenig wie Nr. 1 a) – die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung voraus, so stellt sich die Frage, ob Mitglieder der Kommunalparlamente die personalen Voraussetzungen dieser Norm erfüllen. Das Innenverhältnis zwischen den Ratsmitgliedern und der Gemeinde weist zahlreiche Parallelen zu den persönlichen Dienst- und Treuepflichten von Beamten auf.³⁰ Das LG Köln weist zu Recht etwa auf die Pflicht zur Verschwiegenheit (z.B. §§ 43 Abs. 2, 30 GO NW) und auf den Ausschluss von der Mitwirkung, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit dem Ratsmitglied selbst oder seinen Angehörigen einen unmittelbaren Vorteil bringen kann, oder wegen Besorgnis der Befangenheit (§§ 43 Abs. 2, 31 GO NW), hin.³¹ Diese Regelungen entsprechen den verwaltungs-verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 20, 21 VwVfG – und damit Normen, die gerade Ausdruck des für das Beamtenverhältnis kennzeichnenden Treueverhältnisses sind.³² Weiterhin ist auf die Haftung des Ratsmitgliedes für Ratsbeschlüsse hinzuweisen, durch die die Gemeinde einen Schaden erleidet (etwa § 43 Abs. 4 GO NW).³³ Auch diese Ausgestaltung der Haftung ist dem traditionellen Beamtenrecht nachgebildet (vgl. § 84 LBG NW) und ist Ausdruck der – in diesem Fall verletzen – besonderen beamtenrechtlichen Dienst- und Treuepflicht.

Demnach lässt sich festhalten, dass das Innenverhältnis zwischen dem Ratsmitglied und der Gemeinde in zentralen Aspekten (Haftung, Pflicht zur Verschwiegenheit, Ausschluss wegen Besorgnis der Befangenheit) den beamtenrechtlichen Vorschriften nachgebildet ist. Daher ist die Aussage gerechtfertigt, dass es sich bei der Innenbeziehung zwischen Ratsmitglied und Gemeinde um ein Verhältnis handelt, das durch Pflichten gekennzeichnet ist, wie sie ansonsten typisch für das Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn sind.

3. keine Zugehörigkeit zur Legislative

Obwohl also die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB vorliegen, könnte eine Amtsträgereigenschaft der Ratsmitglieder zu verneinen sein, wenn sie der gesetzgebenden Gewalt zuzuordnen wären. Die Prämisse, dass Mitglieder der Legislativorgane keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne sind, darf heute als allgemein anerkannt gelten.³⁴ Sie geht zurück auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1953, in der der BGH – allerdings lediglich im Rahmen eines obiter dictums – ausführt, die Abgeordneten übten zwar „öffentlich-rechtliche Befugnisse“ aus, seien aber als Mitglieder der gesetzgebenden Gewalt gleichwohl keine Beamte im strafrechtlichen Sinne.³⁵ Diese Auffassung hat auch der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 108e StGB zugrunde gelegt, indem ausgeführt wird, dass es dieses Tatbestandes bedürfe, da Abgeordnete keine Amtsträger seien.³⁶

Mit dieser Festlegung ist allerdings für die Frage der Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern noch nichts entschieden, denn ob diese der Legislative angehören, richtet sich danach, anhand welcher Kriterien eine Abgrenzung der Legislative von der Exekutive vorgenommen wird. In Betracht kommen insoweit die Art der Übertragung des Mandates, der Vorgang der Entscheidungsfindung innerhalb des Gremiums und die Art der Regelung, die das Ergebnis dieses Vorgangs darstellt.³⁷

a) Der Einordnung der Gemeinderatsmitglieder als Angehörige eines Exekutivorgans steht zunächst nicht entgegen, dass diese ihr Mandat in allgemeiner, freier und gleicher Wahl direkt vom Volk erhalten und nicht wie Beamte ernannt werden.³⁸ Denn auch Wahlbeamte sind Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wie das Beispiel des Bürgermeisters in Nordrhein-Westfalen zeigt, der wie die Ratsmitglieder direkt gewählt wird (§ 65 GO NW).³⁹

b) Dasselbe gilt für das Argument, dass bei Beschlüssen von Gemeinderäten das demokratische Prinzip der Stimmenmehrheit gilt (§ 50 Abs. 1 GO NRW) und sich die Entscheidung aufgrund politischer Willensbildung im demokratischen Prozess vollzieht.⁴⁰ Diese Voraussetzungen liegen auch etwa bei Beschlüssen der Bundesregierung vor (§ 24 Abs. 2 GO BReg), ohne dass an der Zuordnung von deren Mitgliedern zur Exekutive Zweifel bestünden. Zudem lässt sich der Aussage, wonach aufgrund der politischen Willensbildung im Rat dessen Aufgabe „nicht – auch nicht teilweise – Verwaltung im materiellen Sinne“ sei, zumindest der grundgesetzliche Sprachgebrauch des Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG entgegenhalten.⁴¹ Danach haben die Gemeindeverbände (für

²⁷ BGHSt 51, 44 (49, Rn. 25).

²⁸ BGHSt 51, 44 (52 f., Rn. 30, 33).

²⁹ Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (32 f.).

³⁰ Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (27 f.).

³¹ LG Köln NStZ-RR 2003, 364; vgl. auch Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (29).

³² LG Köln NStZ-RR 2003, 364.

³³ LG Köln NStZ-RR 2003, 364.

³⁴ BGHSt 51, 44 (51, Rn. 51); Krey/Heinrich (Fn. 8), Rn. 666; Heinrich (Fn. 8), S. 500.

³⁵ BGHSt 5, 100 (105 f.).

³⁶ BT-Drs. 12/5927, S. 5.

³⁷ Deiters, NStZ 2003, 453 (456).

³⁸ A.A. Deiters, NStZ 2003, 453 (456).

³⁹ Vgl. Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (33).

⁴⁰ Vgl. Deiters, NStZ 2003, 453 (456); Dahn/Müssig, NStZ 2006, 191 (194); Rudolphi/Stein (Fn. 10), § 11 Rn. 21.

⁴¹ A.A. Dahn/Müssig, NStZ 2006, 191 (194).

die Gemeinden gilt nichts anderes) das Recht zur Selbst-„Verwaltung“, welches sie unter anderem und primär durch die Gemeinderäte bzw. Kreistage ausüben.

c) Der BGH qualifiziert die Gemeindevertretungen in Übereinstimmung mit der verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung⁴² daher vielmehr aufgrund des Charakters der Beschlüsse des Rates zu Recht als Bestandteil der Exekutive – in Abgrenzung zu (echten) Parlamenten im staatsrechtlichen Sinne.⁴³ Denn der Gemeinderat wird lediglich in Ausfüllung der Befugnis der Kommunen zur kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft tätig, auch wenn die Satzungen, zu deren Erlass er befugt ist, normtheoretisch als Gesetze im materiellen Sinne einzuordnen sein mögen.⁴⁴ Administrative Normgebung ist Verwaltungstätigkeit; insbesondere enthalten kommunale Satzungen – im Gegensatz zu formellen Gesetzen (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) – auch konkret-individuelle Regelungen (insbesondere Bebauungspläne).⁴⁵ Dass eine Befugnis zum Erlass von Gesetzen im materiellen Sinne eine Zuordnung zur Exekutive nicht ausschließt, zeigt im Übrigen das Beispiel des Ministers,⁴⁶ der zum Erlass von Rechtsverordnungen befugt, gleichwohl aber nach einhelliger Meinung Amtsträger ist und von der Gesetzesbegründung des EGStGB gerade als Beispiel für Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB genannt wird.⁴⁷ Der Legislative gehören demgegenüber nur Mitglieder von Körperschaften an, die zum Erlass von Gesetzen im formellen Sinne berufen sind.⁴⁸ Ratsmitglieder sind daher Teil eines Exekutivorgans.

4. Differenzierende Lösung?

Mit dem Vorstehenden sind zugleich solche differenzierenden Ansätze unvereinbar, die eine Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern ablehnen, soweit sie in legislatorischer Funktion tätig werden, mithin beim Erlass von Satzungen.⁴⁹ Denn indem § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB die Amtsträgereigenschaft an die personalen Bindungen der Person zum Staat knüpft und nicht an die konkret wahrgenommene Aufgabe, wird derartigen Differenzierungen die Grundlage entzogen. Im Übrigen wird eine solche Differenzierung bei Ministern des Bundes oder Landes, die in Gestalt von Rechtsverordnungen Vorschriften erlassen, welche den Parlamentsgesetzen und damit der Legislative eher näher stehen als die Ortssatzungen des Rates, zu Recht nicht erwogen.

⁴² BVerfGE 78, 344 (348); BVerwG NJW 1993, 411 (412).

⁴³ BGHSt 51, 44 (52, Rn. 31); a.A. *Stein/Rudolphi* (Fn. 10), § 11, Rn. 21.

⁴⁴ Vgl. BGHSt 51, 44 (52, Rn. 31): „gewisser legislatorischer Charakter“ der Rechtssetzungstätigkeit; LG Krefeld NJW 1994, 2036.

⁴⁵ *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (30).

⁴⁶ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁴⁷ BT-Drs. VII/550, S. 209.

⁴⁸ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁴⁹ Vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

5. Zwischenergebnis

Eine zunächst auf Wortlaut und innergesetzliche Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB gestützte Auslegung führt daher entgegen der Auffassung des BGH zur Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern. Darauf, dass eine Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht vorliegen mag,⁵⁰ kommt es nach der hier vertretenen Auffassung nicht an.

V. § 108e als abschließende Sonderregelung?

Etwas anderes könnte sich aus einer normübergreifenden systematisch-teleologischen Auslegung unter Berücksichtigung des § 108e StGB ergeben, worauf der 5. *Strafsenat* als zweite Begründungslinie sein Ergebnis stützt (während der 2. *Senat* diese Frage in seiner Entscheidung, die sich ansonsten dem 5. *Senat* anschließt, ausdrücklich offen lässt⁵¹). Es handele sich bei § 108e StGB um eine abschließende Sonderregelung im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen im Gemeinderat.⁵² Diese auch von Teilen des Schrifttums geteilte Auffassung⁵³ stützt sich im Wesentlichen auf die Aussage des Gesetzgebers von 1994, wonach der Tatbestand systematisch nicht den Amtsdelikten zugeordnet werde, „da der Abgeordnete kein Amtsträger“ sei.⁵⁴ Da aber § 108e StGB neben den Abgeordneten der Landes- und Bundespardamente (sowie des Europarlamentes) auch die Angehörigen der Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände erfasst, ergebe sich hieraus, dass der Gesetzgeber in § 108e StGB eine abschließende Regelung habe formulieren wollen.⁵⁵

Im Ergebnis stehen jedoch auch diese Gesichtspunkte einer Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern nicht entgegen.⁵⁶ Der Gesetzgeber hatte bei der Schaffung des § 108e StGB primär die Abgeordneten der Landtage und des Bundestages vor Augen.⁵⁷ Dies ergibt sich etwa aus der Einleitung der Gesetzesbegründung, die unter „Allgemeines“ formuliert, es bestehe ein Bedürfnis, „die Legislative“⁵⁸ strafbewehrt vor unlauterer Einflussnahme zu schützen.⁵⁹

Richtig ist zwar, dass auch die Angehörigen der Gemeindevertretungen Eingang in den Tatbestand des § 108e StGB gefunden haben, so dass die oben zitierte Aussage der Gesetzesbegründung, Abgeordnete seien keine Amtsträger, auch auf Ratsmitglieder bezogen werden kann. Diese Annahme der Gesetzesbegründung entfaltet jedoch keine Bindungswir-

⁵⁰ Vgl. dazu BGHSt 51, 44 (52, Rn. 30).

⁵¹ BGH wistra 2006, 419 (420).

⁵² BGHSt 51, 44 (55).

⁵³ *Dahs/Müssig*, NStZ 2006, 191 (195); *Feinendegen*, NJW 2006, 2014 (2015).

⁵⁴ BT-Drs. 12/5927, S. 5.

⁵⁵ *Dahs/Müssig*, NStZ 2006, 191 (195).

⁵⁶ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365); *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁵⁷ *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁵⁸ BT-Drs. 12/5927, S. 4.

⁵⁹ BT-Drs. 12/5927, S. 3 f.; vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

kung für die Auslegung.⁶⁰ Denn eine „verbindliche Richtschnur“ für die Auslegung bildet nach der juristischen Methodenlehre allenfalls die *Regelungsabsicht* des Gesetzgebers. Als für die Auslegung bedeutsamer Wille des Gesetzgebers sind nur die in der Regelung erkennbar ausgeprägte und in ihr angelegte Grundabsicht und diejenigen Vorstellungen anzusehen, die in der gesetzgebenden Körperschaft oder ihren Ausschüssen zum Ausdruck gebracht und ohne Widerspruch geblieben sind.⁶¹ In dem der Schaffung des § 108e StGB vorangegangenen Gesetzgebungsverfahren ist jedoch zum einen – im Gegenteil – mehrfach im Rechtsausschuss unwidersprochen vorgetragen worden, dass Gemeinderats- und Kreistagsmitglieder grundsätzlich Amtsträger seien.⁶² Weder in den Sitzungen des Bundestages noch in denjenigen des Rechtsausschusses ist eine klare Äußerung eines Abgeordneten dahingehend getroffen worden, Gemeinderatsmitglieder seien künftig nicht nach den §§ 331 ff. StGB strafbar.⁶³ Die Aussage des *BGH*, es entspreche „dem *ausdrücklichen* Willen des Gesetzgebers, weite Teile von [...] Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindevertretungen straflos zu stellen“⁶⁴, findet daher keine Stütze in den Beratungen des Gesetzes, wie bereits das LG Köln mit Recht betont hat.⁶⁵ An einer bewussten „Regelungs- und Strukturentscheidung“ des Gesetzgebers dahingehend, dass kommunale Mandatsträger nicht unter den Begriff des Amtsträgers fallen sollen,⁶⁶ fehlt es somit gerade.

Zum anderen sind konkrete Normvorstellungen des Gesetzgebers, die über die nähere Bedeutung oder Reichweite einer gesetzlichen Bestimmung geäußert werden, weder ein-

zeln noch in ihrer Gesamtheit bindende Kriterien für die Auslegung; vielmehr wird diese nicht selten von ihnen abweichen,⁶⁷ wie dies in der Tat in den auf die Gesetzesänderung folgenden erstinstanzlichen Entscheidungen geschehen ist.⁶⁸

Die rechtliche Einschätzung der schriftlichen Gesetzesbegründung, Abgeordnete seien keine Amtsträger, ist daher für die Gesetzesauslegung nicht maßgeblich. Orientiert man die Auslegung vielmehr an der *Regelungsabsicht* des Gesetzgebers, so bestand diese ersichtlich nicht darin, die Strafbarkeit der Bestechung von Ratsmitgliedern einzuschränken.⁶⁹ Eben-dies wäre jedoch die Konsequenz einer Auffassung, die aus der Schaffung des § 108e StGB das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB herleiten wollte. Zweck der Einführung des Tatbestandes des § 108e StGB war vielmehr die Ausdehnung der Strafbarkeit.⁷⁰

Entgegen der Auffassung des 5. *Strafsenates* und von Teilen des Schrifttums lässt sich daher auch aus einer systematischen Auslegung unter Berücksichtigung des § 108e StGB nicht herleiten, dass Gemeinderatsmitglieder keine Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind.

5. Teleologische Gesichtspunkte

Zu einer solchen Annahme besteht schließlich auch unter spezifisch teleologischen Gesichtspunkten keine Veranlassung. Zum Teil wird darauf verwiesen, dass Abgeordnete und Amtsträger sich in ihrer Stellung unterschieden und der Gesetzgeber bei ersteren die interessengeleitete Beeinflussung des Willensbildungsprozesses – abgesehen vom Stimmenkauf – nicht als strafwürdig angesehen habe. Dies möge zwar politisch als fragwürdig angesehen werden können, jedoch sei der dahingehende Wille des Gesetzgebers und dessen „Wertentscheidung“ zu respektieren.⁷¹ Hiergegen lässt sich einwenden, dass – wie oben gezeigt – der Gesetzgeber gerade nicht zu erkennen gegeben hat, dass er mit der Schaffung des § 108e StGB eine Einschränkung der Strafbarkeit verbunden sehen wollte. Zumindest dies wäre jedoch Voraussetzung für eine so weitgehende Einschränkung der Strafbarkeit von Gemeinderatsmitgliedern aufgrund eines vorgeblichen gesetzgeberischen Willens. Es liegt insoweit nahe, sich der deutlichen Formulierung des LG Köln anzuschließen: „Wenn der Gesetzgeber die Strafbarkeit von Ratsmitgliedern nach

⁶⁰ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre des Rechts, 3. Aufl. 1995, S. 150.

⁶¹ *Larenz/Canaris* (Fn. 60), S. 150.

⁶² So der Abgeordnete *Eylmann* (Protokolle des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode, Bl. 58) und die Sachverständigen *Fischer* und *Dr. Scheu* im Rahmen der Sachverständigenanhörung in der 69. Sitzung des Rechtsausschusses (Protokolle des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode, 69. Sitzung, S. 68, 82); vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁶³ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (366; unter Bezugnahme auf BT-Plenarprotokoll 12/70 v. 16.1.1992, S. 5918-5926; BT-Plenarprotokoll 12/134 v. 21.1.1993, S. 11698-11701; BT-Plenarprotokoll 12/182 v. 21.10.1993, S. 15729; BT-Plenarprotokoll 12/190 v. 12.11.1993, S. 16421-16428; BT-Plenarprotokoll 664 v. 17.12.1993, S. 628). Der Abg. *de With* sprach im Bundestag von Mitgliedern „kommunaler Körperschaften“ wie den „Bezirksräten in Bayern und den gewählten Mitgliedern der Landschaftsverbände in NRW“, hinsichtlich derer eine Strafbarkeitslücke bestehe (Protokolle des Dt. Bundestages, 12. Wahlperiode, 190. Sitzung v. 12.11.1993, S. 16422); vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁶⁴ BGHSt 51, 44, Rn. 47 (Hervorhebung vom *Verf.*).

⁶⁵ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365 f.).

⁶⁶ *Dahs/Müssig*, NStZ 2006, 191 (194); vgl. auch *Feinendegen*, NJW 2006, 2014 (2015).

⁶⁷ BVerfGE 54, 277 (298); *Larenz/Canaris* (Fn. 60), S. 150; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (366): Aus der möglicherweise vorhandenen „rechtsirrigen“ Auffassung einzelner Abgeordneter, Gemeinderatsmitglieder unterfielen generell nicht den §§ 331 ff. StGB, könne für die Bestimmung des für die Auslegung maßgeblichen gesetzgeberischen Willens nichts hergeleitet werden.

⁶⁸ LG Köln NStZ-RR 2003, 364; LG Krefeld NJW 1994, 2036; AG Wuppertal, 12 Ls 835 Js 79/01.

⁶⁹ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365); *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁷⁰ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365); *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁷¹ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (458).

§§ 331, 332 StGB aufheben will, so mag er dies in einem *Korruptionserleichterungsgesetz* klar sagen und die Verantwortung hierfür übernehmen.⁷² Der Gesetzgeber hat indes – im Gegenteil – bei der Schaffung des § 108e StGB in der Gesetzesbegründung ausgeführt: „Es gibt keine einleuchtenden Gründe dafür, dass Bestechung und Bestechlichkeit bei Amtsträgern strafrechtlich geahndet werden, bei Volksvertretern, die oft noch erheblich weiterreichende Entscheidungen zu treffen haben, hingegen nicht.“⁷³ Diese Aussage verdeutlicht eindringlich, dass nicht davon gesprochen werden kann, es sei der für die Auslegung auch der §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB maßgebliche Wille des Gesetzgebers gewesen, durch Schaffung des § 108e StGB eine bestehende Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB für den Fall der Ratsmitglieder einzuschränken. Der zitierten Aussage des Gesetzgebers ist zudem auch in der Sache zuzustimmen. Denn es mag zwar richtig sein, dass die Verfolgung politischer Zwecke und damit von Partikularinteressen bei der Stimmabgabe Teil des politischen Kräftespiels im Parlament und als solches nicht zu beanstanden sei.⁷⁴ Hieraus folgt indes nichts für die Auslegung. Denn die Entgegennahme von Vorteilen für ein Verhalten im Rahmen der Mandatsausübung ist qualitativ etwas anderes als eine legitime Vertretung der Interessen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen im Parlament.⁷⁵ Eine Parteidemokratie akzeptiert zwar ihrem Wesen nach, dass der Abgeordnete – im Rahmen seines freien Mandats – sein Verhalten auch an den Interessen der ihn wählenden Gruppe der Wahlberechtigten ausrichtet, nicht aber, dass er dieses an den Zuwendungen ausrichtet, die nicht in seiner erstrebten (Wieder-) Wahl bestehen.⁷⁶

IV. Zusammenfassung/Kritik der Entscheidung des 5. Strafsenates

Die Entscheidung des BGH vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Wie der 5. Strafsenat zugesteht, spricht der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB dafür, Ratsmitglieder als Amtsträger im Sinne dieser Vorschrift anzusehen. Die Gründe dafür, weshalb die Vorschrift nach der Auffassung des *Senats* gleichwohl nicht eingreifen soll, bleiben demgegenüber im Ungefähren. Das „historische“ Argument⁷⁷, wonach nach dem Willen des Gesetzgebers Ratsmitglieder keine Amtsträger sein sollen, findet im Gesetzgebungsverfahren zu § 108e StGB gerade keine Stütze, wie oben gezeigt wurde. Da der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 108e StGB die bestehende Strafbarkeit ausweiten wollte, ist es auch nicht überzeugend, für Ratsmitglieder in dieser Vorschrift eine die §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB verdrängende Sonderre-

gelung zu sehen. Aus der innergesetzlichen Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB lassen sich ebenfalls keine Argumente gegen die Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB gewinnen, wovon offenbar auch der 5. Strafsenat ausgeht, da er die im Schrifttum vertretene Auffassung, wonach auch eine Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB voraussetze, dass Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Sinne der Nr. 2 c) wahrgenommen werden,⁷⁸ nicht aufgreift. Ebenfalls nicht überzeugend sind schließlich die teleologischen Erwägungen, mit denen der *Senat* seine Ausführungen zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB beschließt. Es mag richtig sein, dass gewisse Unterschiede zwischen Amts- und Mandatsausübung bestehen, wie etwa die vom BGH angeführte Unvertretbarkeit der Entscheidungen von Mandatsträgern.⁷⁹ Nicht ersichtlich ist jedoch, weshalb sich aus diesen Unterschieden die Erforderlichkeit einer teleologischen Reduktion – nichts anderes stellt die Entscheidung dar, § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen aufgrund von „teleologischen Argumenten“⁸⁰ nicht anzuwenden – ergeben sollte. Der *Senat* selbst führt in derselben Entscheidung an anderer Stelle aus, dass „sich der Inhalt der Tätigkeit einer kommunalen Volksvertretung in Teilbereichen kaum von der kommunalen Verwaltungstätigkeit unterscheidet“ und Manipulationen des Verhaltens von Abgeordneten ebenso strafwürdig sind wie es korruptives Verhalten von Beamten ist.⁸¹ Ebendies hat auch der Gesetzgeber bei Schaffung des § 108e StGB deutlich zum Ausdruck gebracht.⁸² Vor diesem Hintergrund besteht zu teleologischen Einschränkungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB ersichtlich keine Veranlassung.

V. Rechtspolitische Postulate des BGH

Der 5. Strafsenat beschließt seine Entscheidung mit einer unmittelbaren Aufforderung an den Gesetzgeber, durch Änderungen des Strafgesetzes die Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger auszudehnen, um „alle strafwürdigen korruptiven Verhaltensweisen [...] zu erfassen.“⁸³ Der *Senat* zitiert hierzu Stimmen aus dem Schrifttum, welche die Vorschrift des § 108e StGB mit Recht als praktisch bedeutungslos und als symbolisches Strafrecht unter dem Gesichtspunkt einer Vortäuschung von Bestechlichkeitsstrafbarkeit von Abgeordneten gegenüber der Öffentlichkeit gekennzeichnet haben.⁸⁴ Diese Ausführungen des BGH geben in mehrfacher Hinsicht Anlass zu Bedenken. Denn zum einen besteht der vom 5. Strafsenat angemahnte Handlungsbedarf nicht, da eine Anwendung der §§ 331 ff. StGB ohne weiteres durch eine Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu erreichen ist, der auch § 108e StGB – wie oben gezeigt – nicht entgegensteht. Zudem hätte sich eine solche Auslegung in Übereinstimmung

⁷² LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (366); Hervorhebung vom Verf.

⁷³ BT-Drs. 12/5927, S. 3; vgl. auch *Deiters*, PVS 2005, 424 (437).

⁷⁴ BT-Drs. 12/5927, S. 5; BGHSt 51, 44 (51, Rn. 28); vgl. *Deiters*, NStZ 2003, 453 (458).

⁷⁵ *Deiters*, PVS 2005, 424 (437).

⁷⁶ Vgl. *Deiters*, PVS 2005, 437 (438).

⁷⁷ BGHSt 51, 44 (49 f.).

⁷⁸ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

⁷⁹ BGHSt 51, 44 (51, Rn. 28).

⁸⁰ BGHSt 51, 44 (49, Rn. 25; 51, Rn. 28).

⁸¹ BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

⁸² BT-Drs. 12/5927, S. 3.

⁸³ BGHSt 51, 44 (50, Rn. 47).

⁸⁴ *Geerds*, JR 1996, 309 (312).

mit der UN-Konvention gegen Korruption⁸⁵ befunden, die Abgeordnete als Amtsträger behandelt,⁸⁶ und deren Umsetzung der Bundesgerichtshof ebenfalls anmahnt.⁸⁷ Da Ratsmitglieder entsprechend den obigen Ausführungen Amtsträger sind und vor Schaffung des § 108e StGB auch als solche von der Rechtsprechung angesehen wurden, wäre es folgerichtig gewesen – wie das LG Köln treffend ausgeführt hat – vom Gesetzgeber zu verlangen, eine etwa beabsichtigte Aufhebung der Strafbarkeit von Ratsmitgliedern gemäß den §§ 331 ff. StGB klar zum Ausdruck zu bringen, anstelle einer Aufforderung zum legislatorischen Tätigwerden, wie sie durch den 5. Strafsenat erfolgt ist.

Zum anderen weckt das Vorgehen des 5. Strafsenates aber auch grundsätzliche Bedenken vor dem Hintergrund der Kompetenzverteilung zwischen Judikative und Legislative. Wenn – wie der Senat meint – „nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers“ strafwürdige Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinde und Gemeindeverbände straflos gestellt wurden, so hat die Rechtsprechung dies nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu respektieren (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, die im demokratischen Kampf der Meinungen zustande gekommenen Gesetze auszulegen und über ihre Einhaltung im Einzelfall zu wachen.⁸⁸ Nur im Rahmen dieser Auslegungsaufgabe – und nicht etwa zum Zweck der Formulierung rechtspolitischer Forderungen – ist der Bundesgerichtshof zur „Fortbildung des Rechts“ (vgl. § 132 Abs. 4 GVG) berufen. Mit der vom Grundgesetz vorausgesetzten Stellung des Richters als eines neutralen, nicht streitbefangenen Dritten, die sich in der strikten Gesetzesbindung im Strafverfahren konkretisiert, ist eine aktive Teilnahme der Gerichte am Meinungskampf nicht vereinbar.⁸⁹ Dies gilt – wie Dencker mit Recht ausgeführt hat – auch und gerade dann, wenn der Gesetzgeber nach der Meinung des Gerichts „versagt“ hat.⁹⁰

VI. Gesetzesvorhaben

Ungeachtet der nach dem oben Ausgeführten ohnehin bestehenden Strafbarkeit von Ratsmitgliedern gemäß den §§ 331 ff. StGB, ist damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber der offen formulierten Forderung des 5. Strafsenates nach einer Gesetzesänderung nachkommen wird. Zwischenzeitlich liegt ein entsprechender Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vor.⁹¹

⁸⁵ BGBl. III, Nr. 47/2006; vgl. Deiters, PVS 2005, 424.

⁸⁶ Vgl. Art. 2(a) der Konvention; dazu Deiters, PVS 2005, 424 (427).

⁸⁷ BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

⁸⁸ Dencker, StV 1994, 667 (683).

⁸⁹ Dencker, StV 1994, 667 (683).

⁹⁰ Dencker, StV 1994, 667 (683).

⁹¹ BT-Drs. 16/6726: Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Bestechung und Bestechlichkeit von Abgeordneten. Der Einfluss des BGH auf die rechtspolitische Willensbildung wird dabei deutlich, wenn es in dem Vorstellungstext

Inhaltlich sieht der Gesetzentwurf keine weitere Regelung neben § 108e StGB oder eine Ergänzung des §11 Abs. 1 Nr. 2 StGB vor, was in Bezug auf Ratsmitglieder vor dem Hintergrund der Forderung des BGH ebenfalls denkbar gewesen wäre, nicht jedoch im Hinblick auf die ebenfalls erstrebte Erweiterung der Strafbarkeit von Parlamentsabgeordneten, die – wie oben gezeigt – keine Amtsträger sind.⁹² Es wird auch nicht der Weg gewählt, die Tatbestände der §§ 331 ff. StGB über Amtsträger hinaus auf Abgeordnete zu erweitern. Stattdessen sieht der Entwurf vor, dass der objektive Tatbestand des § 108e StGB nunmehr durch die Forderung, das Versprechenlassen oder die Annahme eines rechtswidrigen Vorteils (zugunsten des Abgeordneten oder eines Dritten) für eine Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden in Ausübung seines Mandates verwirklicht wird statt durch den Kauf oder Verkauf einer Stimme. Der objektive Tatbestand würde daher weitgehend dem § 331 StGB a.F. in der Fassung vor dem Korruptionsbekämpfungsgesetz⁹³ angeglichen, womit freilich auch die gegen diese Regelung erhobenen Einwände auf den Entwurf zutreffen dürften, namentlich die Schwierigkeit des praktischen Nachweises einer Unrechtsvereinbarung mit Bezug auf eine konkrete Handlung.⁹⁴ Ebendiese Schwierigkeiten in der Praxis der Strafprozesse, die dem Tatbestand der Vorteilsannahme in der früheren Fassung einen Großteil seiner praktischen Bedeutung genommen haben, waren der Anlass für den Gesetzgeber, die Anforderungen an die sog. Unrechtsvereinbarung zu lockern. Für Abgeordnete soll diese Verschärfung offenbar nicht übernommen werden, denn das sog. Anfüttern, also das Gewähren von Vorteilen für die Dienstausbübung, ohne dass ein Bezug zu einer konkreten Diensthandlung bestehen muss,⁹⁵ wäre nach diesem Entwurf straflos. Dasselbe gilt für das nachträgliche „Belohnen“,⁹⁶ da sich nach dem Entwurf die Gegenleistung auf eine künftige Handlung oder Unterlassung beziehen muss. Soweit sich die Gesetzesinitiative hinsichtlich ihrer Erforderlichkeit daher ausdrücklich auf die Entscheidung des BGH beruft,⁹⁷ ist der Gesetzentwurf inkonsequent, da er die Kritik des 5. Strafsenates an der

des Gesetzentwurfes zu seiner Notwendigkeit heißt, der Bundesgerichtshof habe „entschieden, dass diese gesetzliche Lücke geschlossen werden sollte“ (<http://www.gruenebundestag.de/cms/default/dok/201/201762.htm>).

⁹² Vgl. auch BT-Drs. 16/6726, S. 4.

⁹³ § 331 Abs. 1 a.F.: Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

⁹⁴ Dölling, ZStW 112 (2000), 334 (343); vgl. BGHSt 32, 290.

⁹⁵ Vgl. Dölling, ZStW 112 (2000), 334 (343 f.).

⁹⁶ Vgl. zur Straflosigkeit dieser Verhaltensweisen auf der Grundlage des bisherigen Rechts: BGHSt 51, 44 (59, Rn. 46).

⁹⁷ <http://www.gruenebundestag.de/cms/default/dok/201/201762.htm>.

Straflosigkeit des sog. Anfütterns und des nachträglichen Belohnens gerade nicht reflektiert.

Sachliche Gründe für eine derartige Privilegierung von Volksvertretern sind nicht ersichtlich, wie der Gesetzgeber selbst bei Schaffung des § 108e StGB ausgeführt hat.⁹⁸ Demnach hätte es nahe gelegen, die Abgeordneten denselben Regeln wie Amtsträger zu unterstellen, also den §§ 331 ff. StGB. Hierzu hätte auch das weitere Ziel des Gesetzentwurfes Veranlassung gegeben, nämlich die Umsetzung der UN-Konvention gegen Korruption. Diese bezieht Abgeordnete von vornherein in den Amtsträgerbegriff mit ein, so dass sich aus der Konvention die Forderung an den deutschen Gesetzgeber ergibt, einheitliche Regelungen für korruptives Verhalten von Angehörigen der Legislative und der Exekutive zu schaffen. Wenn dies indes nicht gewollt ist, weil die Ausweitung der §§ 331 ff. StGB, die diese durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 erfahren haben, als zu weitgehend angesehen werden, so geht es nicht an, nur die Abgeordneten von dieser Ausweitung der Strafbarkeit auszunehmen.

Die Erweiterung der Strafbarkeit, die der Entwurf vorsieht, beschränkt sich mithin darauf, dass nunmehr nicht nur das Verhalten in Abstimmungen, sondern *alle Handlungen* im Parlament, Gegenstand der Abgeordnetenbestechung sein sollen (während „Handlungen [...] außerhalb des Parlaments“ ausdrücklich ausgenommen sind). Diese Maßnahme kann indes nicht ernstlich als Schritt in Richtung auf eine intensivere Verfolgung korruptiven Verhaltens und zur Angleichung an die Rechtslage bei Beamten gewertet werden. Denn es stellt sich die Frage, welche parlamentarischen Handlungen – außer den bereits erfassten Abstimmungen – in der Praxis Gegenstand von Bestechungen sein sollen. Die Entwurfsbegründung äußert sich hierzu nicht.⁹⁹ Theoretisch in Frage kommende Handlungen, wie etwa das Stellen von Anfragen oder die Äußerung von Redebeiträgen, dürften im Zusammenhang der Bestechungsdelikte in der Rechtswirklichkeit ohne Bedeutung sein.

Der dem Bundestag vorgelegte Entwurf ist daher wie die bestehende Rechtslage¹⁰⁰ dem Vorwurf einer für die Praxis bedeutungslosen *symbolischen Gesetzgebung* ausgesetzt, mit der eine Annäherung der Strafbarkeit von Abgeordneten an die für Amtsträger bestehende Rechtslage in der Rechtswirklichkeit nicht verbunden sein wird.

VII. Fazit

Im Widerspruch zur Entscheidung des 5. Strafsenates des BGH ergibt eine Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB, dass Ratsmitglieder Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff StGB sind. Einer solchen Auslegung steht auch § 108e StGB nicht entgegen. Der Kritik des *Senates* am Gesetzgeber und der ausdrücklichen Aufforderung zum legislatorischen Tätigwerden, hätte es daher nicht bedurft.

Der erste Vorschlag aus den Reihen des Parlaments, diesem angeblichen Regelungsbedürfnis nachzukommen – der

Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 16.10.2007 – ist zur Erreichung seines Zieles, der Kritik des 5. *Senates* durch gesetzgeberische Maßnahmen Rechnung zu tragen,¹⁰¹ ungeeignet und als überflüssige symbolische Gesetzgebung zu bezeichnen.

⁹⁸ BT-Drs. 12/5927, S. 3.

⁹⁹ Ebenso wenig wie Zypries, StraFo 2004, 221 (224).

¹⁰⁰ Vgl. BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

¹⁰¹ Vgl. die Entwurfsbegründung: http://www.gruene-bundestag.de/cms/default/dok/201/201_762.htm.

R e z e n s i o n e n

Helmut Goerlich (Hrsg.), Staatliche Folter, Heiligt der Zweck die Mittel?, fundamenta iuris Band 5, mentis Verlag, Paderborn 2007, 95 S., € 17,80.-

Der von *Helmut Goerlich* herausgegebene Band stellt die Dokumentation eines Forums des Instituts für Grundlagen des Rechts an der Universität Leipzig dar, das am 14.12.2004 im Plenarsaal des Bundesverwaltungsgerichts in Leipzig stattfand. Ausgangspunkt für das Thema „Staatliche Folter“ waren die Geschehnisse um den im September 2002 von dem damaligen Jurastudenten Magnus Gäfgen entführten und getöteten Bankierssohn Jakob von Metzler. Für Schlagzeilen weit über den nationalen Bereich hinaus hatte vor allem die Tatsache gesorgt, dass der Frankfurter Polizeivizepräsident Wolfgang Daschner, der nach dem damaligen Ermittlungsstand nicht wusste, dass das Entführungsoffer bereits getötet worden war, durch einen seiner Kriminalhauptkommissare dem Beschuldigten Gäfgen für den Fall der weiteren Weigerung, den Verwahrort des entführten Kindes preiszugeben, unmittelbaren Zwang durch spurenlose Zufügung von Schmerzen unter ärztlicher Aufsicht androhen ließ. Mit Urteil des LG Frankfurt am Main vom 28.7.2003¹ wurde Magnus Gäfgen wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge und falscher Verdächtigung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung in zwei Fällen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Die besondere Schwere der Schuld (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) wurde festgestellt. Auch im Falle *Daschners* sowie des seine Weisung umsetzenden Kriminalhauptkommissars kam es zu Verurteilungen wegen Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat nach § 357 StGB bzw. einer Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB².

Wie die nachfolgende, intensiv geführte Debatte deutlich machte, war durch diese rechtskräftigen Urteile die gesellschaftliche und juristische Aufarbeitung der Problematik aber längst nicht abgeschlossen. Sie führte vielmehr – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der aktuellen Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus – zu der allgemeinen Frage, ob und unter welchen Umständen der Staat zur Rettung von Menschenleben zum Mittel der Folter greifen darf. Hinzu kommt, dass Gäfgen am 15.6.2005 Individualbeschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erhoben hat³. Es steht somit zu erwarten, dass die bislang ausstehende Entscheidung der Straßburger Richter die Diskussion in Kürze wiederbeleben wird. Insofern ist der Einschätzung *Goerlichs* in dem von ihm verfassten Vorwort (S. 8 f.) zuzustimmen, dass der erhebliche Zeitablauf zwischen dem Leipziger Diskussionsforum und der Publikation seiner Dokumentation letztere nicht überflüssig gemacht hat. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall,

¹ StV 2003, 325 m. Anm. *Weigend*, StV 2003, 436; vgl. auch *Malek*, StraFo 2005, 441.

² LG Frankfurt am Main NJW 2005, 692 m. Anm. *Götz*, NJW 2005, 953; *Jerouscheck*, JuS 2005, 296; vgl. auch *Braum*, KritV 2005, 282; *Fahl*, Jura 2007, 743.

³ Aktenzeichen 22978/05 – „Gäfgen v. Germany“.

auch weil die Autoren der einzelnen Beiträge auf diese Weise Gelegenheit erhielten, auch die nach 2004 erschienene Literatur auszuwerten und aufzubereiten.

Den Anfang macht dabei der Beitrag des Frankfurter Generalstaatsanwalts *Dieter Anders* über „Die Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit staatlicher Folter in Ausnahmesituationen“. Dabei weist er bereits zu Beginn darauf hin, dass die Folter auf den Kern der Garantie der identitätsbildenden und -erhaltenden Persönlichkeitsentfaltung zielt und dem Staat daher angesichts einer allseits konsentierten Ächtung im Zeichen der Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit (Art. 5 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Art. 7 IPbPR, Art. 3 EMRK, Art. 4 Grundrechte-Charta der EU) nach geltendem deutschen Recht (Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG, § 136 a StPO) nicht zur Verfügung steht (S. 16 f.). Nach einer ausführlichen und instruktiven Darstellung der tatsächlichen Geschehnisse im Mordfall von Metzler (S. 18 ff.) wird sodann dem in Teilen der Literatur zu beobachtenden Versuch einer Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr bzw. „Präventivfolter“ und der im Strafprozess wurzelnden inquisitorischen Folter eine deutliche Absage erteilt (S. 24). Zu Recht wendet sich *Anders* gegen eine Anerkennung der Folter als rechtmäßig oder gar geboten in extremen Ausnahmefällen, da ansonsten die durch Art. 15 EMRK gewollte absolute Geltung des Folterverbots beseitigt und die dadurch ausgeschlossene Anwendung von Notstandsgesichtspunkten „quasi durch die Hintertür“ wieder eingeführt werden würde (S. 27). Zudem zeigt er in einer schulmäßigen und nicht zuletzt für den universitären Ausbildungsbetrieb empfehlenswerten Prüfung denkbarer Legitimationsmöglichkeiten für solche Foltermaßnahmen auf, dass unsere Rechtsordnung hierfür keine Rechtfertigungsgründe bereit stellt. Polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen existieren insoweit nicht. Ein Vergleich mit dem finalen Todesschuss hinkt schon deshalb, weil die Aussagenötigung durch Folterandrohung kein minus, sondern ein aliud hierzu darstellt (S. 31). Eine Berufung auf Nothilfe i.S.v. § 32 StGB wird mit der zutreffenden Erwägung verneint, dass die darin enthaltene Gebotenheitsklausel das Notwehrrecht unter sozialetischen Gesichtspunkten einschränkt, und zu den obersten Grundsätzen der Sozialethik die Respektierung der Menschenwürde gehört (S. 32). Vergleichbares muss dann auch im Rahmen der Notstandsvorschrift des § 34 StGB bezüglich der Frage gelten, ob die Folter ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden. Fraglich ist allein, ob – so *Anders* (S. 35) – die Annahme eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes für alle denkbaren Fälle kategorisch auszuschließen ist, weil das geltende Recht mit notstandsfesten Folterverboten dem potenziellen Täter die Verantwortung und damit den Gewissenskonflikt abgenommen habe. Schließlich setzt die übergesetzliche Notstandsentschuldigung nicht zwingend voraus, dass durch die Rettungshandlung quantitativ mehr Leben gerettet wird als ohne den rettenden Eingriff. Es reicht vielmehr zur Bewahrung des notstandsfähigen Rechtsguts Leben auch die Gleichwertigkeit des geschützten Interesses aus⁴. Aber schon die Kategorie

⁴ Vgl. nur *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 23. Lieferung, Stand: Au-

„übergesetzlich“ macht deutlich, dass man sich bei derartigen Bemühungen um die Begründung von Entschuldigungsgründen schnell im Bereich von Spekulationen und Mutmaßungen wiederfindet.

Entscheidend bleibt daher das Fazit des Beitrags von *An ders* (S. 40): „Wollte man den Einsatz von Folter vor dem Hintergrund der Abwehr möglicher terroristischer Angriffe als Ausnahme zulassen, nähme man billigend in Kauf, dass postwendend weitere Ausnahmen verlangt und das Folterverbot mehr und mehr aufgeweicht würde. Dieser Gefahr kann nur durch bedingungslose Akzeptanz der Absolutheit des Verbots begegnet werden, die Würde des Menschen zu verletzen“. Dies hat man aus Kreisen der staatsanwaltschaftlichen Praxis in der bisherigen Diskussion selten mit einer derartigen Klarheit vernommen.

Im daran anschließenden Beitrag gibt *Bernd-Rüdiger Kern* sodann einen kurzen Überblick über „Die Folter in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung“. Unter Folter im juristisch-technischen Sinne sei dabei jede gewaltsame Herbeiführung einer Aussage, insbesondere eines Geständnisses im Rahmen eines Beweisverfahrens zu verstehen (S. 41). Abgesehen von ersten Quellenbelegen im römischen *Corpus iuris civilis* finde sich die Folter als Geständniserzwingungsmittel erstmalig im Stadtrecht von Wiener Neustadt von 1221/1230 wieder. Der Grund für ihre Anwendung sei zum einen in der Verstaatlichung der Strafrechtspflege und zum anderen in der Einführung moderner, rationaler Beweismittel zu sehen (S. 43). Schließlich galt in der Doktrin des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit das Geständnis „geradezu als Krone der Beweismittel“ (S. 44). Die Strafrechtswissenschaft und -praxis konnte somit erst dann endgültig auf die Folter verzichten, als sich der Grundsatz der Beweiswürdigung im Strafprozess durchsetzte.

In seinen „Strafrechtlichen Bemerkungen zum Folterverbot“ weist *Manfred Seebode* sodann darauf hin, dass die ausnahmslose Geltung des Folterverbots zunächst den Gesetzgeber bindet, dies aber noch nichts über die Rechtsfolgen seiner Missachtung und des also menschenrechtswidrigen Handelns eines Amtsträgers besagt (S. 54). Sodann richtet er das Augenmerk des Lesers auf die oft übersehene Tatsache, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung und ein Teil der Strafrechtslehre im Rahmen von § 136a StPO die sog. Fernwirkung ganz oder teilweise verneint und auf diese Weise eine beachtliche Effizienz-Lücke in die gesetzlich umfassende Sicherung des strafprozessrechtlichen Schutzes vor Folter reißt (S. 56 f.). Auf diese Weise wird in der Tat und entgegen der gesetzlich getroffenen Abwägung das Strafverfolgungsinteresse über den effektiven Schutz der Menschenwürde gestellt (S. 59). Gerade die von der neueren Lehre und Rechtsprechung propagierte Lösung der Beweisverbotsproblematik durch Abwägung im Einzelfall verkennt im Rahmen der Folterdebatte, dass das Gesetz auf einer Interessenabwägung beruht, die der Gesetzgeber 1950 bei der Einfügung des § 136a in die StPO zugunsten der Aussagefreiheit abschlie-

bend vorgenommen hat (S. 60). Allerdings schließt *Seebode* im Ergebnis eine Rechtfertigung des zur Angriffsabwehr folternden Amtsträgers auf der Grundlage von § 32 StGB nicht aus. Das dort enthaltene Wort „geboten“ meine nichts anderes als die Eingrenzung „erforderlich“ des § 32 Abs. 2 StGB (S. 71 f.). Wäre die Gebotenheit ein Notwehr begrenzendes Merkmal, so wäre die Regelung seiner Ansicht nach wegen evidenter Unbestimmtheit nicht verfassungskonform. Dieser Auslegung, für die sich, entgegen der überwiegend vertretenen Meinung, insbesondere im Rahmen der Folterproblematik auch *Erb* ausgesprochen hat⁵, wird man angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 32 StGB und seiner Entstehungsgeschichte allerdings nicht ohne weiteres folgen können⁶.

Den Abschluss des Bandes bildet schließlich der instruktive Beitrag von *Frank Rottmann* über „Das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG als Maßstab verfassungskonformer Auslegung“. Er betont, dass diese Bestimmung nach ihrer Normstruktur kein Freiheitsgrundrecht ist, das mit kollidierenden Grundrechten Dritter abgewogen werden kann, sondern eine an die öffentliche Gewalt adressierte Verbotsnorm (S. 83). Wesentlich für ihr Verständnis ist daher, dass körperliche und seelische Misshandlungen – unabhängig von der Zulässigkeit von Eingriffen in die grundrechtliche Freiheit im Übrigen – schlechthin und in jedem Fall verboten sind. Das Verbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG gilt kraft Verfassungsrechts. Es ist damit für die Auslegung unterverfassungsrechtlicher Normen der zentrale Kontroll- und Prüfungsmaßstab. Zugleich ist er die im Verhältnis zu Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG speziellere Norm (S. 85). Vor ihrem Hintergrund lehnt *Rottmann* daher auch die Analogie von Misshandlung und Folter zum finalen Todesschuss als ultima ratio zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr mit überzeugender Begründung ab. Die Vertreter dieser Argumentationslinie verkennen gerade, dass Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG das Sonderrechtsverhältnis festgehaltener Personen in besonderer Weise und insoweit abschließend regelt. (S. 90). Entscheidend kann daher nur ein Verständnis dieser Norm als absolutes Misshandlungsverbot sein, das sich für die Gesetzgebung und die gesetzesvollziehende Verwaltung als absolute Schranken-Schranke darstellt (S. 94).

Dass Tagungsbände oder Veranstaltungsdokumentationen nicht immer „trockene Kost“ sein müssen, die außer den seinerzeitigen Teilnehmern nur überschaubare Leserkreise zu erschließen vermögen, stellt der von *Goerlich* herausgegebene Band eindrucksvoll unter Beweis. Wer sich mit vertretbarem Aufwand in die Thematik um die Zulässigkeit staatlicher Folter und die Strafbarkeit ihrer möglichen Protagonisten einarbeiten will, dem sei dieses Buch wärmstens empfohlen. Die entscheidenden Gesichtspunkte werden auf 95 knappen

⁵ *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 1, § 32 Rn. 180; *ders.*, NStZ 2005, 593 (596).

⁶ Vgl. dazu nur *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2006, § 32 Rn. 44 m.w.N.

gust 2003, Vor § 19 Rn. 8; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 12 Rn. 100.

Seiten aus verschiedenen Perspektiven dargestellt und in durchweg gut lesbaren Beiträgen erklärt. Angesichts des zudem erschwinglichen Verkaufspreises wird dem – insoweit durchaus bemühten – Rezensenten somit die Suche nach möglichen Kritikpunkten fast schon „unzumutbar“ erschwert. Der einzig logische Schluss hieraus lautet daher: es handelt sich schlicht um ein gutes Buch!

Wiss. Assistent Dr. Mark A. Zöller, Mannheim

Walter Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren. MKR und IPbPR, Kommentar, DeGruyter, Berlin 2005. XII, 700S., geb., € 198.-

1. Individueller Grundrechtsschutz im deutschen Verfahrensrecht wird schon lange nicht mehr allein durch die Grundrechte des Grundgesetzes gewährleistet, sondern auch durch völkerrechtlich garantierte Menschenrechte. Nicht zuletzt aufgrund der erreichten Dignität des europäischen Menschenrechtsschutzes durch die EMRK und des jedenfalls über den indirekten Gemeinschaftsrechtsvollzug zur allgemeinen Systembildung beitragenden EG-Grundrechtsschutzes nehmen Überlagerung und gegenseitige Rezeption in jüngerer Zeit rasant zu. Trotz der verbleibenden Differenzen in Schutzzumfang und -qualität amalgamieren die verschiedenen grund- und menschenrechtlichen Gewährleistungen zunehmend zu in allen Verfahren zu beachtenden Mindeststandards. Gerade das Strafprozessrecht sieht sich regelmäßig mit Fragen des Menschenrechtsschutzes konfrontiert. Der hier besprochene Kommentar verfolgt daher das lohnenswerte Projekt einer einheitlichen Darstellung der im Strafverfahren zu beachtenden internationalen Menschenrechtsstandards. Im Mittelpunkt stehen dabei die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR). Bei dem Kommentar handelt es sich um eine erweiterte Sonderausgabe der entsprechenden Kommentierungen in der 25. Auflage des bekannten Großkommentars zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz *Löwe-Rosenberg*. Durch die hier besprochene Parallelveröffentlichung wird das Werk vor allem einer breiteren Leserschicht verfügbar gemacht, die nicht die Gesamtausgabe bezieht, was uneingeschränkt zu begrüßen ist.

2. Der knapp 100 Seiten umfassende Teil I enthält einschlägige menschenrechtliche Vertragstexte. Insbesondere zu erwähnen sind die EMRK und der IPbPR (jeweils einschließlich der Zusatzprotokolle und in synoptischer Zusammenstellung der verbindlichen englischen und französischen Fassungen sowie der deutschen Übersetzung), die UN-Antifolterkonvention und das Europäische Übereinkommen gegen Folter.

3. Teil II enthält den eigentlichen Kommentar der einzelnen Menschenrechte. Vorangestellt ist eine ausführliche Einführung in die einschlägigen menschenrechtlichen Schutzregimes, die neben knappen Erläuterungen zur Entstehungsgeschichte vor allem (vor die Klammer gezogene) allgemeine Frage der Rechtsnatur, des innerstaatlichen Ranges und der Auslegung umfasst. Auch ein Überblick über die Bedeutung der (durch allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und Art. 6 Abs. 2 EUV rezipierten) EMRK für die Ausdifferenzierung eines eigenständigen grundrechtlichen Schutzstandards in der Europäischen Union wird hier gegeben (Rn. 45 ff.).

Der Aufbau der einzelnen Kommentierungen folgt der Reihung der Artikel in der EMRK. Inhaltlich wird jedoch ein integratives Konzept verfolgt, das zugleich die thematisch parallelen Bestimmungen des IPbPR mitbehandelt und damit gleichsam eine menschenrechtliche Gesamtbetrachtung entsprechend einer Topik der Schutzbereiche vornimmt. Dem

entsprechen im Übrigen auch andere grund- und menschenrechtliche Kommentare aus jüngerer Zeit, allen voran der wegweisende Konkordanzkommentar (herausgegeben von *Rainer Grote* und *Thilo Marauhn*). Dabei ist freilich nicht zu übersehen, dass der IPbPR sowohl in seiner Schutzintensität als auch in der Dichte dogmatischer Differenzierung deutlich hinter der EMRK zurückbleibt. Die EMRK verfügt über ein effektives, traditionell umfänglich in Anspruch genommenes sowie mit dem 11. ZP grundlegend ausgebautes Rechtsschutzsystem und damit über eine umfangreiche und gedrungene Spruchpraxis zur Auslegung der verschiedenen Bestimmungen. Das Ausschussverfahren nach den Art. 28 ff. IPbPR i.V.m. dem Individualbeschwerden eröffnenden Fakultativprotokoll ist schon nicht auf verbindliche Entscheidungen gerichtet. Es hat zudem keine vergleichbar effektive Schutzintensität und dogmatische Auffächerung wie die EMRK erreichen können. Es nimmt damit nicht wunder, dass der IPbPR innerhalb der Staaten des Europarates aus dem Schatten der EMRK kaum hervortritt. Völlig zu Recht richtet der *Verf.* daher sehr deutlich den Fokus auf die Kommentierung der EMRK als den aus deutscher Sicht unangefochten wichtigsten Menschenrechtsvertrag. Dies spiegelt sich zwangsläufig auch in der Auswahl und Dichte der Nachweise aus Rechtsprechung und Schrifttum wider.

Entsprechend seiner Herkunft setzt das Werk akzentuiert Schwerpunkte bei der Erläuterung strafprozessualer Fragen. Die Kommentierung beschränkt sich erfreulicherweise hierauf jedoch nicht, sondern erfasst die gesamte Breite menschenrechtlicher Detailprobleme. Dies verdeutlicht zum einen die jeweils thematisch umfassende Kommentierung der Einzelartikel, zum anderen aber auch die ungeschmälernde Erläuterung von Bestimmungen, die zum Strafverfahrensrecht eher periphere Bezüge aufweisen, etwa die Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK), die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), die Versammlungsfreiheit (Art. 11 EMRK) oder das Recht auf Eheschließung (Art. 12 EMRK). Die Erfassung von Fragen der Religionsausübung im Schulunterricht (Art. 9 EMRK Rn. 8b) belegt exemplarisch und eindrucksvoll, dass auch außerhalb strafrechtlich relevanter Kontexte keine Abstriche bei der Kommentierungsbreite gemacht wurden. Der Kommentar enthält hier also weitaus mehr, als der mit unnötigem Understatement gefasste Titel zunächst erwarten lässt. Das Herzstück bildet die über 150 Seiten umfassende und damit schon für sich monographischen Umfang erreichende Erläuterung zu Art. 6 EMRK. Die in dieser Bestimmung enthaltenen Verfahrensgarantien haben gerade das deutsche Strafprozessrecht entscheidend geprägt und in zentralen Fragen fairer Verfahrensführung grundlegende Weichenstellungen getroffen. Die Kommentierung ist sensibel für die gerade in der Prozesspraxis äußerst wichtigen Details, verliert sich in diesen aber nicht.

4. Ein sich mit etwa 60 Seiten Umfang gerade als Einführung für den mit der Verfahrenspraxis der einschlägigen internationalen Spruchkörper nicht vertrauten Rechtsanwender empfehlender Anhang behandelt schließlich das Verfahrensrecht des internationalen Menschenrechtsschutzes, also Organisation und Prozessrecht vor dem EGMR und dem zuständigen UN-Menschenrechtsausschuss nach Art. 28 ff.

IPbPR. Erläutert werden zunächst organisationsrechtliche Fragen und allgemeine Verfahrensgrundsätze, detailliert die Sachentscheidungsvoraussetzungen und schließlich der praktische Ablauf der Verfahren, wobei auch hier mit Recht der Schwerpunkt auf die Darstellung der EMRK gelegt wird. Informativ sind auch die Exkurse zu weiteren menschenrechtlichen Kontrollverfahren außerhalb von EMRK und IPbPR. Inwieweit man das in einem kurzen Exkurs gestreifte System der internationalen Strafgerichtsbarkeit (Rn. 107 ff.) freilich systematisch dem Menschenrechtsschutz zuordnen kann, erscheint jedenfalls nicht unproblematisch. Auch wenn das Völkerstrafrecht als mittelbares Ziel der Etablierung elementarer internationaler Menschenrechtsstandards dienen soll, handelte es sich hierbei doch letztlich um völkerrechtlich begründetes Eingriffsrecht, das seinerseits zunächst an internationalen Menschenrechtsstandards zu messen wäre (vgl. stellvertretend *Christoph J. M. Safferling*, *Towards an International Criminal Procedure*, 2001, S. 21 ff.).

5. Insgesamt handelt es sich um eine exzellente und in ihrer thematischen Breite „vollwertige“ Kommentierung der EMRK, die (justiz-)praktischen wie auch wissenschaftlichen Bedürfnissen in jeder Hinsicht gerecht wird. Besonders positiv hervorzuheben ist die hohe Nachweisdichte gerade auch in Bezug auf das einschlägige wissenschaftliche Schrifttum, durch die sich das hier besprochene Werk von tendenziell einseitig rechtsprechungsorientierten Praxiskommentaren abhebt. Dem Kommentar bleibt vor allem zu wünschen, dass er, anders als dies (jedenfalls dem Eindruck des Rezensenten nach) bislang der Fall ist, auch über das Strafrecht hinaus eine breitere Beachtung und Rezeption erfährt, die er uneingeschränkt verdienen würde. Möglicherweise könnte eine allgemeinere Fassung des Titels, der bislang ein strafrechtsspezifisches Werk suggeriert, nicht nur dem erfreulich umfassenden Anspruch der Kommentierung besser gerecht werden, sondern auch die Wahrnehmung insbesondere im Öffentlichen Recht erleichtern.

Wiss. Assistent Dr. Klaus Gärditz, Bayreuth

Karsten Altenhain/Ina Hagemeier/Michael Haimerl/Karl-Heinz Stammen, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Düsseldorf Rechtswissenschaftliche Schriften Bd. 51, Nomos, Baden-Baden 2007, 354 S., ISBN-10: 3832926771, € 79.-

I. Empirisches Material zu „Absprachen oder Verständigungen“ im Strafprozess gibt es wenig. Noch im Jahr 2006 spricht *Jahn* von einem „spärlichen rechtstatsächlichen Wissen über die Praxis“ (ZStW 118 [2006], 427 [428]). Diese Lücke ein Stück weit zu schließen hatten die *Autoren* des Buches sich zum Ziel gesetzt. In ihrer Studie befragten sie 142 in Nordrhein-Westfalen tätige Praktiker – 42 Berufsrichter sowie je 50 Staatsanwälte und Fachanwälte für Strafrecht mit Tätigkeitsschwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht.

Eingangs des ersten Kapitels legen die *Autoren* kurz dar, dass sie die neutralen Bezeichnungen „Absprachen oder Verständigungen“ dem pejorativen Ausdruck „Deal“ vorziehen. Sie verstehen darunter „das Ergebnis einer Kommunikation über eine kooperative und damit beschleunigte Abwicklung einer Hauptverhandlung, die entweder noch bevorsteht oder bereits begonnen hat“ (S. 18). Notwendiges und zugleich hinreichendes Kriterium für „Absprachen“ sei eine Verständigung „über das materielle Verfahrensergebnis“ (S. 19). Von „Verständigungsgesprächen“ ist die Rede, wenn *das Bemühen* der Verfahrensbeteiligten um eine Absprache gemeint ist.

Nach diesen begrifflichen Klarstellungen umreißen die *Verf.* das Ziel ihrer Studie: Es gehe ihnen nicht darum, argumentativ in die Diskussion um die „Absprachen“ einzugreifen, sondern allein darum, „eine nun schon seit längerem fehlende aktuelle rechtstatsächliche Grundlage für die rechtspolitische Diskussion zu liefern“ (S. 31). Ihr Bericht verstehe sich daher in erster Linie „als eine Bestandsaufnahme des Absprachephänomens im Wirtschaftsstrafverfahren“ und gehe der Frage nach, „wie Urteilsabsprachen an den Wirtschaftskammern heute in ihren faktischen Abläufen praktiziert werden, auf welchen Motivationen der beteiligten Juristen“ sie „beruhen und – vor allem – inwieweit das sich daraus ergebende Bild mit dem Typus von Rechtsgesprächen über das Verfahrensergebnis übereinstimmt, wie sie dem *4. Strafsenat* im Jahr 1997 vorschwebten“ und die als „Mindestbedingungen“ auch vom *Großen Senat* für nötig erachtet worden seien: „Es darf keine Absprache über den Schuld spruch geben; das Geständnis ist auf seine Glaubhaftigkeit zu überprüfen; alle Verfahrensbeteiligten sind einzubeziehen; das Ergebnis der Absprache ist offenzulegen und zu protokollieren; es darf nur eine Strafobergrenze zugesagt werden; von dieser darf nur abgewichen werden, wenn sich neue schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angeklagten ergeben haben; die beabsichtigte Abweichung ist in der Hauptverhandlung (per Hinweis) mitzuteilen; schließlich muss die Strafe schuldangemessen sein. Nicht zulässig ist es, den Angeklagten durch die Androhung einer überhöhten Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis zu drängen, ihm eine mildere Strafe für das Versprechen des Rechtsmittelverzichts zuzusagen und [...] einen Rechtsmittelverzicht überhaupt zu vereinba-

ren“ (BGHSt 50, 40, 47). Ob und in welchem Umfang die praktisch tätigen Strafrjuristen diese Vorgaben einhalten, auch das zu klären war Ziel der Studie.

Auf die gebündelte Darstellung früherer Studien, in denen die Vorgaben des BGH noch nicht berücksichtigt werden konnten, folgt eine kurze Erklärung der angewendeten Methode: Die Leiter der Studie haben sich dafür entschieden, „ein vollstandardisiertes, persönlich-mündliches Erhebungsverfahren“ durchzuführen, weil solche vereinheitlichten Interviews die beste Gewähr böten für eine Erhebung vollständiger, vergleichbarer und zuverlässiger Daten.

Den Kern des Buches bildet das 266 Seiten starke zweite Kapitel, das dem Leser die „Ergebnisse der Untersuchung“ darbietet. Dabei nennt dieses Kapitel nur Ergebnisse zu den „großen Wirtschaftsstrafkammern“. Den „kleinen Wirtschaftsstrafkammern“ ist das abgesonderte dritte Kapitel vorbehalten – wegen erheblicher „Unterschiede in den Verfahrenszielen und somit auch der Ausgangsposition für Absprachen“ (S. 53). Die „allgemeinen Erkenntnisse“ zu den „großen Wirtschaftsstrafkammern“ fassen die *Autoren* plausibel so zusammen (S. 79): Die Urteilsabsprachen nehmen in Wirtschaftsverfahren einen „zentralen Platz“ ein; wofür Richter und Staatsanwälte vor allem den Aspekt der „schnellen Verfahrenserledigung“ als Grund anführen, die Verteidiger nennen den Umstand, dass oft „eine konsensuale Erledigung das beste Verfahrensergebnis für den Angeklagten“ erzielt. Alle interviewten Praktiker sehen denn auch im Angeklagten denjenigen, der am stärksten von den Absprachen profitiert. Die eigenen Vorteile, die eine Absprache bringt, sehen die meisten befragten Strafrjuristen auf der Stufe von „eher groß bis sehr groß“. 81% halten Absprachen für ein „unverzichtbares Instrument“ in Wirtschaftsstrafverfahren, dementsprechend befürwortet die Mehrheit die Absprachenpraxis oder billigt sie zumindest.

Die „Einzelprobleme der Absprachenpraxis“ teilen die *Verf.* in die folgenden fünf Gruppen: 1. „Einbeziehung sämtlicher Verfahrensbeteiligter“; 2. „Inhalte von Verständigungsgesprächen“; speziell: 3. „Gespräche über das mögliche Strafmaß“ und 4. „den späteren Rechtsmittelverzicht; schließlich 5. den „Ablauf von Verständigungen“. Bezogen auf diese Punkte zeichnet die Studie das folgende Bild der Absprachenpraxis:

1. Der Angeklagte ist bei Verständigungsgesprächen „typischerweise“ nicht anwesend. Den Hauptgrund sehen alle Berufsgruppen in der dadurch gewährleisteten größeren Offenheit des Gesprächs. Daneben nennen sie unter anderem die persönliche Betroffenheit des Angeklagten, das Fehlen juristischer Kenntnisse und den Mangel der Fähigkeit, auf Basis der Schuldhypothese zu argumentieren; Verteidiger nennen zusätzlich die Sorge, dass der Angeklagte sich selber belastet. Schöffen werden etwas häufiger als Angeklagte an Verständigungsgesprächen beteiligt. Etwa die Hälfte der befragten Strafrjuristen hatte aber noch nicht an Verständigungsgesprächen teilgenommen, bei denen Schöffen anwesend waren. (Die Nichtbeteiligung ist klar, wenn die Gespräche so früh im Verfahren stattfinden, dass die Schöffen noch gar nicht namentlich benannt sind.) Als Gründe, warum selbst benannte Schöffen nicht einbezogen werden, geben die Be-

fragten – neben anderem und in absteigender Häufigkeit – an, dass die Schöffen keine juristischen Kenntnisse aufwiesen, körperlich nicht greifbar gewesen seien, ihre Unbefangenheit für die Hauptverhandlung gewahrt bleiben sollte und dass Schöffen aus Rechtsgründen Kenntnisse zum Sachverhalt nur aus der Hauptverhandlung erlangen dürften.

2. Auf die Frage, was typischerweise Gegenstand von Verständigungsgesprächen gewesen sei, nennen die Befragten: das Strafmaß (96 %), das Geständnis (95,2 %), Reduzierung der Beweisaufnahme (57,3 %), Reduzierung des Verfahrensumfanges gemäß den §§ 154, 154a StPO (57,3 %), Aussetzung oder Aufhebung eines Haftbefehls (46 %), Schadenswiedergutmachung (40,3 %), Verfahrenseinstellung bezüglich nicht angeklagter Taten (34 %), Vollzugsfragen, insbesondere offener Vollzug (25 %), Halbstrafen- oder Zweidrittel-Erlass, § 57 StGB (20,2 %), Einziehung und Verfall (19,4 %), Schuldspruch (16,9 %), Strafsplitting nach § 41 StGB (13,7%) und Aufklärungshilfe bei Verfahren gegen Dritte (7,3 %). Einige der Befragten nannten weitere Themen wie ausländerrechtliche Fragen, Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB), Berufsverbote als Nebenfolge der Strafe und anderes mehr (vgl. S. 145).

3. Mit Blick auf das Gespräch über das Strafmaß hat die Studie untersucht, wer die Initiative ergreift und wie die Gespräche insgesamt ablaufen, wie weit die angebotene Strafmilderung reicht, ob die Gerichte die zuvor angegebene Strafobergrenze einhalten und wie es sich mit der „Sanktionsschere“ verhält. Bezüglich der Initiative zu Verständigungsgesprächen fassen die Autoren die Erkenntnisse so zusammen, dass „klare Typizitäten nicht auszumachen“ seien; die Befragten nannten als den Initiator von Verständigungsgesprächen zu je einem Drittel den Vorsitzenden, den Staatsanwalt und den Verteidiger. Zum Umfang der gewährten Strafmilderung gab die größte Gruppe der befragten Richter an (29 %), das Geständnis reduziere die Strafe um 25-33 %, sogar „bis zur Hälfte“ gehen 6 % der Richter. Immerhin vier der befragten Richter bekannten sich auch zur Nennung und Umsetzung der so genannten „Tarife“ (Strafmilderung je nach Verfahrensstadium). Als Begründung für die Strafmilderung verwiesen 58,1 % auf die prinzipielle Milderungswirkung des Geständnisses, dieselbe Gruppe nannte zusätzlich die Verfahrensökonomie; 37,7 % nannten Reue und Einsicht sowie den Grad der inneren Umkehr. Die Frage, ob sie als Richter oder Staatsanwalt schon einmal einer Strafhöhe zugestimmt hätten, die ihnen – gemessen am Tatvorwurf – als unangemessen milde vorgekommen sei, bejahten 19,4 % der Richter und 56,8 % der Staatsanwälte mit Ja. Die beiden Hauptgründe dafür sahen sie erstens darin, das Verfahren, das sonst in Umfang und Dauer „uferlos“ zu werden drohte, „justiziabel“ zu machen, und zweitens darin, das Risiko auszuschließen, dass der Tatnachweis nicht gelingt. 66,4 % aller Befragten gaben an, dass das Gericht typischerweise sowohl seine Strafmaßeinschätzung in die Nennung einer Strafobergrenze kleide als auch, dass es diese Strafe mit dem späteren Urteil exakt treffe. Dazu passend gehen 63,4 % der Befragten davon aus, die spätere Strafzumessung werde genau die angegebene Obergrenze erreichen. Die Autoren haben auch untersucht, inwieweit das Gericht die „Sanktions-

schere“ einsetzt und wie sich ihr Aufzeigen auswirkt; mit „Sanktionsschere“ meinen die Verf. nicht nur den Fall zweier Strafmaßalternativen, die vor dem Hintergrund schuldangemessenen Strafens zu weit auseinander liegen, sondern jegliche Strafmaßbewertung des Gerichts, die zwei Strafmaßalternativen mitteilt. 37,8 % der Befragten halten es für typisch, dass das Gericht die Sanktionsschere ohne besondere Veranlassung, also von sich aus, aufzeigt. 70,6 % der Richter meinen, dass typische Folge solchen Aufzeigens der Strafrechtsalternativen ein Schuldeingeständnis des Angeklagten sei. 60 % von 40 Verteidigern erklärten, sie hätten es schon erlebt, „dass der Mandant unter dem Eindruck zweier Alternativstrafen zur Vermeidung der höheren Strafe einen zuvor bestrittenen Tatvorwurf eingeräumt habe, von dessen Berechtigung sie (die Verteidiger) in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht überzeugt gewesen seien“. Die Autoren sehen in diesen Ergebnissen einen Beleg für die „willensbeugende Kraft der Sanktionsschere“ (S. 190).

4. Zum „Rechtsmittelverzicht“ ergibt die Befragung, dass ihn 97,6 % der Strafrichter entweder schon einmal in einem Verständigungsgespräch thematisiert haben oder dies deshalb nicht getan haben, weil sie den späteren Verzicht ohne eine vorherige Erörterung als sicher vorausgesehen hatten (S. 199). Allerdings wurde seit dem einschlägigen Richterspruch des *Großen Senats* der Rechtsmittelverzicht wohl weniger oft thematisiert (S. 198). Der Aussage, die Verzichtserklärung sei „ein unverzichtbarer Bestandteil der Absprachenpraxis“, stimmten 21,4 % „voll und ganz“ und 31,6 % „überhaupt nicht“ zu. Die Staatsanwälte, die in der Befragung ihr Interesse an Rechtsmittelverzichten offengelegt hatten, begründeten dieses Interesse damit, dass die durch die Absprache erzielte Verfahrensverkürzung *ad absurdum* geführt werde, wenn eine „Partei“, Staatsanwaltschaft oder Angeklagter, später Rechtsmittel einlege. Interessanten Aufschluss über die Wahrnehmung der Beteiligten brachte die Frage, welcher Prozessbeteiligte typischerweise die Initiative ergreife und den Rechtsmittelverzicht zum Thema der Verständigungsgespräche mache. Die Hälfte der Richter nannte den Verteidiger als Initiator, hingegen 66 % der Verteidiger den Vorsitzenden; die Staatsanwälte hatten – grob gesagt – zu je einem Drittel den Vorsitzenden, den Staatsanwalt und den Verteidiger als Initiator vor Augen. Aufschlussreich ist auch eine weitere Wahrnehmung der Verteidiger, und zwar dahin, was das Gericht in puncto Rechtsmittelverzicht erwarte: „76,1 % bezeichneten die Äußerung einer bestimmten Erwartungshaltung als charakteristisch“; die Autoren weisen zutreffend darauf hin, dass die Wahrnehmung der Verteidiger allein bedeutsam ist, wenn es darum geht, dem Angeklagten die Haltung des Gerichts zu vermitteln – denn vor der Verständigung und ihrem Vollzug spricht nur der Verteidiger mit dem Angeklagten über den Rechtsmittelverzicht.

5. Zum verfahrensmäßigen Ablauf der Verständigungen fassen die Autoren ihre Ergebnisse so zusammen (S. 262 ff.): Verständigungsgespräche finden „überwiegend vor oder außerhalb der Hauptverhandlung“ statt; sie werden „vornehmlich und in etwa gleichem Maße vom Gericht und der Verteidigung initiiert“; das vom BGH erhobene Protokollie-

rungsgebot befolgen die Gerichte überwiegend nicht – nur 20,7 % der Befragten haben seit der Entscheidung des 4. *Senats* die Erfahrung gemacht, dass „der (wesentliche) Inhalt und die Ergebnisse einer Verständigung [...] immer in die Sitzungsniederschrift aufgenommen wurden“; eine auffallende Diskrepanz ergab sich in der Wahrnehmung von Gericht und Verteidigung, wo es um Umfang und Überprüfung des Geständnisses ging: Die Richter schilderten, dass mehrheitlich der Angeklagte das ausführliche Geständnis selber vortrage und das Gericht dieses dann durch mehrere prozessuale Maßnahmen überprüfe; die Verteidiger gaben an, dass sie in den meisten Fällen anstelle des Angeklagten die schlanke Einlassung vortrügen (meist nur die schlichte Bestätigung des Anklagevorwurfs) und dass die Richter die Glaubhaftigkeit des Geständnisses nur noch durch einzelne Fragen an den Angeklagten überprüften. Die Befragten bestätigten schließlich noch, dass der Rechtsmittelverzicht selbstverständlicher Bestandteil einer Absprache sei, der Angeklagte habe in über 90 % der Absprachenfälle, an denen die Befragten beteiligt waren, den Rechtsmittelverzicht erklärt. Die Interviews erstreckten sich auf die Praxis der „qualifizierten Belehrung“ des Angeklagten, also auf die gerichtliche Belehrung darüber, dass es ihm trotz der Absprache freistehe, keinen Rechtsmittelverzicht zu erklären. 60,9 % der Befragten gaben an, dass eine solche Belehrung auch schon vor der Entscheidung des *Großen Senats* praktiziert worden sei. Die eigene *Bewertung* solcher Belehrung fiel überwiegend ablehnend aus: 59,7 % meinen, die qualifizierte Belehrung sei kein taugliches Mittel, um die Entscheidungsfreiheit des Angeklagten zu sichern.

Dass Verständigungsbemühen auch scheitern, ist bekannt. Der Studie zufolge scheitert „im Mittel [...] knapp jedes vierte Verständigungsgespräch“ – wobei es kaum einmal vorkomme, dass ein einmal gefundener Konsens nachträglich, also im Vollzug der Absprache zerbricht. Als Gründe für ein Scheitern nennen die Praktiker, dass der Angeklagte ein „überschießendes Geständnis“ abgebe oder auch ein zu geringes oder abweichendes Geschehen „gestehe“ (die *Verf.* erklären Letzteres mit dem besonderen Typus des Wirtschaftsstraftäters, der bis zuletzt eine Rechtfertigungsstrategie verfolge und einer Unrechtseinsicht kaum zugänglich sei); zu knapp 25 % beruhe das Scheitern auf einem Sinneswandel des Angeklagten; selten gebe es auch die Fälle eines versteckten Dissenses oder eines Sinneswandels der Staatsanwaltschaft (der dann auf einem Dezernentenwechsel oder einer Intervention des Behördenleiters beruhe). Zu der Frage, ob das Gericht dem Angeklagten nach einem solchen nachträglichen Scheitern einen Hinweis erteile, nannten es 18 von 40 Befragten, die ein Scheitern erlebt hatten, „typisch“, dass ein gerichtlicher Hinweis erfolgt. Ein Schlaglicht auf den Rechtsmittelverzicht geworfen hat die Befragung hinsichtlich des Scheiterns von Absprachen, denn vier der Befragten stufen es als Scheitern ein, dass der Angeklagte keinen Rechtsmittelverzicht erklärt hatte.

Ein eigener Abschnitt ist den Wirtschaftsstrafverfahren gegen mehrere Angeklagte gewidmet. Dabei kommen die *Verf.* nach Auswertung ihrer Interviews zu dem Ergebnis,

„dass die Gerichte auf unterschiedliche Verteidigungsstrategien mehrerer Angeklagter in der Regel mit der Abtrennung und beschleunigten Erledigung der Verfahren gegen die kooperationsbereiten Angeklagten“ reagierten. Das gilt für Fälle ohne und mit Drittbelastung gleichermaßen. Die *Verf.* formulieren vorsichtig, man könne nicht ohne Weiteres behaupten, „dass die Gerichte [...] nicht wenigstens bei der Überprüfung des Geständnisses die notwendige Sensibilität aufbrächten“, wobei die Verteidiger aber durchweg ein negatives Bild zeichneten.

Es schließt sich ein Abschnitt an, der die „Bewertung der Richtlinien des BGH durch die Praktiker bei den Tatgerichten“ wiedergibt. 64,3 % der Befragten stimmten der Aussage zu, die Vorgaben des BGH seien „praktisch umsetzbar“. Und umgekehrt wiesen 61,7 % die Aussage zurück: „Die Vorgaben des BGH sind in ihrer Gesamtheit zu eng“. Ein noch höherer Prozentsatz lehnte es ab, die Vorgaben als zu „unpräzise“ zu kennzeichnen. Den Interviewten wurde schließlich noch Gelegenheit gegeben, offen Kritik an den Vorgaben des BGH zu äußern. Von den Richtern nahmen 24 der 31 Vorsitzenden diese Gelegenheit wahr. Zentrale Kritikpunkte waren die Vorgaben, die dem Richter keinen Spielraum lassen, also das Verbot, den Rechtsmittelverzicht zu thematisieren (13 Richter), und das Gebot, den Inhalt der Absprache zu protokollieren (vier Richter). Ersteres wurde unter anderem bezeichnet als „zu streng“, „lebensfremd“, „ineffektiv“ und „bescheuert“; Letzteres als „praxisfern“, „realitätsfern“ und „zu theoretisch“. Auf Ablehnung stieß auch das vom *Großen Senat* erkannte Gebot zur „qualifizierten Belehrung“. Sieben Richter lehnten die Vorgabe ab („überflüssig“, „übertrieben“, „völlig verfehlt“ oder „endgültig realitätsfern“). Weitere sieben Richter kritisierten die BGH-Vorgaben in ihrer Gesamtheit als „praxisfern“, „realitätsfern“, „zu starr“ oder „zu theoretisch“; was die Beteiligung des Angeklagten angeht, so sei diese sogar „hinderlich“. Bei den Staatsanwälten nahmen 21 von 42 Befragten die Gelegenheit zur Kritik wahr. Im Groben entspricht die geäußerte Kritik der Linie der Richter. Häufiger als diese betonen die Staatsanwälte, dass sich derjenige, der nach einer Absprache ein Rechtsmittel einlege, „widersprüchlich“ und „hinterhältig“ verhalte. Die Vorgabe des BGH, Absprachen nur bei Anwesenheit aller Beteiligten zu treffen, wurde ebenfalls abgelehnt; Verständigungsgespräche, so einige Staatsanwälte, sollten nur von denen geführt werden, „die Ahnung von der Sache“ hätten. Manche Staatsanwälte räumten auch offen ein, dass, gemessen an den Forderungen des BGH, „die derzeit angewandten Methoden der Sachverhaltsfeststellung bei Absprachen zu fehleranfällig“ seien.

Das Spektrum der Verteidigerkritik beginnt schon damit, dass sich zwei von 36 Kritikern der BGH-Leitlinien gegen die Zulassung der Absprachen überhaupt richteten: Die StPO sähe Absprachen in der jetzt praktizierten Form nicht vor, und es gebe nichts, „was der Wahrheitserforschung, als dem eigentlichen Ziel des Strafverfahrens, so sehr entgegenstehe wie die Absprachen“. Im Übrigen erhebt ein Teil der Verteidiger dieselbe Kritik wie die Richter und Staatsanwälte: Die Vorgaben seien überflüssig und würden der Dynamik des

Strafverfahrens nicht gerecht. Eine andere Gruppe kritisiert umgekehrt, dass die Vorgaben allzu leicht eine Umgehung ermöglichten, weshalb sie keinen effektiven Schutz gegen Missbrauch darstellten. Auch wurde der Wunsch geäußert, das Gericht zu größerer Transparenz zu verpflichten. Das Protokoll solle Ausführungen enthalten, die eine revisionsgerichtliche Kontrolle ermöglichen (wie: Anwesende, Inhalt der Gespräche, ausgetauschte Argumente). Ein Verteidiger sprach sich für eine umfassende Wortlautprotokollierung auch in landgerichtlichen Verfahren aus, zumindest die Entstehungsbedingungen müssten erfasst werden. Neben anderem wurde noch kritisiert, dass die Anwesenheit des Angeklagten vorgeschrieben sei; der laufe nur Gefahr, von den justiziellen Beteiligten zu einer Stellungnahme zu den Anklagevorwürfen oder zur Abgabe eines Abspracheangebots genötigt zu werden.

Den Fragen zur *Bewertung* der BGH-Richtlinien folgten solche nach ihrer *Einhaltung*. Knapp 45 der Befragten geben an, in etwa der Hälfte der Fälle, in denen Verständigungsgespräche liefen, werde gegen mindestens eine Richtlinie verstoßen. Bei den Verteidigern liegt die Zahl noch höher; sie gehen im Mittel davon aus, dass in 70 % der Absprachenfälle, an denen sie beteiligt waren, gegen das Reglement des BGH verstoßen worden sei.

Befragt wurden die Praktiker auch nach einer stärkeren Regulierung der Absprachen. Sie sollten das Statement bewerten: „Ich halte eine weiter reichende Regulierung der Absprachenpraxis durch die höchstrichterliche Rechtsprechung oder eine gesetzliche Normierung für notwendig“. 64,3 % der Befragten äußerten sich ablehnend. Die relative Mehrheit aller Berufsgruppen stimmte der Aussage „überhaupt nicht zu“. Ein Viertel der Verteidiger stimmt allerdings „voll und ganz zu“. Insgesamt sind die Praktiker aufgeschlossener für eine Präzisierung der Absprachen, die vom Gesetzgeber stammt.

Das dritte Kapitel gibt die Befragungen der Berufsrichter aus einer „kleinen Wirtschaftsstrafkammer“ wieder. Danach werden vor diesen Spruchkörpern weniger Verständigungsgespräche geführt und, wenn sie geführt werden, seltener mit einer Absprache beendet; die Verständigungsgespräche finden häufiger in der Hauptverhandlung statt, ihr Ablauf ist trotzdem informeller; der Einfluss des Vorsitzenden auf die Gesprächsführung ist größer; und schließlich besteht bei den Richtern eine größere Unzufriedenheit, was die Richtlinien des BGH angeht. Die *Autoren* betonen, dass sie – bezogen auf die kleinen Wirtschaftsstrafkammern – zwar alle Vorsitzenden Richter Nordrhein-Westfalens befragt haben, es sich aber nur um neun Befragte handelt. Bedenkt man weiter, dass zwei der Richter erst kurz vor der Befragung ins Amt kamen, mindert sich der Erkenntniswert nochmals. Der Grund für die geringere Zahl erfolgreicher Absprachen liegt wohl darin, dass die Berufungskammern in der Regel keine Fälle „bedeutenden Umfangs“ verhandeln (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 3 Mod. 2 GVG). Dem Angeklagten fehlt es also am „Absprachenpotenzial“, er hat nicht viel an Verfahrensverkürzung zu bieten. Damit macht die Studie eine geläufige „Ungerechtigkeit“ der Absprachenpraxis sichtbar: Nur wer als Angeklagter – vielleicht zufällig oder weil viele Taten aufzuklären sind – eine

starke Verfahrensverkürzung zu bieten hat, kann den Vorteil des „besten Ergebnisses“ erlangen; freilich besteht diese Diskrepanz auch zwischen den einzelnen Deliktgruppen, weil etwa der wegen Mordes Angeklagte in der Regel nichts für eine Absprache anzubieten hat.

II. Dass die *Verf.* die empirischen Daten so sorgfältig erhoben haben, ist verdienstvoll. Auch sind Konzept und Durchführung der Untersuchung wohl nicht verbesserungsfähig. Ich sehe nicht, wie man die Absprachepraxis verlässlicher hätte ermitteln können als mit den durchgeführten Interviews. Der Inhalt des Buches ist daher allemal ein Gewinn für denjenigen, der sich dem normativen Problem der Absprachen stellen will. Die vielen tabellarischen Darstellungen ermöglichen die schnelle Aufnahme vieler Informationen. Die ausformulierten Erläuterungen und Bewertungen sind in einer sehr klaren und flüssigen Sprache verfasst. Selbstverständlich haben die *Autoren* noch mehr herausgefunden als hier dargestellt werden konnte. Deshalb bleibt die Lektüre jedem empfohlen, der sich empirisch oder normativ mit dem Absprachephänomen befasst. Auch „der Gesetzgeber“ täte gut daran, die Studie sorgfältig auszuwerten.

III. Allerdings sollte diese Auswertung mit der nötigen Vorsicht und Bedachtheit erfolgen. Zu dieser Mahnung besteht Anlass, weil selbst *Altenhain* und Mitarbeiter allzu voreilig den gefundenen Praxisverhältnissen die normativen Vorgaben anpassen wollen. So schreiben sie etwa in ihren Vorschlägen zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen, die sie „im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse“ unterbreiten: „Keiner weiteren Erörterung bedarf der Ausgangspunkt aller Entwürfe, die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung (gemeint ist eine ausdrückliche gesetzliche Zulassung, *J.S.*). 81 % aller Befragten stimmen dem Satz zu ‚Urteilsabsprachen sind für mich ein unverzichtbares Instrument zur Bewältigung von Wirtschaftsstrafverfahren‘, 54 % sogar ‚voll und ganz‘“ (NStZ 2007, 71 f.). Doch ist die Notwendigkeit einer gesetzlichen Zulassung von Absprachen sehr wohl der Erörterung bedürftig, es handelt sich geradezu um die Kardinalfrage! Die *Autoren* erwecken den Eindruck, als stehe der Gesetzgeber der Absprachenpraxis hilflos gegenüber und es könne nur noch um die nähere Ausgestaltung des „konsensualen Verfahrens“ gehen. Diese Sicht auf die Dinge ist schief. Der Gesetzgeber muss nicht eine Regelung finden, die der Praxis entspricht, sondern muss sich *entscheiden*, wie die Praxis verfahren soll, und dann die Gesetzeslage so gestalten, dass die Praxis ihm zu folgen gezwungen ist.

Wenn die vorhin zitierte Aussage der *Autoren* darauf verweisen will, dass ein praktisch „unverzichtbares“ Interesse tatsächlich besteht, so mag man diese Einschätzung der Verfahrenswirklichkeit durchaus den Aussagen der Praktiker entnehmen. Der Gesetzgeber sollte aber nicht blindlings darauf vertrauen, dass die Stellungnahmen der Justizangehörigen, die ja ein handfestes Eigeninteresse haben, die Zustände korrekt wiedergeben (vgl. schon die Formulierung der Interview-Frage: „Urteilsabsprachen sind [...] *für mich* unverzichtbar“). Immerhin gibt es fast 20 % der Praktiker, für die eine Absprachenpraxis verzichtbar ist. Aufschluss bietet

auch der Umstand, dass acht der Befragten im Jahr 2004 keinen einzigen Fall im Wege der Verständigung erledigt haben (vgl. S. 54 der Studie). Es scheint also auch ohne Absprachen zu funktionieren.¹

Sollte eine Überlastung der staatlichen Strafjuristen tatsächlich auszumachen sein, dann darf der Gesetzgeber dennoch nicht reflexartig einer Anregung des *Großen Senats* folgen und die Absprachen gesetzlich gestatten. Vielmehr sollte er zuvor – und wie *Fischer* zutreffend betont hat: in Ruhe –² abschätzen, welche Folgen das auf den Strafprozess im Ganzen hat. Daneben wären auch belastungsmindernde Alternativen zu erwägen: wie etwa Entkriminalisierung, Neueinstellungen, Änderung anderer Verfahrensvorschriften etc. Dieser Aufwand sollte auch nicht deshalb gescheut werden, weil die Praxis ein Verbot ohnehin nicht akzeptierte und wieder im Informellen die Absprachen trafe.³ Dieser Einwand müsste sich sogleich die Rückfrage gefallen lassen, warum die Praktiker, die sich über ein gesetzliches Verbot der Absprachen hinwegzusetzen bereit finden, denn nun geneigt sein sollen, diejenigen normativen „Formalitäten“ zu beachten, die sie nur zum Teil einengen. Wer das Gesamtverbot missachtet, wird noch weniger Skrupel haben bei lästigen Einzelaspekten.

Im Übrigen will mir nicht einleuchten, dass die Absprachenpraxis nicht zu unterbinden sein soll. Erst kürzlich hat *Meyer-Goßner* ein wirksames Mittel benannt: „Wenn ein Generalstaatsanwalt einmal einen Staatsanwalt disziplinarisch zur Ordnung rufen würde, weil er sich an heimlichen Absprachen beteiligt hat, würden sich die Staatsanwälte in Zukunft hüten, weiter bei einer solchen Verfahrensweise mitzumachen [...] Es ist nicht bekannt, dass ein Generalstaatsanwalt oder eine Generalstaatsanwältin eine Verfügung erlassen hat, wonach Staatsanwälte sich der Teilnahme an heimlichen – d.h. nicht protokollierten Absprachen – zu enthalten haben; gäbe es eine solche Verfügung, so wäre sogleich die Durchsetzung der von der Rechtsprechung aufgestellten Regeln gesichert.“⁴ Gleiches muss natürlich gelten, für eine Verfügung, die eine Beteiligung der Staatsanwälte an Verständigungsgesprächen generell untersagt. Und was die Richter betrifft, so muss ihnen der Gesetzgeber, wenn er sie nicht überzeugen kann, mit der *Ultima Ratio* zu Leibe rücken und eine Strafvorschrift erlassen – etwa den § 339 StGB um den Tatbestand der Beteiligung an Verfahrensabsprachen erweitern; ein Richter, der vorsätzlich wichtige Verfahrens-

vorschriften missachtet, hat die Berechtigung, über andere zu urteilen, verloren.

Es kommt, wie gesagt, für die Problematik der Urteilsabsprachen alles darauf an, *was sein soll*. Gesetzgeberische Alternativen zur Zulassung der Absprache haben wohl wenig Aussicht auf Erfolg, vor allem, weil derzeit das Sparinteresse dominiert. Bei der Gesamtkalkulation zu veranschlagen sind aber auch die Kosten, die der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens erwachsen. Denn was die Studie auch belegt hat, ist die ausnehmende Unsensibilität einiger staatlicher Strafjuristen für die Belange des Angeklagten. Beispielhaft: Dass ein Angeklagter, der von einem ihm bislang unbekanntem Pflichtverteidiger „vertreten“ wird, den der Vorsitzende ausgesucht hat (§ 141 Abs. 4 StPO!), sich nicht unbedingt als Subjekt des Verfahrens einstuft, wenn die Berufsjuristen ohne seine „hinderliche“ Anwesenheit und unter sich den Fall beraten, kommt ihnen anscheinend ebenso wenig in den Sinn wie die Brisanz des Umstandes, dass die Absprache faktisch ohne die Anwesenheit von $\frac{2}{5}$ der zur Urteilsfindung Berufenen getroffen wird (beim amtsgerichtlichen Schöffengericht fehlt sogar die Hälfte oder die $\frac{2}{3}$ -Mehrheit).

Die verfahrensökonomischen Vorteile der Absprachen mögen am Ende rechtfertigen, gewisse Abstriche vom „alten Strafprozess“ zu machen. Zum Teil mag es sogar geboten sein, die Hauptverhandlung dem Verständigungsprinzip des § 153a StPO anzugleichen, um Ungleichbehandlungen zwischen einstellungstauglichen und einstellungsuntauglichen Verfahren auszuschließen. Der Gesetzgeber sollte aber ein Modell entwerfen, „das mit den tragenden Prinzipien des rechtsstaatlichen Strafprozesses in eine praktische Konkordanz gebracht werden“ kann⁵ und das einen „Missbrauch des Mächtigen“ ausschließt⁶. Dafür bietet die vorgestellte Studie eine wichtige empirische Basis.

Wiss. Assistent Dr. Jörg Scheinfeld, Bochum

¹ Nur 18 % der Staatsanwälte und sogar nur 3,2 % der Richter gaben als Hauptgrund für die Absprachenpraxis ihre Arbeitsbelastung an (vgl. S. 64 f. bzw. S. 62 der Studie).

² NStZ 2007, 433.

³ So die Vermutung von *Meyer-Goßner*, NStZ 2007, 425 (429): „Der einzige Erfolg [...] wäre der, dass wiederum alles absolut heimlich [...] vereinbart werden würde“ (allerdings bezogen auf ein Verbot nicht des Gesetzgebers, sondern des BGH); ähnlich die Leiter der Studie: „[...] völliges Verbot von Konsensgesprächen [...] wäre [...] nicht durchsetzbar“ (S. 341).

⁴ *Meyer-Goßner*, NStZ 2007, 425 (432).

⁵ So die Formulierung des Strafausschusses des Deutschen Anwaltvereins, StraFo 2006, 89 (98).

⁶ *Schünemann*, Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur, 2005, S. 24 f.