

AUSGABE 8/2009

S. 393 - 465

4. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Aus Wissenschaft und Praxis – Strafrecht: Das „Lissabon-Urteil“ des BVerfG

Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG
Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, München 393

Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht
Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Privatdozent Dr. Peter Rackow, Göttingen 397

Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon
Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009
Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin 406

Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle
Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?
Von Prof. Dr. Stefan Braum, Luxemburg 418

Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun
Von Privatdozent Dr. Hans-Peter Folz, Augsburg 427

Ausländisches Strafrecht

Intervención delictiva y garantismo penal
A la memoria de Juan Bustos Ramírez
Por Dr. Alex van Weezel, Santiago de Chile 432

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. 30.4.2009 – 1 StR 90/09
(Zur Ermittlungs- und Abschlusskompetenz in Steuerstrafsachen)
(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz) 446

Strafprozessrecht

OLG Dresden, Beschl. 31.3.2009 – 2 AK 6/09
(Zur Zurückhaltung von „haftbefehlsreifen“ Tatvorwürfen durch die Staatsanwaltschaft zur Erlangung eines gesonderten Haftbefehls)
(Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock) 452

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schrittleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos
International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 8/2009

S. 393 - 465

4. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

BUCHREZENSIONEN

Lehrbuchliteratur

Kai Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008
(Prof. Dr. Klaus Schwaighofer, Innsbruck) 455

Internationales Strafrecht

**Emmanuel Decaux/Adama Dieng/Malick Sow (Hrsg.),
From Human Rights to International Criminal Law, 2007**
(Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main) 457

**Antonio Cassese (Hrsg.), The Oxford Companion to
International Criminal Justice, 2009**
(Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main) 458

Wirtschaftsstrafrecht

**Klaus Bernsmann/Norbert Gatzweiler, Verteidigung bei
Korruptionfällen, 2008**
(Rechtsanwalt Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau) 459

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai
Ambos
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

I. Von Sisyphos über Cato zu Don Quijote?

Wer, wie ich, als Strafrechtler in der Hoch-Zeit des bundesdeutschen Liberalismus sozialisiert worden war und sein Standbein nicht rechtzeitig in den Bereich der Strafverteidigung verlagert hatte, hat seit mindestens einem Jahrzehnt wenig Grund zur Freude gehabt. Denn die unablässige Ausdehnung des materiellen Strafrechts konnte er nur mit ohnmächtiger Kritik und ohne die in der Anwaltsprofession naheliegende klammheimliche Freude begleiten; die vom Gesetzgeber und dem BGH mit vereinten Kräften bewirkte Ruinierung der strafprozessualen Verfahrensbalance wurde in seinen Augen aus den gleichen Gründen durch die Etablierung der lukrativen Absprachenpraxis nicht wirklich versüßt; und mit der zunächst von den meisten verschlafenen, mittlerweile aber umso rasanteren Europäisierung des Strafrechts wie des Strafverfahrens wird ihm sogar nach und nach jenes Objekt seiner wissenschaftlichen Begierde entzogen, dem er einmal die besten Jahre seines Lebens gewidmet hatte. Hilflos musste er mit ansehen, wie Vernunft und Wissenschaft, der deutschen Strafrechtsdogmatik allerhöchste Kraft, kaum noch etwas zählten in einem hydraartig um sich greifenden Neopositivismus, in dem die zumeist von den Innenministerien dominierten, im Rat der EU versammelten Ministerialbürokraten die gewählten Parlamente zu Lakaien degradieren, deren Gesetze (welche die meist nur den Spielraum von Schießscharten belassenden „Rahmenbeschlüsse“ der EU gehorsam 1:1 umsetzen) von den in dieser schönen neuen Welt sozialisierten „Europarechtlern“ in akribischem Gehorsam vermessen und von einem sich selbst (wenn auch ohne solide demokratische Legitimation) als Motor der europäischen Einigung begreifenden Gerichtshof gegen jedwede demokratisch-revisionistischen Bedenken abgeschirmt werden. Manch ein Beobachter mag einen mitleidigen Vergleich mit Sisyphos, Cato oder Don Quijote angestellt haben, wenn er die von einer kleinen Gruppe altliberaler Strafrechtler mit mir als Sprecher über Jahre hinweg ebenso unablässig wie ungehört wiederholte Forderung las, jedenfalls auf dem Gebiet der Strafrechtspflege die Gesetzgebung an eine vollständige demokratische Legitimation und die Respektierung der im 19. Jahrhundert erkämpften Prinzipien des materiellen Rechtsstaat zu binden¹. Dass eine derart naive Position von

¹ S. etwa *Lüderssen*, GA 2003, 71 (84): „Mit dem Strafrecht, das für ganz Europa gelten soll, muss man so lange warten, bis die gesamteuropäische parlamentarische Legitimation gegeben ist.“ *Schünemann*, StV 2003, 531 (533): „[...] greift das von den Regierungen einseitig beschlossene Konzept des Europäischen Haftbefehls so tief in die Prärogativen einer parlamentarischen Gesetzgebung ein, dass es über die [...] sog. dritte Säule [...] substantiell hinausgeht und die deutschen Gesetzgebungsorgane sich hüten mögen, ihre demokratische Verantwortung zu verraten und auf eine damit nicht zu vereinbarende Rolle als Lakai von Brüssel zu schrumpfen.“ *Schünemann*, Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung,

2004, S. 4: „Jedenfalls das Strafrecht, bei dem es früher um die physische Auslöschung und heute zumindest bei der Freiheitsstrafe um die Auslöschung der sozialen Existenz des Bürgers geht, muss eine direkte demokratische Legitimation durch Parlamentsgesetz vorweisen können.“ *Schünemann*, StV 2005, 681 (684 f.): „Die gravierenden demokratischen Defizite des europäischen Rechtssetzungsapparats werden von dem sich dafür primär zuständig fühlenden Zweig der deutschen Rechtswissenschaft bis heute mit dem klassischen Inversions(Fehl-)Schluss gerechtfertigt, dass EG und EU kein Bundesstaat seien und deshalb keiner direkten demokratischen Legitimation bedürften – obwohl die allein maßgebliche materielle Frage lauten muss, ob die Kompetenzen, die EG und EU an sich gezogen haben, so beträchtlich sind, dass sie nur einem demokratisch unmittelbar legitimierten Parlament anvertraut werden dürften, wie dies nun aber bei der Strafgesetzgebung als dem Inbegriff der zerstörerischen Macht des Staates seit der Geburtsstunde der Ideen der Demokratie und der Gewaltenteilung auf der Hand liegen sollte.“ *Schünemann* im – im Angesicht des EuGH-Präsidenten gehaltenen – Eröffnungsreferat der den „AE II“ diskutierenden Konferenz von Thessaloniki, in: Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 61 f.: „Die im sog. dritten Pfeiler durch den Vertrag von Amsterdam dem Rat, also einem Gremium von Regierungsmitgliedern, zuerkannte Kompetenz zur Fassung von Rahmenbeschlüssen auf dem Gebiet der Strafrechtspflege [...] legt ebenso die Axt an die Wurzel eines demokratischen Strafrechts in Europa wie die vom Europäischen Gerichtshof in einer mit den Regeln der richterlichen Rechtsfindung nicht mehr zu vereinbarenden Weise proklamierte Bejahung einer allgemeinen Annexkompetenz der EG auf dem Gebiet des Strafrechts. Dieses unheilbare, in der europarechtlichen Diskussion viel zu lange übersehene demokratische Defizit speziell im Strafrecht wird von einer unzulänglichen inhaltlichen Beachtung der rechtsstaatlichen Erfordernisse begleitet [...]“; schließlich vor dem Unterausschuss „Europarecht“ des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, dem diese Gesichtspunkte bis dato böhmische Dörfer gewesen waren und wohl weiterhin bleiben werden, *Schünemann*, KritV 2008, 6 f.: „Dass dieser Grundsatz [scil. demzufolge die Angelegenheiten des Strafrechts durch den Gesetzgeber geregelt werden müssen, bei dem es sich in einer Demokratie nur um das Parlament handeln kann] nur respektiert wird, wenn das Parlament über die Strafgesetze in souveräner Freiheit befindet, ist eine analytische Aussage und deshalb unbestreitbar. Dass dies im Vertrag von Amsterdam bei Einführung der Rahmenbeschlüsse in der sog. Dritten Säule missachtet und seitdem zumeist übersehen (oder sogar geflissentlich ignoriert) worden ist, ändert an der Wahrheit dieses Satzes so wenig wie der Jahrtausende alte Irrglaube an das ptolemäische Weltbild den Kreislauf der Erde um die Sonne hinwegzueskamotieren vermochte.“

den auf Europa professionalisierten Rechtlern ernsthaft erwogen und überhaupt registriert würde, konnte diese Gruppe zweifellos selbst nicht hoffen, aber auch die „Europastrafrechtler“ zeigten wenig Neigung, derartigen Ballast in ihre didaktischen Darstellungen aufzunehmen² – was ja in der Tat nur den deutschen Juristennachwuchs durch schädliche Zweifel an dem europäischen Heilsgeschehen verunsichert hätte.

II. Die verpasste erste Chance des EuHbG

Nachdem sich das BVerfG im Solange-I-Beschluss (BVerfGE 37, 271) und in der Maastricht-Entscheidung (BVerfGE 89, 155) zweimal entschlossen gezeigt hatte, den gewaltenteilenden demokratischen Rechtsstaat nicht widerstandslos in einer gubernativen Supragewalt aufgehen zu lassen, bot die Kontroverse um den europäischen Haftbefehl die erste Chance, die besonderen demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen an das Strafrecht, das den Bürger vom Verbrecher, den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur trennt, unmissverständlich herauszustellen. Letztlich wurde diese Chance nicht genutzt, weil die in der Entscheidung des 2. *Senats* deutlich hervortretenden internen Differenzen eine eindeutige Stellungnahme zu der dem Rat als Regierungsvertreterorgan im Vertrag von Amsterdam unter Verhöhnung aller demokratischen Prinzipien und Traditionen zugewiesenen legislatorischen Rahmenkompetenz³ auf dem Gebiet der Strafrechtspflege blockierten,⁴ während der EuGH

² Im Standardschrifttum wurde die zentrale Problematik so gut wie gar nicht behandelt, sondern nur die (für die demokratische Legitimation unwichtige) fehlende unmittelbare Wirkung der Rahmenbeschlüsse hervorgehoben, s. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 4; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 33, 53; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 39, § 5 Rn. 71, § 8 Rn. 44 ff.; *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, S. 120; *Suhr*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 34 EUV Rn. 13. Auch *Dannecker* mochte den Studenten in der speziell für sie verfassten Darstellung in *Jura* 2006, 95 (173) so ernste Fragen nicht zumuten. S. im Übrigen zur gesamten Diskussion einschl. der „Europarechtler“ die Darstellung und Nachw. bei *Schünemann*, in: *Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf* (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 109 ff.

³ Dass Art. 34 Abs. 2 EUV von den nationalen Parlamenten ratifiziert wurde, konnte die unveräußerliche Gesetzgebungsgewalt im Strafrecht so wenig wirksam übertragen, wie ein „Selbstversklavungsvertrag“ wieder die Sklaverei einführen könnte.

⁴ Vgl. die einander widersprechenden Aussagen in BVerfGE 113, 273, 301 und 315, dass der Gesetzgeber die politische Gestaltungsmacht behalte und notfalls die Umsetzung verweigern könne, also in „normativer Freiheit“ entscheide, sowie in BVerfGE 113, 273, 300 und 306, wo es die Verbindlichkeit der Rahmenbeschlüsse hinsichtlich des zu erreichenden Ziels nicht in Frage stellt. Besonders drastisch neben der Sache liegt das dissenting vote von *Lübbe-Wolff* (BVerfGE 113, 273 Rn. 178): Sinn des Art. 79 Abs. 3 GG sei es,

kurz darauf die vom Verfassungsgericht Belgiens artikulierten, gravierenden Bedenken vom Tisch wischte, nachdem er zuvor bereits durch die Erfindung einer europäischen Annexgesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts draufgesattelt hatte.⁵

III. Das Erdbeben von Karlsruhe zu Lissabon

Weil die „normative Kraft des Faktischen“ nirgendwo so stark ist wie auf dem Gebiet der europäischen Integration, die speziell in den deutschen Medien zu einer Frage der Staatsraison, wenn nicht gar der political correctness erklärt worden ist, schien damit der Traum einer regierungsfesten, genuin demokratischen Strafgesetzgebung so gut wie ausgeträumt.⁶ Es muss deshalb eigentlich in den Ohren der *Europa-* und der *Strafrechtler* wie ein Donnerschlag geklungen haben, als sich das BVerfG quasi in der Abenddämmerung, nämlich in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag vom 30.6.2009, zu für alle Zeiten denkwürdigen Sentenzen über die unverfügbaren Fundamente einer rechtsstaatlich-demokratischen Strafgesetzgebung aufgerafft hat, um deren Anerkennung in der deutschen Strafrechtswissenschaft seit den Strafrechtslehrertagungen von Bayreuth und Dresden 2003⁷ hartnäckig, aber

einen Rückfall unseres Landes in Diktatur und Barbarei auszuschließen, und nichts diene diesem Ziel mit höherer Wahrscheinlichkeit als Deutschlands Integration in die Europäische Union – so als ob die Naziverbrechen das Recht der heutigen Bevölkerung auf demokratische Verhältnisse schmälern könnten.

⁵ EuGH-Urteile vom 3.5.2007, Rs. C-303/05, EuGRZ 2007, 273 (zur Kritik vgl. *Hefendehl*, in: *Joerden/Szwarc* [Hrsg.], Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen, 2007, S. 41 ff. und *ders.*, ZIS 2006, 161 ff.; verkannt bei *Böse*, GA 2006, 211 u. *Gärditz/Gusy*, GA 2006, 225), u. vom 13.9.2005, Rs. C-176/03, EuGRZ 2005, 700 = EuZW 2005, 632.

⁶ Das zeigte sich in der Bundesrepublik Deutschland in besonders prägnanter Weise bei der Verabschiedung des 2. EuHbG, das (abgesehen vom Einbau der Formel des BVerfG über den „maßgeblichen Inlandsbezug“) einfach das 1. EuHbG wiederholt hat, obwohl die Abgeordneten des Bundestages in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG bekannt hatten, sich bei dessen Verabschiedung „normativ unfrei“ bzw. „gebunden“ gefühlt zu haben (*Ströbele/Kauder* bei *Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006, S. 243, 245, 247), gleichwohl von dieser Linie auch in den erneuten Gesetzesberatungen nicht abwichen.

⁷ Auf der Bayreuther Tagung 2003 billigten 123 deutschsprachige Strafrechtslehrer eine Resolution, in der die demokratisch-rechtsstaatlichen Mängel der durch Rahmenbeschlüsse und das „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“ betriebenen Europäisierung der Strafrechtspflege scharf abgelehnt wurden (abgedr. bei *Schünemann*, GA 2004, 193 [203]), und zugleich wurde die Abhaltung der außerordentlichen Tagung über „Die Europäisierung der Strafverfolgung“ beschlossen, deren Referate und Diskussionen in *ZStW* 116 (2004), 275 ff. publiziert sind.

ohne nennenswerte externe Resonanz gerungen worden ist: „Es ist eine grundlegende Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt. Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt. Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen, und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung. Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum. Die demnach zum Schutz des nach dem Verständnis des Grundgesetzes demokratischen Primärums gebotene enge Auslegung ist auch der Entscheidung des deutschen Vertreters im Rat zugrunde zu legen, wenn ein Beschluss im Bereich der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen sowie allgemein des Strafverfahrensrechts gefasst werden soll. Im Hinblick auf den Bereich der Annexzuständigkeit, die eine Angleichung des Strafrechts in bereits harmonisierten Politikbereichen ermöglicht, kann das Zustimmungsgesetz nur deshalb als verfassungskonform beurteilt werden, weil diese Zuständigkeit nach dem Vertrag eng auszulegen ist. Hinter der Annexzuständigkeit verbirgt sich eine gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege im Vergleich zur bislang geltenden Rechtslage. Wegen drohender Uferlosigkeit dieses die Strafrechtssetzung betreffenden Kompetenztitels ist eine solche Kompetenzvorschrift mit dem Prinzip einer sachlich bestimmten und nur begrenzten Übertragung von Hoheitsrechten an sich ebenso wenig zu vereinbaren wie mit dem gebotenen Schutz des demokratisch an die Mehrheitsentscheidung des Volkes besonders rückgebundenen nationalen Gesetzgebers. Diese Voraussetzungen gelten auch für die von der europäischen Gerichtsbarkeit bereits angenommene Existenz einer strafrechtlichen Annexzuständigkeit. Die demokratische Selbstbestimmung ist allerdings in einer besonders empfindlichen Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert wird, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und gar die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe eigener Wertvorstellungen zu entscheiden. Daher ist es in diesen Bereichen nur eingeschränkt erlaubt, die Strafgesetzgebungskompetenz zu übertragen, und jedenfalls erforderlich, bei der Ausdehnung des Katalogs der der Unionsgesetzgebung zustehenden Kriminalitätsbereiche die Anforderungen für eine einzelne Hoheitsrechtsübertragung (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) einzuhalten. Die im Grundsatz integrationsfeste mitgliedstaatliche Strafkompetenz ließe sich dadurch schonen, dass die Mindestvorschriften nicht einen vollständigen Deliktbereich (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates über den europäischen Haftbefehl), sondern lediglich eine Tatbestandsvariante erfassen. Die Zuständigkeiten in der europäischen Union im Bereich der Strafrechtspflege müssen

zudem in einer Weise ausgelegt werden, die den Anforderungen des Schuldprinzips genügt. Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG. Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist. Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Strafrechts für die individuelle Freiheit sind deshalb jedenfalls zusätzlich besondere Anforderungen an die Regelung zu stellen, die einem Mitgliedstaat spezielle Rechte im Gesetzgebungsverfahren einräumt. Das notwendige Maß an demokratischer Legitimation über die mitgliedstaatlichen Parlamente lässt sich aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts nur dadurch gewährleisten, dass der deutsche Vertreter im Rat die in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEV genannten mitgliedstaatlichen Rechte nur nach Weisung des Deutschen Bundestags ausübt. Insgesamt nähert sich die konkretisierende Ausfüllung der Ermächtigungen nach Art. 82 Abs. 2 sowie Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV in der Bedeutung einer Vertragsänderung an und verlangt nach einer entsprechenden Ausübung der Integrationsverantwortung der Gesetzgebungsorgane im Rahmen des Notbremseverfahrens. Der deutsche Regierungsvertreter im Europäischen Rat darf einer Vertragsänderung nur zustimmen, wenn der Deutsche Bundestag und der Bundesrat innerhalb einer noch auszugestaltenden Frist ein Gesetz i. S. von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG erlassen haben.“⁸

IV. Und in Berlin nascetur ridiculus mus?

Für alle, die in der liberalen Epoche der deutschen Strafrechtswissenschaft sozialisiert worden sind, ist diese Anerkennung durch das BVerfG eine große Genugtuung, aber sie kommt spät, vermutlich zu spät. Wäre sie schon im Urteil zum europäischen Haftbefehl ausgesprochen worden, hätte sie wohl noch den Vertrag von Lissabon inhaltlich beeinflussen können. Nunmehr ist das Bestreben der in Deutschland herrschenden politischen Kräfte offensichtlich, die insgeheim als eine Art justitieller Panne in der deutschen Europapolitik empfundene Lissabon-Entscheidung des BVerfG so rasch und gründlich wie möglich durch eine „Begleitgesetzgebung“ einzuschmelzen, die an der politisch peripheren Rolle der nationalen Parlamente und der gubernativen Machtzentrierung nur das Allernötigste ändert und die die Entscheidung des BVerfG ernst nehmenden Forderungen publizistisch in den Bereich der „europäischen Geisterfahrt“ zu verweisen versucht.⁹ Dass für die eilig auf den 26.8.2009 anberaumte Anhörung kein einziger Strafrechtswissenschaftler, sondern ausschließlich die bisher bedenkenlosen „Europarechtler“¹⁰ als „übliche Verdächtige“ eingeladen worden sind, macht zur Genüge deutlich, dass die Sonderrolle des Strafrechts in der Gesetzgebung zwar vom BVerfG begriffen und unterstrichen

⁸ NJW 2009, 2267 (2287 ff.)

⁹ S. die Äußerung des Parlamentarischen Geschäftsführers der SPD-Bundestagsfraktion *Oppermann*, beck-aktuell v. 19.8.2009.

¹⁰ Abgesehen von dem das Lissabon-Urteil erstreitenden Prozessvertreter des Abgeordneten *Gauweiler*.

worden ist, dass die politischen Machthaber es aber nicht begreifen können oder wollen. Vielleicht sollten die liberalen Strafrechtler doch endlich Sisyphos, Cato und Don Quijote aufgeben und es mit Leicester halten: Der Lord lässt sich entschuldigen, er ist zu Schiff nach Frankreich.

Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Privatdozent Dr. Peter Rackow, Göttingen

Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Urteil vom 30. Juni 2009 das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon sowie das diesbezügliche Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten¹, jedoch zugleich hinsichtlich des Ausweitungsgesetzes² einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 GG festgestellt,³ weil insoweit die Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat unzureichend berücksichtigt wurden. Bis zur Behebung der festgestellten Mängel darf die Ratifikation des Vertrags von Lissabon nun nicht vollzogen werden.⁴ Im Folgenden soll eine erste Bewertung der europastrafrechtlichen Aussagen des Urteils im Lichte des Entwicklungsstands des Europäischen Strafrechts i.e.S.⁵ – d.h. insbesondere vor dem Hintergrund der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung – versucht werden. Insoweit sind zunächst einige Ausführungen zu den grundlegenden Positionen des BVerfG zur Struktur der Europäischen Union und ihren Beziehungen zu den Mitgliedstaaten veranlasst (I.); sodann werden die europastrafrechtlichen Ausführungen genauer betrachtet (II.), um schließlich den Beitrag mit einem Fazit und Ausblick abzuschließen (III.).

I. Das BVerfG und das Vertragswerk von Lissabon

„Die Europäische Union erreicht beim gegenwärtigen Integrationsstand auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon noch keine Ausgestaltung, die dem Legitimationsniveau einer staatlich verfassten Demokratie entspricht.“⁶ – Diese Einschätzung stellt den argumentativen Ausgangspunkt der Lis-

sabon-Entscheidung dar und der Senat begründet sie damit, dass die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments (nach wie vor) dem Grundsatz der Wahlgleichheit nicht gerecht wird. In der Tat führt Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV-Lissabon, wonach auf einen Mitgliedstaat maximal 96 Sitze entfallen, die kleinen und kleinsten Mitgliedstaaten jedoch mindestens sechs Sitze besetzen können, zu erheblichen Benachteiligungen der Wähler aus den großen Mitgliedstaaten.⁷ Zwar mögen sich bei der parlamentarischen Arbeit unter den Europaparlamentariern programmatische Bindungen über die nationalen Grenzen hinaus entwickeln,⁸ doch ändert dies nichts an der die Wahlgleichheit desavouierenden Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, die etwa dazu führt, dass ein dänischer Abgeordneter etwa 421 000 dänische EU-Bürger vertritt, während ein deutscher Abgeordneter die Interessen von mehr als der doppelten Anzahl deutscher EU-Bürger (ca. 857 000) wahrnehmen soll;⁹ die Stimme eines dänischen Wählers hat daher in etwa das doppelte Gewicht der Stimme eines deutschen Wählers. Das ist keine quantität negligable, wie sich schon an dem Machtpoker um die endgültige Fixierung der Abgeordnetenzahlen pro Mitgliedstaat zeigt, wo es Italien etwa gelungen ist, einen weiteren Abgeordneten durchzusetzen,¹⁰ was Art. 14 Abs. 2 S. 2 EUV-Lissabon durch den Zusatz „zuzüglich des Präsidenten“ camouffliert.¹¹ Dem Vorwurf unbegründeter Benachteiligung der Wählerinnen und Wähler in den großen Mitgliedstaaten lässt sich vor diesem Hintergrund (nach wie vor) nur das Prinzip der Staatengleichheit entgegenhalten.¹² Bildet dieses aber den Grund dafür, dass die „Vertreter[] der Unionsbürgerinnen und Bürger“ (Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV-Lissabon) nach einem Schlüssel kontingiert werden, welcher an die Nationalität der Abgeordneten anknüpft, so kann man dem Senat in seiner Folgerung, dass das Europäische Parlament (nach wie vor) kein Organ der Repräsentation eines europäischen Mehrheitswillens,¹³ sondern „eine Vertretung der Völker der Mitgliedstaaten“ darstellt,¹⁴ nur zustimmen.

¹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., in: NJW 2009, 2267 (2268) Rn. 207.

² Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, BT-Drs. 16/8489; das Ausweitungsgesetz ist bisher nicht in Kraft getreten, weil zuvor die Änderungen des Grundgesetzes in Kraft treten müssen, vgl. *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (287). Vgl. zur Neufassung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der EU (EUZBBG) nun BT-Drs. 16/13925 und BR-Drs. 716/09 und insbes. die vorgesehene Umsetzung der Vorgaben des BVerfG durch ein „Integrationsverantwortungsgesetz“ (BT-Drs. 16/13923).

³ Dazu *Oppermann*, EuZW 2009, 473 („Paukenschlag“).

⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2268): „Vor Inkrafttreten der von Verfassungen wegen erforderlichen gesetzlichen Ausgestaltung der Beteiligungsrechte darf die Ratifikationsurkunde der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007 nicht hinterlegt werden“.

⁵ Zur Unterscheidung zwischen Europäischem Strafrecht i.e.S. und i.w.S. s. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 13 ff.

⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 276.

⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277 ff.) Rn. 279 ff.; vgl. hier auch *Herdegen*, Europarecht, 10. Aufl. 2008, § 8 Rn. 74; *Weber*, EuZW 2008, 7 (9); aus dem europastrafrechtlichen Schrifttum etwa *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (54).

⁸ Vgl. insoweit *Herdegen* (Fn. 7), § 8 Rn. 68.

⁹ Kalkulation auf der Grundlage der vorgesehenen Sitzverteilung ABl. 2007 C 227E, S. 136 f.; vgl. auch die Rechenbeispiele bei BVerfG NJW 2009, 2267 (2278) Rn. 285.

¹⁰ ABl. 2007 C 306, S. 249.

¹¹ Dieser soll dann auf sein Stimmrecht verzichten. Vgl. hierzu *Weber*, EuZW 2008, 7 (9); *Streinz/Ohler/Hartmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 26.

¹² Vgl. etwa *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 5 Rn. 18.

¹³ Vgl. zu anderen demokratietheoretischen Ansätzen bei Fn. 21 ff.

¹⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277 ff.) Rn. 280 ff., insbes. 284.

Im Zusammenhang mit diesen Erwägungen zum Europaparlament stellt der *Senat* eine Beziehung zwischen dem demokratischen Legitimations- und Integrationsstatus der Union her: Die EU in ihrer Struktur nach dem Vertrag von Lissabon „entspricht demokratischen Grundsätzen, weil sie bei qualitativer Betrachtung ihrer Aufgaben- und Herrschaftsorganisation gerade nicht staatsanalog aufgebaut ist“. ¹⁵ Im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten, die weiterhin den „verfasste[n] politische[n] Primärraum ihrer jeweiligen Gemeinwesen“ bildeten, trage die Union lediglich „sekundäre, das heißt delegierte Verantwortung für die ihr übertragenen Aufgaben“. ¹⁶ Die Einordnung der EU als (nach wie vor) abgeleitetem Sekundärraum ist für die Lissabon-Entscheidung von zentraler Bedeutung, weil sich mit ihr die im Wege von gemeinsam entschiedenen Verfassungsbeschwerden und Organstreitverfahren vorgetragene Behauptung erledigt, durch den Vertrag von Lissabon werde ein Integrationsstand erreicht, der nicht hinreichend demokratisch legitimiert sei. Dem kann der *Senat* entgegenhalten, dass die Union auch unter dem Vertrag von Lissabon „als Verbund mit eigener Rechtspersönlichkeit das Werk souveräner Staaten“ bleibt ¹⁷ und, so ist zu ergänzen, eben auch bleiben muss. Wenn die Union sich als eine „supranationale Organisation“ ¹⁸ (weiterhin) von ihren Mitgliedstaaten ableitet, muss nämlich sicher gewährleistet sein, dass die Unionsorgane ihre prinzipiell beschränkten Handlungsbefugnisse nicht überschreiten: die Union muss „in ihrer Kompetenzausstattung und Kompetenzausübung unverändert dem Prinzip der begrenzten und kontrolliert ausgeübten Einzelermächtigung genügen“. ¹⁹ Teilt man den Ausgangspunkt des *Senats*, dass die EU gemessen an den Anforderungen, die für einen Bundesstaat bzw. einen staatsanalogen Integrationsstatus zu stellen wären, im Verhältnis zu den EU-Bürgerinnen und -bürgern unterlegitimiert ist, so folgt daraus, dass die sichere Gewährleistung des dem vertraglich verabredeten Integrationsstatus entsprechenden Verhältnisses zwischen den EU-Kompetenzen und denjenigen der Mitgliedstaaten (sowie die effektive Absicherung ihrer Einhaltung) unverzichtbare Voraussetzung dafür ist, das Projekt der europäischen Integration vor seiner Implosion zu bewahren.

Nun ist das Problem der demokratischen Legitimation der Europäischen Union so alt wie die Organisation selbst und auch die skeptische Haltung des BVerfG zu diesem Thema ist bekannt. Es überrascht daher wenig, dass die Lissabon-Entscheidung in ihrem Ausgangspunkt bereits prinzipiellen

Widerspruch erfahren hat. ²⁰ So räumt Möllers zwar ein, dass die fehlende Wahlgleichheit ein „sehr ernstes Problem [darstellt], das der Vertrag von Lissabon nicht überzeugend angeht“, doch ginge es nicht an, dass das BVerfG „das Europäische Parlament hinwegjudiziert“. ²¹ Den Hintergrund solcher Kritik, die die Defizite an gelebter europäischer Demokratie durchaus anerkennt, bildet die unterschiedlich nuancierte Idee, die unübersehbaren Unzulänglichkeiten für demokratietheoretisch irrelevant zu erklären ²² und so einen Rahmen für die (erhoffte) Entstehung (gelebter) Demokratie aus ihren Vorbedingungen zu schaffen. Indem Attribute gelebter Demokratie als Folgewirkungen und nicht als Voraussetzungen demokratisch legitimer Herrschaft ausgewiesen werden, wird eine besondere Perspektive geschaffen, mit der die empirischen (Demokratie-)Defizite der Europäischen Union deren Legitimität nicht grundlegend in Frage zu stellen vermögen ²³ – ohne freilich zu verschwinden.

Der Zweifel, ob diese Konzepte tatsächlich tragen oder ob nicht vielmehr die andauernde Grundspannung – zwischen dem Wirken der Europäischen Akteure auf denkbar hoher Abstraktionsstufe und ihren (trotz fehlender Fortschritte bei der Behebung der genannten Defizite) immer weitergehenden Möglichkeiten zu durchaus konkret wirkender Machtausübung – die (wohlverstandene) Europäische Idee (eines Europas der Menschen und weniger der Regierungen und meinungsstarker Eliten) nicht bereits strukturell beschädigt hat, kann im gegebenen Rahmen nur angedeutet werden. Bedenken, sich *bis auf weiteres* damit zu begnügen, dass gelebte europäische Demokratie sich entwickeln kann, ²⁴ weckt jedenfalls die Beobachtung, dass die Ausbildung eines Forums, in dem sich Meinungen in einer europäischen Öffentlichkeit artikulieren, mit der rapiden Integration nicht Schritt hält; im Gegenteil droht angesichts der unübersehbaren Europamü-

²⁰ Abwägend dagegen *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (295 ff., insbesondere 298); dem BVerfG zustimmend *Hillgruber* und *Huber*, jew. FAZ v. 10. 9.2009, S. 8.

²¹ *Möllers*, FAZ v. 16.7.2009, S. 27.

²² So sieht *Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 707 ff., insbes. 712 f.; *dies.*, *Common Market Law Review* 41 (2004), 37 (77) die maßgebliche (und durchaus gegebene) Funktionsbedingung in der „Abwesenheit von fixen Spaltungen“. *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008, S. 89 betrachtet es als ein Missverständnis, dass „es erst ein kollektives Subjekt geben [müsse], das abgebildet werden könne“; zum Ganzen nun *Meyer*, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, 2009, S. 104 ff. m.w.N.

²³ Deutlich insoweit *Peters*, *Common Market Law Review* 41 (2004), 37 (78, *Hervorhebung durch Verf.*): „To finish the discussion of the extra-legal factors for a functioning democracy, it is stressed that none of these factors is a natural, or absolute, prerequisite of a democratic governance – which, in other words, would have to be present in full before government could begin“.

²⁴ Vgl. *Möllers*, (Fn. 22), S. 89: „[...] dabei geht es um graduelle Prozesse, die sich durch institutionelle Angebote entwickeln lassen können“.

¹⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 278 (*Hervorhebung durch Verf.*).

¹⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2278) Rn. 301.

¹⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 278.

¹⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 (2280) Rn. 298.

¹⁹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2280) Rn. 298 (*Hervorhebung durch Verf.*), vgl. auch Rn. 301: „Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist ein Schutzmechanismus zur Erhaltung mitgliedstaatlicher Verantwortung“.

digkeit der EU-Bürger die Gefahr, dass die Menschen endgültig den Anschluss an die Entwicklung verlieren²⁵ – die ausgeprägten Vermeidebemühungen, die die Regierungen verschiedener EU-Mitgliedstaaten nach dem Scheitern der Referenden über die Europäische Verfassung in Frankreich und den Niederlanden gegenüber weiteren Volksabstimmungen entwickelt haben, sprechen insoweit für sich.²⁶ Natürlich lassen sich solchen Beobachtungen historische Beispiele dafür entgegenhalten, dass das Substrat demokratischer Legitimation (selbst) eines Staates nicht (immer) am Anfang der Staatswerdung gestanden hat.²⁷ Bei der Anrufung derartiger Vorbilder sollte freilich nicht aus dem Blick geraten, dass die Idee des Nationalstaats vergleichsweise (allzu!) rasch Breitenwirkung zu entwickeln vermochte. Insoweit scheint aber doch ein deutlicher Unterschied zu bestehen zwischen Staatswerdungsprozessen des 19. Jahrhunderts und der eigentümlichen Verbindung eines notorisch unklaren (Integrations-)Ziels mit dessen umso atemloserer Verfolgung,²⁸ welche sich als ein ungeduldiges Gezerre der mächtigen Protagonisten einer „immer engeren Union der Völker Europas“ usw. darstellt und kontraindiziert sein dürfte, um sich á la Münchhausen am eigenen Zopf aus dem Sumpf demokratischer Unterlegitimation zu ziehen. Diese ahistorisch-technokratisch anmutende Ungeduld betrifft dabei nicht zuletzt das wie kaum eine andere Materie Staatsnähe ausstrahlende Strafrecht, das der EuGH, der Ausweitung entsprechender Kompetenzen durch die Europäische Verfassung und später durch

²⁵ Zöller, ZIS 2009, 340 (349) spricht ganz zu Recht von „europamüden EU-Bürgern“ und dem „ungewissen Gefühl, mit der EU eine Entwicklung ins Rollen gebracht zu haben, die sich durch nichts und niemanden stoppen lässt und an den Menschen vorbei agiert“.

²⁶ Mit Recht Wieland, NJW 2009, 1841 (1844). Auch sollte man sich nicht mit dem Gedanken beruhigen, dass Europa nur ein „Vermittlungsproblem“ hat; man würde die Urteilskraft der Menschen unterschätzen, nähme man an, dass das Vertrauen zu und die Identifikation mit dem Europäischen Projekt endlich den gewünschten Grad erreichen würde, wenn es gelänge, den Streit um die Verankerung des Europäischen Strafrechts in der ersten oder in der dritten Säule und die Details der diesbezüglichen EuGH-Rspr. einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

²⁷ Vgl. Meyer (Fn. 22), S. 111 f. m.w.N.

²⁸ Dass ein auf Dynamik um der Dynamik willen angelegtes Integrationsverständnis, welches sich in den geläufigen „Verdichtungsbildern“ (treffend *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 233 f.) ausdrückt (vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 EUV: „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ o. Präambel des EUV-Lissabon: „Entschlossen, den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiterzuführen“), geeignet sein kann, Ziele und Leitlinien des Integrationsprozesses *unterhalb* der Schaffung eines europäischen Bundesstaates, den bei Lichte betrachtet kaum jemand ernstlich will, hervortreten zu lassen, ist nicht zu erwarten.

das Vertragswerk von Lissabon vorgehend (und mitunter über diese noch hinausgehend²⁹), in einer Reihe erstaunlicher Entscheidungen³⁰ der weitergehenden europäischen Verfügung zugänglich gemacht hat.

Das BVerfG legt nach alledem mit guten Gründen andere Maßstäbe an: Es geht vom Menschen aus³¹ und nicht von abstrakten Konzepten, in deren Rahmen, eben auf abgehobener abstrakter Ebene, unangreifbare Ziele gegen rückwärts gewandten Beharrungswillen ausgespielt werden.³² Das BVerfG betont daher zu Recht, dass Demokratie „nicht nur die Wahrung formaler Organisationsprinzipien“ bedeutet³³ und „dass die öffentliche Wahrnehmung von Sachthemen und politischem Führungspersonal in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen bleibt“.³⁴

Von seinen Grundaussagen zum Demokratiestatus der Union und zu ihrem Verhältnis zu den Mitgliedstaaten aus entwickelt der *Senat* weitere Folgeüberlegungen, die erstens die Frage betreffen, inwieweit effektiv gewährleistet werden kann, dass die gerade unter erheblichen Mühen vertraglich vereinbarte Machtverteilung durch die EU-Organe auch tatsächlich beachtet wird, und zweitens sich mit zukünftigen Integrationsschritten über den Vertrag von Lissabon hinaus befassen. Sehr deutlich kommt dabei der Gedanke, dass nur die konsequente Beachtung des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung das Demokratiedefizit der Union kompensiert, in der Forderung zum Ausdruck, dass über seine Verankerung in EUV-Lissabon und AEUV hinaus eine verfahrensrechtliche Absicherung stattfindet.³⁵ Der *Senat* hat dem deutschen Gesetzgeber demgemäß aufgegeben, im Ausweitungsgesetz sicherzustellen, dass Bundestag und Bundesrat u.a. dann in Form eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ihre

²⁹ Vgl. bei Fn. 81. Zöller, ZIS 2009, 340 (345) vergleicht den EuGH insoweit, durchaus polemisch, mit einem herumquengelnden Kind.

³⁰ Insbes. EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03 (Pupino) = NJW 2005, 2839; EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – C-176/03 (Nichtigerklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht) = NVwZ 2005, 1289; hierzu *Ambos* (Fn. 5) § 11 Rn. 30a u. § 12 Rn. 4a jew. mit umfassenden Nachw. Vgl. des Weiteren EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi u. Al-Barakaat) = EuGRZ 2008, 480 u. EuGH, Urt. v. 10. 2.2009 – C-301/06 (Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie) = JZ 2009, 466; hierzu *Ambos*, JZ 2009, 468 (469).

³¹ Vgl. *Schorkopf*, FAZ v. 16. 7. 2009, S. 6.

³² Vgl. *Di Fabio* (Fn. 28), S. 232.

³³ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 250.

³⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 251.

³⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 275: „Das Legitimationsniveau der Europäischen Union entspricht im Hinblick auf den Umfang der übertragenen Zuständigkeiten und den erreichten Grad von Verselbständigung der Entscheidungsverfahren noch verfassungsrechtlichen Anforderungen, *sofern das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung verfahrensrechtlich über das in den Verträgen vorgesehene Maß hinaus gesichert wird*“. (Hervorhebung durch Verf.).

Zustimmung erteilen, wenn die Richtliniengesetzgebungs-kompetenz für Straftaten mit grenzüberschreitender Dimension nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV über die im Vertrag gelisteten „Kriminalitätsbereiche“ hinaus ausgedehnt werden soll.³⁶ Wie ernst es dem BVerfG damit ist, dass durch den Vertrag von Lissabon neu justierte Kompetenzverhältnis zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten tatsächlich beachtet und die Unionsorgane ihre Kompetenzen nicht *peu a peu* ausdehnen, zeigt sich stärker noch darin, dass sich „im Falle von Grenzdurchbrechungen bei der Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch Gemeinschafts- und Unionsorgane“ das BVerfG die „Ultra-vires-Kontrolle“ vorbehält: „Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das BVerfG, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips [...] in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten [...]“; und weiterhin, „ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 I 3 i. V. mit Art. 79 III GG gewahrt ist“.³⁷ Gewiss handelt es sich hier um deutliche Signale in Richtung des Rates und insbesondere des Europäischen Gerichtshofs; indes sollte man diese vor dem Hintergrund der Belastungen sehen, die es für die EU und ihre Mitgliedstaaten bedeuten müsste, würde der EuGH schon bald anfangen, die vertraglich vereinbarte Kompetenzordnung *de facto* in Frage zu stellen. Dass das Gemeinschaftsrecht (bzw. zukünftig das Unionsrecht) gerade dann seine volle Wirksamkeit erlangt, wenn der Ausgleich zwischen den Kompetenzen der Gemeinschaft (bzw. der Union) und denjenigen der Mitgliedstaaten – wie das *Primärrecht ihn zugrunde legt!* – sachgerecht umgesetzt wird,³⁸ ist nun einmal nicht die Sichtweise des EuGH, für den stattdessen stetige Befugnisausdehnung zur vollen Wirksamkeit führt.³⁹

Was nun für die fernere Zukunft vorstellbare substanzielle Integrationsschritte *über den Vertrag von Lissabon hinaus* anbelangt,⁴⁰ so greift der *Senat* wiederum auf den Zusammenhang zwischen dem Grad an demokratischer Legitimation und an Integration (und damit einhergehend dem substanziellen Machtzuwachs der Union zulasten ihrer Mitgliedstaaten) zurück: „Eine Verstärkung der Integration kann verfassungswidrig sein, wenn das demokratische Legitimationsni-

veau mit dem Umfang und dem Gewicht supranationaler Herrschaftsmacht nicht Schritt hält. [...] Wenn [...] die Schwelle zum Bundesstaat und zum nationalen Souveränitätsverzicht überschritten wäre, was in Deutschland eine freie Entscheidung des Volkes jenseits der gegenwärtigen Geltungskraft des Grundgesetzes voraussetzt, müssten demokratische Anforderungen auf einem Niveau eingehalten werden, das den Anforderungen an die Legitimation eines staatlich organisierten Herrschaftsverbandes vollständig entspräche“.⁴¹ M.a.W. könnte ein derartiger Quantensprung hin zur Europäischen Staatlichkeit nicht mehr unter dem Dach des Grundgesetzes (repräsentativ also über Bundestag und -rat vermittelt) vollzogen werden, sondern bedürfte einer originären Willensäußerung des deutschen Volkes.⁴² Die Lissabon-Entscheidung enthält damit in gewisser Weise eine dem dynamischen Charakter der europäischen Integration geschuldete *Variante eines Solange-Vorbehalts*, der der Union für den gegenwärtigen bzw. für den Integrationszustand unter dem Vertrag von Lissabon Spielräume eröffnet: „Solange die europäische Zuständigkeitsordnung nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in kooperativ ausgestalteten Entscheidungsverfahren [...] und solange eine ausgewogene Balance der Unionszuständigkeiten und der staatlichen Zuständigkeiten erhalten bleibt, kann und muss die Demokratie der Europäischen Union nicht staatsanalog ausgestaltet sein. Vielmehr steht es der Europäischen Union frei, mit zusätzlichen neuen Formen transparenter oder partizipativ angelegter politischer Entscheidungsverfahren nach eigenen Wegen demokratischer Ergänzung zu suchen“.⁴³ Über diesen eröffneten Freiraum hinaus könnte die Union den wesentlichen letzten Schritt in Richtung Staatlichkeit *aus eigener Kraft* allerdings nicht gehen.

Beide Argumentationsstränge, derjenige also zur Einhaltung der Kompetenzordnung des Vertrags von Lissabon wie derjenige zur weiteren Zukunft Europas, führen von der Union auf die deutsche Verfassung bzw. – grundlegender noch – den (deutschen) *demos* zurück. Was nun den Vorwurf anbelangt, das BVerfG lege an den Gang der europäischen Integration in nationaler Perspektivverengung „einfach deutsche Maßstäbe“ an,⁴⁴ so müssen doch die verfassungsrechtlich immanenten Gegenfragen erlaubt sein. Und zwar erstens, ob denn dem europäischen Integrationsprojekt hinreichend konkrete Maßstäbe innewohnen, um es in vorhersehbaren und wünschenswerten Bahnen zu halten⁴⁵ und, zweitens, ob es nicht in der Natur der Sache liegt, dass dort, wo Verantwortung von hier nach dort (auf die europäische Ebene) delegiert (und damit einhergehend Macht von hier nach dort übertragen) wird, dieser Transitionsprozess eher in der Hand desjenigen liegen sollte, der Verantwortung (und Macht) abgibt

³⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2295) Rn. 419; prinzipiell zust. *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (298), da so „möglicherweise die demokratische Legitimierung nicht nur des deutschen Abstimmungsverhaltens in den Organen der EU, sondern auch die demokratischen Grundlagen der EU selbst durch Schaffung eines politischen Diskurses in den Mitgliedsstaaten über europapolitische Fragestellungen nachhaltig [ge]stärk[t]“ werden könnte. Vgl. zu Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV bei Fn. 61.

³⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2272) Rn. 240.

³⁸ So *Wieland*, NJW 2009, 1841 (1845); vgl. insoweit auch bei Fn. 83 ff.

³⁹ Instruktiv zur EuGH-Rspr. (diesseits des Europäischen Strafrechts) *Wieland*, NJW 2009, 1841 (1843 ff.).

⁴⁰ *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (289) merkt an, dass weite Passagen des Lissabon-Urteils für die Entscheidung über die Verfassungsrechtsbehelfe gar nicht erforderlich gewesen wären.

⁴¹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2275) Rn. 262 f.; vgl. hier auch BVerfG NJW 2009, 2267 (2271) Rn. 233.

⁴² Krit. *Möllers* (Fn. 21), S. 27.

⁴³ BVerfG NJW 2009, 2267 (2276) Rn. 272.

⁴⁴ *Möllers* (Fn. 21), S. 27; *Oppermann*, EuZW 2009, 473 spricht von „nobler Verabsolutierung des Grundgesetzes“.

⁴⁵ Vgl. bei Fn. 28.

und nicht in der desjenigen, der Verantwortung (und Macht) empfängt.

II. Die Ausführungen des BVerfG zum europastrafrechtlichen Gehalt des Lissaboner Vertrags

Dreh- und Angelpunkt der Ausführungen des BVerfG zum europastrafrechtlichen Gehalt des AEUV ist das *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*. Da Art. 5 Abs. 2 EUV-Lissabon ausdrücklich anordnet, dass „die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig [wird], die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“, bildet für den Rechtszustand post-Lissabon⁴⁶ das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (nach wie vor) die Geschäftsgrundlage.⁴⁷ Dabei kommt seiner begrenzenden Funktion gerade mit Blick auf das Strafrecht eine unverzichtbare Bedeutung zu, denn sein bloß instrumentelles Verständnis – Strafrecht als ein für alle möglichen Zwecke ggf. auch nur mittelbar nutzbar zu machendes Vehikel – ist abzulehnen.⁴⁸ „Wegen der empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen, und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung. Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“.

Mit diesen Worten grenzt sich der *Senat* deutlich gegenüber dem EuGH ab. Setzte man nämlich (wie der EuGH in den schon oben zitierten Entscheidungen⁴⁹) an einem Verständnis vom Strafrecht an, das in diesem lediglich ein verfügbares Mittel zu verschiedenen Zwecken erblickt,⁵⁰ so würde man erstens die eigenständige Natur des Strafrechts ignorieren. Zweitens ergäben sich letztlich grenzenlose Mög-

lichkeiten, um Strafrechts- (Harmonisierungs-) Befugnisse auf allerlei verschlungenen Wegen an solche Kompetenztitel anzuknüpfen, von denen zuvor weder die „Herren der Verträge“ noch sonst jemand geahnt hatte, dass sie etwas mit Strafrecht zu tun haben könnten; die präzise Bestimmung (und Beachtung) der Grenzen strafrechtsbezogener Kompetenztitel wäre also *a limine* zweitrangig und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung letztlich zur Leerformel degradiert.

Vor diesem Hintergrund erscheint es mit Blick auf den Bereich des Europäischen Strafrechts nicht überzogen, dass das BVerfG nicht nur die Einhaltung der Grenzen der vertraglichen Kompetenzgrundlagen anmahnt, sondern in Aussicht stellt, ggf. selbst zur Ultra-Vires-Kontrolle zur schreiten. Gerade in diesem Bereich hat die erwähnte EuGH-Rechtsprechung, in ihrem Bemühen, das Strafrecht unter souveräner Ignorierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung der europäischen Verfügung immer weitergehend zu erschließen,⁵¹ in einem Ausmaß Vertrauen verspielt, dass es unter dem Gesichtspunkt effektiven Grund- bzw. Menschenrechtsschutzes beruhigend ist, dass das BVerfG sich für den Fall fehlenden Rechtsschutzes auf Unionsebene weiterhin eine verfassungsrechtliche Prüfung vorbehält. Gesetzt den Fall, die Union würde unter Überschreitung der Grenzen des Art. 325 AEUV,⁵² der als Nachfolgevorschrift des jetzigen Art. 280 EGV eine auf den Schutz der finanziellen Interessen der Union beschränkte bereichsspezifische Rechtsgrundlage für supranationales Strafrecht bilden soll,⁵³ im Verordnungswege Kriminalstrafrecht schaffen, steht nun die ausdrücklich erklärte Möglichkeit im Raum, dass das BVerfG die fraglichen Regelungen in Deutschland für verfassungswidrig und damit unanwendbar erklärt.⁵⁴

Von großem Interesse für das Europäische Strafrecht sind weiterhin die Ausführungen des BVerfG zur *justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen* (Art. 82 ff. AEUV), zumal der *Senat* insoweit konkrete Erwägungen zu den Anwendungsvoraussetzungen und zwar insbesondere zu der Richtlinienkompetenzvorschrift des Art. 83 AEUV anstellt.⁵⁵ Nach dessen Abs. 1 können Rat und Parlament „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen“ in bestimmten grenzüberschreitenden Kriminalitätsbereichen, die in Abs. 1

⁴⁶ Siehe auch Art. 1 u. 2 AEUV über die Grundsätze der Arbeitsweise und die Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union, insbes. Art. 2 Abs. 6 AEUV: „Der Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich aus den Bestimmungen der Verträge“, also aus dem EUV-Lissabon und dem AEUV, vgl. Art. 1 Abs. 2 AEUV!

⁴⁷ Vgl. nur *Streinz/Ohler/Hartmann* (Fn. 11), S. 86 f.; *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon, 2009, S. 54.

⁴⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 358 (*Hervorhebung* nicht im Original).

⁴⁹ Nachw. o. Fn. 30.

⁵⁰ Vgl. hier *Ambos* (Fn. 5), § 11 Rn. 30a; auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 42: „allein auf ‚effet utile‘-Erwägungen fußendes Urteil“ und Rn. 46: „Durchsetzungsmechanismus“; des Weiteren *Kubiciel*, NStZ 2007, 136 (137): „Dem Strafrechtsverständnis der europäischen Institutionen liegt mithin ein auf das Ziel fixierter Blick zugrunde. Dieser Blickwinkel hat seine Ursache in der Kompetenzfrage: Wird allein nach einem zielführenden Weg gesucht, geht die Frage, ob das Betreten per se gestattet ist, ins Leere“.

⁵¹ Vgl. etwa *Zöller*, ZIS 2009, 340 (348), der resümiert, dass „das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung [...] im Bereich des Strafrechts nur noch auf dem Papier existiert“.

⁵² Der *Senat* erwähnt Art. 325 AEUV freilich an keiner Stelle ausdrücklich.

⁵³ Vgl. zu dieser Vorschrift, die zunächst im Jahre 2000 durch die Kommission als Forderung eines neuen Art 280a EGV in die Diskussion gebracht worden war, später als Art. III-415 im Verfassungsvertrag enthalten war, dann ursprünglich durch Art. 2 Abs. 276 des Vertrags von Lissabon als ein Art. 280 in den reformierten EGV eingestellt werden sollte (ABl. 2007 C 306, S. 127), um schließlich im konsolidierten Vertragswerk als Art 325 AEUV aufzutauchen, *Ambos* (Fn. 5), § 11 Rn. 11 ff.; *Satzger* (Fn. 50), § 8 Rn. 41 f. jew. m.w.N.

⁵⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2272) Rn. 241.

⁵⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2287 ff.) Rn. 352-365.

UA 1 gelistet sind,⁵⁶ festlegen. Art. 83 Abs. 1 AEUV spricht insoweit von „besonders schwerer Kriminalität [...], die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben“. Überzeugend kritisiert das BVerfG die relative Vagheit der zweiten Alternative, innerhalb derer sich dem Wortlaut nach eine „grenzüberschreitende Dimension“ einer bestimmten Kriminalitätsform aus der „besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen“, ergeben zu können scheint. Die „besondere Notwendigkeit, [Kriminalität] von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen“, stellt in der Tat eine recht inhaltsleere Phrase dar und es liegt – ruft man sich den Expansionsdrang europäischer Strafrechtsharmonisierung in Erinnerung – die Vorstellung nahe, dass die „besondere Notwendigkeit“ allzu rasch als Anknüpfungspunkt für wolkige Kompetenzbegründung entdeckt werden könnte. Vor diesem Hintergrund schließt das BVerfG zunächst aus, dass allein die Willenbildung der europäischen Organe die „besondere Notwendigkeit“ herstellen könnte.⁵⁷ Das ist überzeugend, denn Art. 83 Abs. 1 AEUV würde als Kompetenz- und damit eben auch als Kompetenzbegrenzungsvorschrift ad absurdum geführt, wenn es möglich wäre, die „besondere Notwendigkeit“ zur Begründung einer grenzüberschreitenden Dimension allein dadurch entstehen zu lassen, dass sich die europäischen Organe entscheiden, einen bestimmten (evtl. politisch aktuell besonders „attraktiven“) Deliktsbereich zu harmonisieren.⁵⁸ Weitergehend noch spricht sogar einiges dafür, dass der Variante der „besonderen Notwendigkeit“ gar keine eigenständige Bedeutung zukommt, denn „woraus, wenn nicht aus der Art oder den Auswirkungen der betreffenden Straftaten, [sollte] sich die besondere Notwendigkeit ihrer Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage ergeben“.⁵⁹

Über das Merkmal der „besondere[n] Notwendigkeit“ (Art. 83 Abs. 1 AEUV) hinaus identifiziert der *Senat* mit der Möglichkeit, durch Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die Liste der Kriminalitätsbereiche, die bei Vorliegen einer „grenzüberschreitende[n] Dimension“ harmonisiert werden können, zu erweitern, einen weiteren problematischen Punkt. Ein solches Vorgehen würde gemäß Art. 83 Abs. 1 UA 2 nach Maßgabe der „Entwicklungen der Kriminalität“ erfolgen. Der *Senat* mahnt für derartige Fälle die Einhaltung des Gesetzesvorbehalts des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG an: Wenn eine Erweiterung der (unter der Voraussetzung grenzüberschreitender Dimension i. S. v. Art. 83 Abs. 1 AEUV) harmonisierbaren Kriminalitätsbereiche beschlossen wird, müssen Bundestag und Bundesrat durch Gesetz zuvor zu-

stimmen.⁶⁰ Das BVerfG sieht also ein Vorgehen nach Art. 83 Abs. 1 UA 2 nicht durch die primärrechtliche Blankettermächtigung hinreichend legitimiert an, sondern betrachtet sie „in der Sache [als] eine[] Erweiterung der geschriebenen Kompetenzen der Union“.⁶¹ Diese Sichtweise ist konsequent, wenn man für den Bereich des Kriminalstrafrechts, aufgrund seiner Eigenart, in die grund- und menschenrechtlich geschützte Sphäre des Einzelnen in besonders intensiver Form einzugreifen, eine besondere demokratische Legitimationsgrundlage verlangt. Dies legt es dann nahe, sich nicht damit zu begnügen, dass die Blankettermächtigung auf ein Gesetz i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zurückgeführt werden kann, sondern an die *Erweiterung* der Liste des Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV (mit all ihren dann möglichen Konsequenzen) die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Schaffung der Liste. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV (abgesehen von der „grenzüberschreitende[n] Dimension“ und der ominösen Orientierung an „den Entwicklungen der Kriminalität“) keine Anhaltspunkte entnommen werden können, welche (neuen) Kriminalitätsbereiche erschließbar sein sollen und welche nicht. Eine systematische Auslegung mit Blick auf den ersten Unterabsatz der Vorschrift führt insoweit kaum weiter, weil die dort aufgelisteten Kategorien⁶² sich in ihrer Heterogenität nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen lassen, der über die (bereits in Abs. 1 enthaltene) „grenzüberschreitende Dimension“ hinausgeht. Ähnlich wie bei den geradezu berüchtigten Listenkategorien des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl entsprechen die harmonisierungstauglichen „Kriminalitätsbereiche“ des Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV nur teilweise Tatbestandsbeschreibungen des nationalen Rechts („Geldwäsche“ und ggf. noch „Fälschung von Zahlungsmitteln“); teilweise sind sie auf einer höheren Abstraktionsstufe angesiedelt und umschließen Deliktgruppen des nationalen Strafrechts („Computerkriminalität“), denen sich nach Begehungsweise und Schutzrichtung sehr verschiedenartige Tatbestände subsumieren lassen, oder sie greifen – problematischer noch! – zumindest in ihren Grenzbereichen gänzlich unabgesicherte und gerade unter kriminalpolitischer Perspektive problematische kriminologische bzw. kriminalistische Konzepte auf („Terrorismus“, „organisierte Kriminalität“). Da Art. 83 Abs. 1 AEUV ein Problempotenzial birgt, das eine gewisse Verwandtschaft mit dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl aufweist, leuchtet es durchaus ein, dass das BVerfG hier eine Verbindung herstellt und anmerkt, dass sich (bei der Anwendung des Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV) die Kompetenzen der Mitgliedstaaten „dadurch schonen [ließe], dass die Mindestvorschriften nicht einen vollständigen Deliktsbereich (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 190/1),

⁵⁶ Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.

⁵⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 359.

⁵⁸ Zu den aktionistischen Tendenzen der Europäischen Kriminalpolitik vgl. nur *Ambos* (Fn. 5), § 12 Rn. 3.

⁵⁹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 359.

⁶⁰ Die diesbezüglichen Beteiligungsrechte des Bundestages und des Bundesrates müssen verfahrensmäßig abgesichert werden, vgl. schon oben im Haupttext bei Fn. 36.

⁶¹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 363.

⁶² Vgl. Fn. 56.

sondern lediglich eine Tatbestandsvariante erfassen“.⁶³ Gerade aus strafrechtlicher Sicht wäre eine derartige Selbstbeschränkung vor dem Hintergrund der Unklarheiten, die die eigenartigen „Listenkategorien“ des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl geschaffen haben, wünschenswert.

Art. 83 Abs. 2 AEUV stellt das potenziell wohl breiteste Einfallstor für unterlegitimierte Strafrechtsharmonisierung dar⁶⁴, enthält diese Vorschrift doch eine Annexkompetenz, die der Union die Strafrechtsharmonisierung durch Richtlinienanweisungen ermöglicht, wenn sich dies als „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet [erweist], auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind“. Der Sache nach hat der EuGH in seiner Entscheidung über den Rahmenbeschluss zum Schutz der Umwelt durch das Strafrecht diesen noch gar nicht existierenden Kompetenztitel bekanntlich bereits vorweggenommen.⁶⁵ Nicht zuletzt die bereits vorhandene EuGH-Rechtsprechung, auf die das BVerfG explizit Bezug nimmt,⁶⁶ macht das problematische Expansionspotenzial deutlich, das einer Ableitung von Strafrechts- (Harmonisierungs-) Kompetenzen von sämtlichen Politikbereichen, in denen Harmonisierung stattgefunden hat, innewohnt. Es ist vor diesem Hintergrund unübersehbar, dass „Uferlosigkeit“ droht⁶⁷ und das Gebot restriktiver Handhabung des Art. 83 Abs. 2 AEUV wird unabweisbar, wenn dieser Vorschrift eine kompetenzbegrenzende Funktion zukommen soll. Das BVerfG setzt diesbezüglich an dem Merkmal der *Unerlässlichkeit* der Angleichung strafrechtlicher Normen, an und interpretiert dieses dahingehend, dass hinsichtlich des fraglichen Politikbereichs „ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafantrohung beseitigt werden kann“.⁶⁸ Die Tragweite dieser Urteils Passage erschließt sich im Vergleich mit der Rechtsprechung des EuGH, der in der gerade erwähnten Umweltschutzentscheidung die Annexkompetenz der Gemeinschaft zur Strafrechtsharmonisierung im Bereich der Umweltkriminalität in der Sache letztlich damit begründet hat, dass die fraglichen Regelungen (bzgl. derer seinerzeit zu klären war, ob sie den Mitgliedstaaten im Wege eines Rahmenbeschlusses oder einer Richtlinie vorgegeben werden konnten bzw. mussten) „das Ziel des Umweltschutzes verfolgt[en]“;⁶⁹ in seiner späteren Entscheidung zur Vorratsda-

tenspeicherung hat der EuGH eine Gemeinschaftskompetenz sogar dort angenommen, wo sich eine Regelung nicht einmal in ein Mittel-Zweck-Verhältnis zu Gemeinschaftszielen bringen lässt, jedoch für den Fall uneinheitlicher mitgliedstaatlicher Regelungen Beeinträchtigungen des Waren- und Dienstleistungsverkehrs gemutmaßt werden können.⁷⁰

Mit Recht bekräftigt der *Senat* im weiteren Urteilsgang unter Verweis auf das verfassungsrechtlich unverfügbare *Schuldprinzip* (Art. 79 Abs. 3 GG) die besondere Qualität des Strafrechts,⁷¹ um dann „[v]or dem Hintergrund der Bedeutung des Strafrechts für die individuelle Freiheit“ besondere *Verfahrenssicherungen* zu verlangen.⁷² Da sich die Richtliniensetzung nach Art. 82 Abs. 2⁷³ und nach Art. 83 Abs. 2, 3 AEUV „in der Bedeutung einer Vertragsänderung an[nähert]“, sei ebenso wie im Rahmen des Notbremseverfahrens (Art. 82 Abs. 3 u. 83 Abs. 3 AEUV)⁷⁴ zu verlangen, dass der deutsche Ratsvertreter nur nach Weisung des Bundestages und Bundesrates die mitgliedstaatlichen Rechte wahrnimmt.⁷⁵ Die konsequente Umsetzung dieser Überlegungen verbietet es der Exekutive, einschneidende Änderungen im Bereich der Strafrechtspflege über den Brüsseler Umweg in die Wege zu leiten.⁷⁶ Unabhängig hiervon kann es die Legitimation des Europäischen Strafrechts nur verbessern, wenn Bundestag und -rat im Wege der Rückanbindung des deutschen Ratsvertreters in den Prozess der Richtliniensetzung

46 f. Der EuGH hat diese Linie fortgesetzt in seiner Nachfolgende Entscheidung, die sich auf Instrumente zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe bezieht: EuGH, Urt. v. 23. 10.2005 – C-440/05 = NStZ 2008, 703 (704 f.) Rn. 66 ff., insbes. 69; vgl. hierzu *Ambos* (Fn. 5), § 11 Rn. 30b.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-301/06 (Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie) = JZ 2009, 466 (467 f.) Rn. 68 ff., 85; krit. *Ambos*, JZ 2009, 468 (471).

⁷¹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2289) Rn. 364.

⁷² BVerfG NJW 2009, 2267 (2289) Rn. 365.

⁷³ Art. 82 Abs. 2 AEUV betrifft die Richtlinien zum Zweck der „Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension“.

⁷⁴ In den genannten Fällen kann ein Ratsmitglied, das meint, dass ein Richtlinienentwurf zur Harmonisierung des Straf- oder Strafverfahrensrechts „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ berührt, den Europäischen Rat einschalten. Wird dort Einvernehmen erzielt verweist der Europäische Rat den Entwurf an den Rat zurück. Ergibt sich kein Einvernehmen, finden sich jedoch neun Mitgliedstaaten für die verstärkte Zusammenarbeit nach Maßgabe des fraglichen Entwurfs zusammen, so gilt die Ermächtigung zur verstärkten Zusammenarbeit nach Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission als erteilt. An in diesem Rahmen erlassene Rechtsakte sind dann aber nur die an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Staaten gebunden (Art. 20 Abs. 4 EUV-Lissabon). Vgl. hierzu auch *Streinz/Ohler/Hartmann* (Fn. 11), S. 134 m.w.N.

⁷⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2289) Rn. 365 f.

⁷⁶ Vgl. Fn. 88.

⁶³ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 363.

⁶⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 361 („gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege“).

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 13. 9.2005 – C-176/03 (Nichtigerklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht) = NVwZ 2005, 1289; hierzu *Ambos* (Fn. 5) § 11 Rn. 30c.

⁶⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2287 f.) Rn. 352 u. 362 („von der europäischen Gerichtsbarkeit bereits angenommene Existenz einer strafrechtlichen Annexzuständigkeit“).

⁶⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 361.

⁶⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 362.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 13. 9.2005 – C-176/03 (Nichtigerklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht) = NVwZ 2005, 1289 (1290 f.), bei Rn. 43 ff.,

bung eingebunden werden und so ihre Rechte wahrnehmen können.

III. Fazit und Ausblick

Die konkreten Aussagen der Lissabon-Entscheidung, die die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und zwar insbesondere Art. 83 AEUV betreffen, bergen im Hinblick auf die expansive Tendenz der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung erhebliches Konfliktpotenzial. Die restriktive Handhabung der fraglichen Vorschriften des AEUV, die das Bundesverfassungsgericht anmahnt, ist aus strafrechtlicher Perspektive gleichwohl uneingeschränkt zu begrüßen. Die Aussagen des BVerfG werden den Eigenarten des Strafrechts gerecht und nehmen letztlich lediglich die Kompetenzordnung des AEUV beim Wort, während der EuGH diejenige des EGV zugunsten der supranationalen europäischen Ebene erweitert und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in seinem (strafrechtlichen) Gestaltungsrausch entwertet hat.⁷⁷ Existierte die expansive Rechtsprechung des EuGH nicht, könnte man versucht sein, die Aussagen des BVerfG zur restriktiven Auslegung des Art. 83 AEUV als Feststellung von Selbstverständlichkeiten anzusehen.

Die Bewertung der Lissabon-Entscheidung hängt über die eingangs diskutierte Grundsatzfrage⁷⁸ hinaus, nämlich inwieweit man mit dem BVerfG von einem (weiterhin) relevanten Legitimationsdefizit der Union ausgeht, wesentlich von den nicht selten unausgesprochenen Erwartungen an den Lissaboner-Vertrag ab. Erkennt man im reformierten EUV und im neuen AEUV ein komplexes und voraussetzungsvolles Vertragswerk, das die Machtverhältnisse zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten in einer sachgerechten, klaren und nicht zuletzt operablen Weise ausgestaltet und der Machtausübung der EU eine tragfähige (und für ihre Bürgerinnen und Bürgern nachvollziehbare) Legitimationsgrundlage verschaffen soll⁷⁹, so stellen sich die Aussagen des BVerfG insbesondere zu den strafrechtsbezogenen Vorschriften des Vertrags von Lissabon kaum als etwas anderes als eine „werkgetreue“ Erläuterung dar. Die Aussagen des BVerfG zum Europäischen Strafrecht können sich nämlich auch nach Lissabon nach wie vor auf das im Vertrag festgeschriebene Prinzip der *begrenzten Einzelermächtigung* stützen. Dessen konsequente Umsetzung kann nur in einer restriktiven Auslegung der strafrechtsbezogenen Kompetenztitel liegen; alles andere, mag man es auch als „integrationsfreundlich“ o.ä. etikettieren, entwertet letztlich das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, zu dem sich eben auch der Vertrag von Lissabon ausdrücklich bekennt.

Dass den für das Strafrecht belangreichen vertraglichen Grundlagen keine extensive, sondern eher eine restriktive Tendenz innewohnt, zeigt sich dabei nicht zuletzt darin, dass Art. 83 Abs. 3 AEUV mit dem dort geregelten Notbremsenmechanismus⁸⁰ explizit *hinter* den durch die EuGH-Recht-

sprechung herbeijudizierten Jetzzustand *zurückgeht*⁸¹. Zurückhaltend sind letztlich auch die Kompetenzen europäischer Institutionen im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit ausgestaltet; so belässt etwa Art. 88 Abs. 3 S. 2 AEUV bezüglich Europol Zwangsmaßnahmen ausdrücklich in der ausschließlichen Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden. Beispiele wie diese zeigen, dass sich das Vertragswerk von Lissabon dem Strafrecht grundsätzlich mit Augenmaß und Zurückhaltung nähert und es dürfte daher ganz der Absicht der Väter und Mütter des Vertrags entsprechen, wenn das BVerfG in Bezug auf handwerklich weniger gelungene Passagen wie namentlich die zweite Alternative des Art. 83 Abs. 1 AEUV Leitlinien für eine restriktive Auslegung entwickelt. Seiner Absage an das instrumentelle Strafrechtsverständnis des EuGH⁸² liegt ein zutreffendes Verständnis von Eigenart und Wirkweise des Strafrechts zugrunde. Auch soweit das BVerfG mit Nachdruck darauf pocht, dass die vertraglich verabredeten Vorschriften auch tatsächlich eingehalten werden und diesbezüglich mit einer gewissen Schärfe ankündigt, ggf. zur Ultra-vires-Kontrolle zu schreiten, ist dies vor dem Hintergrund der erwähnten expansiven EuGH-Rechtsprechung zum Europäischen Strafrecht nur allzu verständlich. Und begrüßenswert.

Naturgemäß ganz anders wird die Einschätzung ausfallen, wenn man im Lissaboner Vertrag einschließlich seiner strafrechtlichen Elemente nicht mehr sieht als eine Etappe, als ein (weiteres) Provisorium auf dem Weg zu europäischer Supranationalität. Ordnet man den Vertrag in diesem Sinne als dienendes und von vornherein nur bis auf weiteres nützlich Werkzeug der immer weiter fortschreitenden „Integration“ als dem eigentlich Maßgeblichen unter,⁸³ so entwertet man ihn in seiner handgreiflichen Bedeutung für die Menschen der Mitgliedstaaten. Die Eigenarten des Vertragswerks, seine konkreten Konsequenzen für das Leben der Menschen in Europa, seine Vorteile (und ggf. auch seine Schwächen) werden dann verdeckt durch das gewissermaßen auf ein „Podest der Undiskutierbarkeit“⁸⁴ gehobene Anliegen der „Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas“. Unter einer solch überragenden „historischen“ Perspektive treten dann auch prosaische Kompetenzfragen zwangsläufig in den Hintergrund.⁸⁵ Und die verfassungsgerichtliche Forderung nach Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kompetenzvorschriften muss unter einer in visionärer Weise auf die fernere europäische Zukunft in Supranationalität fixierten Perspektive als provinzielle Beckmesserei erscheinen; ja, die Androhung des BVerfG, diesbezügliche Grenzüberschreitungen nicht mit wohlwollender Zurückhaltung geschehen zu lassen,

⁸¹ Satzger (Fn. 50), § 8 Rn. 45.

⁸² Vgl. bei Fn. 48.

⁸³ Vgl. schon bei Fn. 28.

⁸⁴ Treffend *Di Fabio* (Fn. 28), S. 231 u. 233 f.; vgl. auch *Hillgruber*, FAZ v. 10.9.2009, S. 8, mit dem Hinweis, dass eine Forderung nach vorbehaltloser Zustimmung das Selbstverständnis einer rechtsstaatlichen und demokratischen Union verfehlen müsste.

⁸⁵ Bzw. sie stellen sich von vornherein als lästige Hemmnisse auf einem „historisch“ vorgezeichneten Weg dar.

⁷⁷ Vgl. bei Fn. 51.

⁷⁸ Haupttext bei Fn. 6 ff.

⁷⁹ Vgl. bei Fn. 38.

⁸⁰ Vgl. o. Fn. 74.

muss als rückwärtsgewandte und dreiste Empörung gegenüber der europäischen Idee und ihrer Gerichtsbarkeit erscheinen.

Wer aber befürchtet, dass in der Konsequenz der Karlsruher Entscheidung die „EU [...] zum Ghetto [werden könnte], von der Mauer des Grundgesetzes umgeben“⁸⁶, sollte sich sicher sein, dass die Anleihe auf die fernere Zukunft nicht zu teuer erkauft ist. Die fortschreitende europäische Integration erschöpft sich nämlich nicht in einer Relativierung der Bedeutung mitgliedstaatlicher Souveränität.⁸⁷ Die Entfaltung der Europäischen Union wirkt sich beileibe nicht nur darin aus, dass das Verhältnis zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten neu austariert wird; gleichzeitig greift der Prozess der fortschreitenden Integration in handgreiflicher Weise in die grund- und menschenrechtlich belangreichen Lebenssphären der *Menschen* ein; an keinem Bereich wird dies deutlicher als an dem des Europäischen Strafrechts.⁸⁸ Die bereits

mehrfach erwähnte Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet und die erratische „Kriminalpolitik“ der Kommission lassen sehr daran zweifeln, dass sich die europäischen Institutionen dieser Dimension des Integrationsprozesse, die bisweilen bewusst in den Hintergrund geschoben zu werden scheint, immer bewusst sind.

Dem BVerfG mag man vor diesem Hintergrund seine kleine Münze vorwerfen, indes setzt es bei denjenigen an, die (bereits) in der Gegenwart und in der nahen Zukunft unter dem Vertrag von Lissabon von konkreter Machtausübung der EU betroffen sind⁸⁹; (jedenfalls) soweit es um Weichenstellungen im Bereich des *Strafrechts* geht, ist dies die gebotene Perspektive.

⁸⁶ Erstaunlich wüste Polemik von *Oppermann*, *EuZW* 2009, 473.

⁸⁷ Woher (vielfach) der Wind weht, wird deutlich, wenn bspw. im Spiegel Nr. 28/2009, S. 28 (29) versucht wird, das Lissabon-Urteil dadurch zu denunzieren, dass man seine Quintessenz auf die Parole „Identität statt Integration“ reduziert; damit soll wohl eine komplexe Problematik in ein simples Schema – Integration/Europa/Fortschritt vs. Identität/Nationalstaat/BVerfG – gebracht werden.

⁸⁸ Dabei lassen sich in diesem Bereich erstaunliche Eingriffsregelungen finden, angesichts derer sich der Eindruck aufdrängt, dass sie als originäre Projekte *nationaler* Gesetzgebung schwerste Grundsatzkritik auf sich gezogen und *wesentlich* geringere Umsetzungschancen gehabt hätten. Vor dem Hintergrund der (auch in der kritischen Presse kaum wahrgenommenen) EG-Terroristenlisten erstaunt, dass von vielen Meinungsträgern der Europäischen Union ein vorausseilendes Urvertrauen in der Annahme entgegengebracht zu werden scheint, dass diese im Hinblick auf Grund- und Menschenrechtsschutz nationalstaatlichen Lösungen per se überlegen ist. Dieses sachlich wenig berechnete Vertrauen dürfte sich nun weniger aus einer kritischen Analyse der Europäischen Union, des Zusammenspiels ihrer Akteure und einer Qualitätskontrolle ihrer Produkte (namentlich des Europäischen Strafrechts) speisen, sondern aus einer tiefen Abneigung gegenüber dem insbesondere im Hinblick auf seine mit aggressiver Abgrenzung gegenüber dem Fremden assoziierten ungeliebten und belasteten Nationalstaat (vgl. hier *Di Fabio* [Fn. 28], S. 229 ff.). Es birgt daher wie manches Bauchgefühl ein erhebliches Potenzial für bisweilen erstaunliche Fehleinschätzungen (vgl. insoweit mit Bezug zum *EuHbG Rackow*, *ZIS* 2008, 526 [528] m. Fn. 31). Was die „Terroristenlisten“ anbelangt, sei nachgetragen, dass der EuGH in seiner einschlägigen Entscheidung (EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 P u. C-415/05 = *EuGRZ* 2008, 480) immerhin versucht hat, grund- und menschenrechtlich gebotene Begrenzungen zu schaffen, deren Tragfähigkeit allerdings zweifelhaft scheint. Vgl. insoweit *Gless/Schaffner*, in: Braum/Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen* (2009), S. 186 f.; *Rackow*, *StV* 2009 im Erscheinen. Zu der Entscheidung jüngst auch *Heine*, *NStZ* 2009, 428.

⁸⁹ Vgl. schon oben bei Fn. 31.

Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon

Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin

I. Perspektiven des Vertrags von Lissabon

Die Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon¹ stehen und fallen auf den ersten Blick mit dem Schicksal dieses Vertrages, das jedenfalls bis zu dem erneuten Referendum in Irland im Oktober dieses Jahres ungewiss ist; die in anderen Ländern vor einer endgültigen Ratifizierung des Vertragswerks zur Reformierung der Europäischen Union noch bestehenden Klippen² – wie in Deutschland die vom BVerfG in seinem Urteil vom 30.6.2009 („Lissabon-Urteil“)³ monierte Begleitgesetzgebung (Rn. 406 ff.)⁴ – dürften schließlich glücklich umschiffen werden. Wenn man sich vor dem Showdown in Dublin Gedanken über die Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon macht, gilt es gleichwohl immer noch, zwei denkbare Szenarien im Blick zu behalten:

- Der Vertrag von Lissabon kommt oder
- er kommt nicht mehr, jedenfalls nicht in dieser Form oder in absehbarer Zeit.⁵

Aber auch wenn mit dem zweiten Szenario letztlich der folgenden Darstellung und Diskussion des zukünftigen europäischen Strafrechts zunächst (wieder) ein fester Boden in Form einer bevorstehenden Rechtssetzung entzogen wäre, erschiene sie selbst dann nicht sinnlos. *Tiedemann* schrieb Anfang 2007 in Bezug auf den damals sehr fraglich gewordenen Vertrag über eine Europäische Verfassung (EVV):⁶

„Selbst wenn die Ratifizierung durch die nationalen Parlamente (und/oder Volksabstimmungen) aber scheitern sollte, behält das am 29. Oktober 2004 von den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten beschlossene Dokument als heuristisches Instrument für die Auslegung des geltenden und die Gestaltung des künftigen supranationalen Rechts seine Bedeutung.“

¹ Zu dessen Entstehungsgeschichte *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 16 ff. – Allg. zum Vertrag von Lissabon *Calliess*, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2009; *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, 2008; *Haltje/Kindt*, NJW 2008, 1761; *Schwarze*, EuR 2009, Beiheft 1, 9; *Weber*, EuZW 2008, 7; *Pernice*, EuZW 2008, 65; *Richter*, EuZW 2007, 631.

² Vgl. nur *Zöller*, ZIS 2009, 340 (344).

³ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 = NJW 2009, 2267. – Dazu *Oppermann*, EuZW 2009, 473; *Schübel-Pfister/Kaiser*, JuS 2009, 767; *Calliess*, NJW-aktuell 30/2009, S. XIV; *Terhechte*, Wirtschaftsdienst 7/2009, 428.

⁴ Dazu aktuelle Reformentwürfe in BT-Drs. 16/13923, 16/13924, 16/13925, 16/13926 und 16/13928.

⁵ Explizit auf die Rechtslage bei einem Scheitern des Vertrags von Lissabon geht ein *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (60 ff.)

⁶ *Tiedemann*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 987.

In einer Hinsicht sollte er nur wenige Monate später recht behalten: Auch wenn auf dem Europäischen Rat vom 22/23.6.2007 die EVV letztlich beerdigt wurde, entstand doch aus deren Trümmern sogleich „wie Phönix aus der Asche“ der Entwurf des zunächst sog. Reformvertrags, der Grundlage für den Vertrag von Lissabon sein sollte. Da für die Europäische Union jedenfalls strukturell Reformbedarf bestehen bleibt, insbesondere wenn man in Zukunft – wie geplant – weitere Staaten aufnehmen will (vor der Tür stehen Island und Kroatien, im Wartestand verharren weiterhin die Türkei), wird es irgendwann – sollte der Vertrag von Lissabon letztlich ebenso wie der Verfassungsvertrag doch noch zum Scheitern verurteilt sein – einen erneuten Anlauf zu einem Reformvertrag geben müssen. Auch dieser wird sich u.a. mit dem europäischen Strafrecht beschäftigen, schon weil nach ersten Appellen zur Schaffung eines europäischen Strafrechts als Konsequenz der europäischen Einigung zu Beginn der 1990er Jahre⁷ auch dieses letzte der traditionellen Rechtsgebiete zunehmend dem Prozess der Europäisierung⁸ unterworfen worden ist und sich daraufhin insbesondere in den letzten zehn Jahren seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam teilweise aufgrund ausdrücklicher Regelungen des EU-Vertrags (insbes. dessen 6. Titels über die Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen), zum Teil aber auch in der Rechtsprechung des EuGH und deren praktischer Umsetzung ein europäisches Strafrecht in Teilbereichen längst etabliert hat.⁹ So gesehen ist und behält der Vertrag von Lissabon – dann ebenso wie der Verfassungsvertrag – mindestens „als heuristisches Instrument für die Auslegung des geltenden und die Gestaltung des künftigen supranationalen Rechts seine Bedeutung.“ Und schon deshalb lohnt sich bereits heute – losgelöst von dem ungewissen Schicksal dieses Reformvertrages – ein Blick in seine strafrechtlichen Grundlagen. Das gilt umso mehr, als die bisherigen Ausführungen zum materiellen Strafrecht „nach Lissabon“¹⁰ eher vereinzelt geblieben sind. Im Folgenden sollen

⁷ Vgl. *Sieber* (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, 1993.

⁸ Dazu grundsätzlich *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001; bereichsspezifisch für das Wirtschaftsstrafrecht *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, für das Umweltstrafrecht *Knaut*, Die Europäisierung des Umweltstrafrechts, 2005 und *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009.

⁹ Vgl. dazu nur die monographischen Darstellungen von *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007; *Fletcher/Löff/Gilmore*, EU Criminal Law and Justice, 2008; *Pradel/Corstens/Vermeulen*, Droit penal européen, 3. Aufl. 2009.

¹⁰ Vgl. *Hecker*, Iuratio 2009, 81; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8; *Heger* (Fn. 8), S. 158 ff.; *Pradel/Corstens/Vermeulen* (Fn. 9), Rn. 724 ff.; *Zöller*, ZIS 2009, 340 (343 f.).

deshalb die mit dem Vertrag von Lissabon vorgesehenen Änderungen des Primärrechts der Europäischen Union einer Durchsicht mit Blick auf ihre Relevanz für ein zukünftiges europäisches Strafrecht unterzogen werden.

II. Struktur des Primärrechts der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon

Auf den ersten Blick bleibt das Primärrecht der Europäischen Union auch nach dem für den 1.1.2010 geplanten Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon strukturell unverändert. Weiterhin verteilt sich die für die Europäische Union konstitutive Grundlage des europäischen Primärrechts auf zwei unterschiedliche Verträge. Ziele der gescheiterte Verfassungsvertrag auf ein einheitliches Dokument, das nicht nur den bisherigen EG- und EU-Vertrag ablösen, sondern zugleich – als Teil II – auch der Grundrechte-Charta Verfassungsrang und damit Rechtsverbindlichkeit verleihen sollte, hält der Vertrag von Lissabon am Nebeneinander zweier grundlegender Verträge fest; die Grundrechte-Charta bleibt optisch „draußen vor der Tür“. Dieser erste Anschein soll jeden Anklang an das in einigen EU-Mitgliedstaaten prinzipiell äußerst umstrittene Verfassungsprojekt (man mag sich im Lichte des Urteils des BVerfG vom 30.6.2009 kaum ausmalen, wie Karlsruhe mit dem „echten“ Verfassungsvertrag umgesprungen wäre) vermeiden, er trägt allerdings insofern, als es das klare Ansinnen der deutschen Ratspräsidentschaft, die nach dem endgültigen Scheitern des Verfassungsvertrags auf dem Brüsseler Gipfel am 22./23.6.2007 einen Kompromiss erreichte und damit der portugiesischen Ratspräsidentschaft den Weg nach Lissabon ebnete, war, alles das zu retten, was vom Verfassungsvertrag noch zu retten war. So gesehen bildet der Vertrag von Lissabon nunmehr den Schnittpunkt zweier Traditionslinien, der älteren „Städte“-Achse von den Römischen Verträgen (1957) über Maastricht (1992), Amsterdam (1997) und Nizza (2000) bis Lissabon (2007), andererseits der Diskussion um eine Europäische Verfassung von der Grundrechte-Charta (2000) über den Konventsentwurf (2003), den Verfassungsvertrag (2004) ebenfalls bis zum Lissabonner Reformvertrag (2007). Beide Traditionslinien lassen sich auch für das Strafrecht nachvollziehen; so schreibt der Vertrag von Lissabon einerseits den insbesondere seit Amsterdam bereits erreichten strafrechtlichen *acquis fort*, übernimmt andererseits aber strukturell und sprachlich die maßgeblichen Artikel des Verfassungsvertrags (Art. III-271 EVV), nicht ohne diese wiederum in ihrer Wirkung auf die nationale Souveränität der EU-Mitgliedstaaten namentlich durch den Ausbau einer „Notbremse“ zu entschärfen; darauf wird zurückzukommen sein.

Dass der in den ersten Monaten gebräuchliche Terminus „Reformvertrag“ ab Dezember 2007 der Titulierung „Vertrag von Lissabon“ weichen musste, dürfte nicht nur damit zusammen hängen, dass das Vertragswerk nach nur noch geringfügigen Änderungen – gegenüber den Schlussfolgerungen der deutschen Ratspräsidentschaft vom Juni 2007 – inzwischen in der portugiesischen Hauptstadt unterzeichnet worden war, sondern symbolisiert augenfällig die ältere Traditionslinie notwendiger Modifikationen des durch Zeitablauf und äußere Umstände (wie Vergrößerung der Union etc.) partiell unpraktisch gewordenen Vertragswerks der Europäi-

schen Union am Ort der gerade amtierenden Ratspräsidentschaft, sozusagen die ad hoc erforderliche Anpassung an die neuen Gegebenheiten, während „Reformvertrag“ sprachlich eher als eine grundlegende Reform der Union an Haupt und Gliedern, sozusagen als deren „Verfassung light“, hätte verstanden werden können, was angesichts der in allen EU-Mitgliedstaaten anstehenden Ratifizierungen und einiger nationaler Vorbehalte gegen das Projekt einer europäischen Verfassung wohl nicht opportun erschien.

So bleibt auch nach Lissabon der bisherige „Vertrag über die Europäische Union“ verbal eben dieser, wenngleich in neuer Fassung und mit erheblichen inhaltlichen Modifikationen (und einer Rückkehr zu der bereits unter Geltung des Vertrags von Maastricht empfohlenen Abkürzung „EUV“ – im Folgenden meint daher „EUV“ den EU-Vertrag nach der Änderung durch den Vertrag von Lissabon, „EU“ dagegen den derzeit geltenden EU-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Nizza); der Nukleus der Europäischen Union – der EG-Vertrag – wird umbenannt in den „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) und damit – trotz gleichrangiger Geltung – sprachlich hinter den EU-Vertrag zurückgestellt; zugleich wird die bisher im VI. Titel des EU-Vertrags geregelte Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) in diesen Vertrag überführt und damit – in freilich durch den Vertrag von Lissabon überholter Terminologie gesprochen – „vergemeinschaftet“. Streng genommen kann trotz der Aufnahme des Strafrechts in ein Vertragswerk zusammen mit der Wirtschaftspolitik nämlich schon deswegen nicht (mehr) von dessen „Vergemeinschaftung“ gesprochen werden, weil die bisherige Europäische Gemeinschaft als supranationale Organisation in der mit dem Vertrag von Lissabon gegründeten Europäischen Union aufgeht; damit wird die Europäische Union – bislang terminologisch das alle drei Säulen überwölbende politische und institutionelle Dach des Brüsseler Tempels – ihrerseits zu der supranationalen Organisation und ersetzt die Europäische Gemeinschaft.¹¹ Art. 47 EUV bestimmt daher knapp: „Die Union besitzt Rechtspersönlichkeit“.

III. Der „neue“ EU-Vertrag (EUV)

Auch wenn die dritte Säule des bisherigen EU-Vertrags in den AEUV abwandert, ist der EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon doch angesichts der Verschmelzung von Europäischer Union und Europäischer Gemeinschaft als der diese „neue“ Europäische Union konstituierende Vertrag gedanklicher Ausgangspunkt aller Betätigung dieser neuen Organisationsform. Der AEUV bringt dann nur die Konkretisierungen für die einzelnen darin geregelten Politikfelder, mithin eben auch für das europäische Strafrecht.

¹¹ Vgl. nur *Weber*, EuZW 2008, 7.

1. Grundziel: Ein Binnenrechtsraum

Wie bisher heißt es daher in der Präambel des EU-Vertrags u.a.: „Entschlossen, die Freizügigkeit unter gleichzeitiger Gewährleistung der Sicherheit ihrer Bürger durch den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Maßgabe dieses Vertrags und des Vertrags über die Arbeitsweise der Union zu fördern, [...]“ In Art. 3 Abs. 2 EUV wird dann – wie bislang in Art. 2, 4. Spiegelstrich EU – als ein Ziel der Europäischen Union benannt: „Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.“

Grundlegendes Ziel auch der Strafrechtspolitik der Europäischen Union ist damit weiterhin die Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts¹² ohne Binnengrenzen; dieser steht nunmehr sogar fast an der Spitze¹³ und damit insbesondere optisch vor dem erst in Abs. 3 betonten und seit den 1980er Jahren für die EG-Wirtschaftspolitik leitenden europäischen Binnenmarkt. Der Grundgedanke ist aber der gleiche: wie sich im Binnenmarkt jedes Wirtschaftssubjekt aus jedem Mitgliedstaat grundsätzlich frei und unbegrenzt bewegen können soll, gilt dies auch für alle „Normalunionsbürger“, die ebenfalls EU-weit Freizügigkeit genießen.

2. Grundrechtsbindungen

Inhaltlich wirklich Neues bietet in zweierlei Hinsicht – und auch mit Relevanz für das Strafrecht innerhalb der Europäischen Union – Art. 6 EUV; dessen Abs. 1 lautet: „Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“

Damit erlangt die Grundrechte-Charta (GRCh) endlich Rechtswirkung; auch wenn sie nicht – wie noch im Verfassungsvertrag – als ein (zweiter) Teil des europäischen Reformvertragswerks erscheint, ist sie doch den aktualisierten Verträgen angepasst und in der Rechtswirkung explizit gleich geordnet. Jede Rechtssetzung auf der Ebene der Europäischen Union muss daher zukünftig alle Gewährleistungen der Grundrechte-Charta beachten; dass in einem Protokoll der Grundrechte-Charta für das Vereinigte Königreich und Polen Bindungswirkung abgesprochen wird, ändert daran nichts.

Da in Bezug auf das europäische Straf- und Strafverfahrensrecht insbesondere die Justizellen Rechte der Art. 47 ff. GRCh¹⁴ von Belang sind, die weitgehend bereits zuvor in der

EMRK als Menschenrechte verbürgt sind und als solche gemäß Art. 6 Abs. 2 EU i.d.F. des Vertrags von Nizza auch die bisherige Europäische Union bereits zur Beachtung verpflichtet haben, ändert sich durch diese Verbindlichmachung der Grundrechte-Charta inhaltlich nur wenig. Etwas anderes gilt nur für Art. 50 GRCh, der die bereits jetzt durch Art. 54 SDÜ angeordnete und mit dem Vertrag von Amsterdam zu EU-Recht erhobene EU-weite Geltung des *ne bis in idem*¹⁵ bereits von der Rechtskraft der Verurteilung oder des Freispruchs in einem EU-Mitgliedstaat abhängig macht und nicht mehr – wie noch Art. 54 SDÜ – im Falle einer Verurteilung das Vorliegen eines Vollstreckungselements erfordert. Diese Neuerung ist nicht nur deswegen von Belang, weil sich bereits einige Urteile des EuGH mit der Konkretisierung der drei in Art. 54 SDÜ genannten Vollstreckungselemente befasst haben, so dass ein zukünftiger Verzicht auf deren Vorliegen die Rechtspraxis erleichtern dürfte; sie bringt vielmehr auch zum Ausdruck, dass es innerhalb der Europäischen Union in Zukunft doch weitgehend wie innerhalb eines „normalen“ Staates zugehen soll, in dem das Doppelbestrafungsverbot auch nicht von der Verbüßung der verhängten Sanktion abhängig sein soll, sondern die rechtskräftig verhängte Sanktion bei späterer Ergreifung des Verurteilten eben noch vollstreckt werden muss. Innerhalb der Europäischen Union ist zu diesem Zweck bereits 2002 das Institut eines Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung geschaffen worden.

Art. 6 Abs. 2 EUV sieht nunmehr einen Beitritt der Europäischen Union zur EMRK vor und verstärkt so die bereits erwähnte Beachtungspflicht des geltenden Art. 6 Abs. 2 EU, der nunmehr in Abs. 3 verschoben wird. Nachdem der EuGH einen Beitritt der EG zur EMRK mangels diesbezüglicher Kompetenz für nicht zulässig angesehen hatte, bestand bislang nur die Selbstbindung an die Konventionsgarantien aufgrund Art. 6 Abs. 2 EU. Ein ohne Beachtung der Garantien der EMRK ergangener (Straf-)Rechtsakt der EU wäre daher im Lichte des bestehenden EU-Vertrags europarechtswidrig, doch bestünde Rechtsschutz dagegen nur über den EuGH; mit dem Beitritt zur EMRK ist die EU – einschließlich ihres Gerichtshofes – unmittelbar an die Konventionsgarantien gebunden und der Judikatur des Straßburger EGMR unterworfen. Soweit aber – wie fast stets – EU-Mitgliedstaaten Vorgaben aus Brüssel umgesetzt haben, unterliegen

schen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2008, und *Alber*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar, Europäische Grundrechte-Charta, 2006. – Zu den Justizgrundrechten in der EU allg. *Grabenwarter*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2008, § 6, *Paeffgen*, ZStW 118 (2006), 275, und *Abetz*, Justizgrundrechte in der Europäischen Union, 2005.

¹⁵ Dazu grundsätzlich *Mansdörfer*, Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht, 2004; *Kniebühler*, Transnationales „*ne bis in idem*“, 2005; *Stein*, Zum europäischen *ne bis in idem* nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, 2004; *Hecker* (Fn. 9), § 13; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 38 ff.; *Radtke/Busch*, NSStZ 2003, 281.

¹² Dazu unter Geltung des Vertrags von Amsterdam *Kraus-Vonjahr*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2002.

¹³ *Hecker*, Iurratio 2009, 81 (82).

¹⁴ Vgl. dazu nur die Kommentierungen der Art. 47 ff. von *Eser*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäi-

sie als Mitgliedstaaten auch des Europarats der EMRK, so dass tatsächlich auch EU-Rechtsakte vom EGMR bereits jetzt mittelbar auf ihre Vereinbarung mit den Konventionsgarantien überprüft werden konnten (und wurden). Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK ändert mithin inhaltlich wenig, ist aber symbolisch ein wichtiger Schritt, sind doch nahezu alle Hoheitsträger in Europa unmittelbar an die EMRK gebunden, die in vielen Einzelfragen regionales Völkerrecht erbracht hat.

Auf dem Gebiet des europäischen Strafrechts würde er dann auch praktisch an Relevanz gewinnen, wenn die Europäische Union selbständig und von einer Mitwirkung der Mitgliedstaaten unabhängig Strafrecht setzen und durchsetzen könnte. Auch nach dem Vertrag von Lissabon wird es dazu aber nicht kommen, schon weil – selbst wenn dereinst die Europäische Staatsanwaltschaft Wirklichkeit werden sollte (vg. Art. 86 AEUV) – immer noch das Strafverfahren vor einem nationalen Strafgericht stattfinden müsste.

3. Grenzen jeder Europäisierung des Strafrechts

Indem Art. 5 EUV das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeine Grundlage jeder (auch Straf-)Rechtssetzung innerhalb der Europäischen Union normiert und weiterhin mit dem Subsidiaritätsprinzip flankiert, ist die Union auch weiterhin gehindert, den Mitgliedstaaten nicht erforderliche (Straf-)Rechtssetzungsakte abzuverlangen oder die von diesen genauso gut erfüllbaren Aufgaben an sich zu ziehen.¹⁶ Daraus wie aus dem in Art. 4 Abs. 2 EUV enthaltenen Gebot zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten lässt sich weiterhin ein strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz ablesen.¹⁷

4. Formale Vorgaben

In Art. 12 EUV werden die nationalen Parlamente der EU-Mitgliedstaaten in die Entstehung von Rechtsakten der Europäischen Union eingebunden und zugleich in die Pflicht genommen. Hier heißt es: „Die nationalen Parlamente tragen aktiv zur Arbeitsweise der Union bei, indem sie [...] c) sich im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts an den Mechanismen zur Bewertung und Durchführung der Unionspolitiken in diesem Bereich nach Artikel 70 AEUV beteiligen und in die politische Kontrolle von Europol und die Bewertung der Tätigkeit von Eurojust nach den Art. 88 und 85 des genannten Vertrags einbezogen werden [...]“

Schließlich sieht Art. 16 Abs. 3 EUV als Grundsatz für die politische Willensbildung innerhalb der Europäischen Union vor: „Soweit in den Verträgen nichts anderes festgelegt ist, beschließt der Rat mit qualifizierter Mehrheit.“ Dies gilt für das Strafrecht angesichts des dort teilweise möglichen suspensiven Vetorechts auch nur eines EU-Mitgliedstaates aus Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV nur eingeschränkt und dürfte in Bezug auf Deutschland durch das Lissabon-Urteil des BVerfG noch weiter an Gewicht verloren haben, klingt darin doch an, dass die Bundesregierung im Zweifel zum

Mittel eines solches Vetos greifen muss, um jedwede Einschränkung der Mitwirkungsbefugnisse von Bundestag und Bundesrat bei Strafrechtsakten der Europäischen Union im Keime zu ersticken.

IV. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

1. Geteilte Zuständigkeit

Nach Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV besteht für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – und damit auch für das Strafrecht – in Zukunft eine zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit. Damit bleiben die EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich zur eigenständigen Strafrechtssetzung und -durchsetzung berufen;¹⁸ soweit die Europäische Union allerdings nach Europarecht zulässig von der ihr übertragenen Strafrechtsanweisungs- und unter Umständen auch Strafrechtssetzungs- und -durchsetzungsbefugnis unter Beachtung des Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzips Gebrauch macht, sind die Mitgliedstaaten daran gebunden. Im Regelfall wird das – wie schon bisher aufgrund von EU-Rahmenbeschlüssen¹⁹ und seit neuestem auch EG-Richtlinien²⁰ – nichts anderes heißen, als dass die Mitgliedstaaten die europäischen Vorgaben, die in Zukunft gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV nur noch in Richtlinienform ergehen, im nationalen Recht umsetzen müssen; terminologisch korrekt kann dann von „EU-Richtlinien“ die Rede sein.²¹

2. Konkretisierungen des Binnenrechtsraums

Nach Art. 67 Abs. 1 AEUV bildet die Europäische Union – in Konkretisierung zu den o.g. Zielvorgaben des EU-Vertrags – „einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden.“

Zur Grundrechtsbindung ist Art. 6 EUV ergänzend zu lesen. Gemeint ist in Art. 67 Abs. 1 AEUV die Beachtung der gemeineuropäischen Grundrechte,²² d.h.

- der Grundrechte der Grundrechte-Charta,
- der Grundfreiheiten,
- der Grundrechte, die sich aus gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ableiten lassen, sowie
- der Konventionsgarantien der EMRK.

¹⁸ Vgl. nur *Schwarze*, EuR 2009, Beiheft 1, 9 (25).

¹⁹ Vgl. nur die Aufzählung einiger strafrechtsrelevanter Rahmenbeschlüsse bei *Hecker* (Fn. 9), § 11 Rn. 11 ff. – Zur Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen *Weißer*, ZIS 2006, 562.

²⁰ Als erste die „Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt“ (ABl. EU 2008, Nr. L 328 S. 28 ff.). – Allg. zum Einfluss von EG-Richtlinien auf das Strafrecht *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, und *Eisele*, JZ 2001, 1157.

²¹ Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden von EU-Rahmenbeschlüssen und EG-Richtlinien *Heger* (Fn. 8), S. 123 ff.

²² Dazu *Ehlers* (Fn. 14); *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005.

¹⁶ Vgl. *Hecker*, Iurratio 2009, 81 (84).

¹⁷ *Hecker*, Iurratio 2009, 81 (85).

Da die nationalen Grundrechte der EU-Mitgliedstaaten Teil von deren nationaler Rechtsordnung sind, meint die Beachtungspflicht gegenüber den „Grundrechten“ hier nicht die nationalen Grundrechte, soweit diese die nicht i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV zur gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten zählen. Weil aber nach Art. 67 Abs. 1 AEUV auch die „verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten“ bei der Strafrechtsanweisung bzw. – soweit europarechtlich zulässig – auch -setzung zu beachten sind, erfasst diese Achtungspflicht als Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auch die nationalen Grundrechte.

Der Hinweis auf die bei einer Europäisierung des Straf- und Strafverfahrenrechts zu achtenden „*verschiedenen* Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten“ intendiert allerdings, dass gerade auch die Vielfalt strafrechtlicher und strafprozessualer Kriminaljustizsystem in den derzeit 27 EU-Staaten als solche gewahrt bleiben, gewissermaßen unter „Artenschutz“ gestellt werden soll, und dürfte daher – wie Art. 4 Abs. 2 EUV – in Richtung auf den von *Satzger* entwickelten²³ und vom BVerfG in seinem Urteil zum Europäischen Haftbefehl vom 18.5.2005 aufgegriffenen²⁴ strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatz zu verstehen sein, wonach in die nationalen Strafrechtssysteme aufgrund ihrer engen Verzahnung mit der nationalen Kultur nur besonders schonend eingegriffen werden soll.

Die Grundrechte und nationalen Rechtsordnungen sind bei den Maßnahmen der Europäischen Union zur Verwirklichung des Binnenraums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nur, aber immerhin „zu achten“. Das bedeutet, dass die europäischen und ggf. auch die nationalen Grundrechte als Grenzen zulässiger Maßnahmen der Europäischen Union aufzufassen sind und nicht primär – was bei einem Rekurs vorrangig auf die Freiheit eigentlich nahe liegen würde – als konstitutive Grundlage des Binnenraums, die mittels EU-Maßnahmen effektiv durchgesetzt werden muss.

In Art. 67 Abs. 3 AEUV ist dann vorgesehen: „Die Union wirkt darauf hin, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität sowie von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege und den anderen zuständigen Behörden sowie durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten.“

Hier wie auch in Art. 82 AEUV klingt ein Vorrang des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung strafrechtlicher

Entscheidungen gegenüber einer (Mindest-)Harmonisierung des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrenrechts an. Die Harmonisierung steht dabei nicht nur optisch an zweiter Stelle, sondern sie wird – ganz im Einklang mit dem Umweltstrafrechts-Urteil des EuGH vom 13.9.2005²⁵ – bereits hier explizit dem Grundsatz der Erforderlichkeit unterworfen. Dieser Grundsatz gilt freilich auch für Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung, weil für die Europäische Union insgesamt das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 4 EUV) Geltung beansprucht und dieses nicht erforderlichen Maßnahmen grundsätzlich entgegensteht.

Nach Art. 68 AEUV legt der Europäische Rat „die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fest.“ Bemerkenswert ist hier die Kompetenz des Rates, denn in anderen Politikfeldern werden die Leitlinien von der Kommission vorgeschlagen. Allgemein besteht für die Bereiche Inneres und Justiz und damit auch für das Strafrecht ein paralleles Initiativrecht von Kommission und ein Viertel der Mitgliedstaaten; im Unterschied zur Wirtschaftspolitik (der bisherigen 1. Säule) hat die Kommission damit weiterhin kein Initiativmonopol. Ergänzt wird dies noch um eine Aufgabenzuweisung an die nationalen Parlamente in Art. 69 AEUV, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu überwachen.

3. Gegenseitige Anerkennung in Strafsachen

Seit dem Europäischen Rat von Tampere 1999 gilt der im Wirtschaftsrecht bereits zwei Jahrzehnte zuvor als „Herkunftslandprinzip“ etablierte²⁶ Grundsatz gegenseitiger Anerkennung auch als Eckstein eines europäischen Straf- und Strafverfahrenrechts.²⁷ Während dieser Grundsatz aber in den bisherigen Art. 29 ff. EU noch gar nicht enthalten ist, bringt Art. 82 AEUV (wie schon Art. III-271 Abs. 1 EVV) sogar einen Vorrang gegenüber der Europäisierung zum Ausdruck:²⁸ „Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasst die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Absatz 2 und Art. 83 genannten Bereichen.“

Gegen diesen Vorrang der gegenseitigen Anerkennung gegenüber einer (Mindest-)Harmonisierung des Strafrechts hat auch das BVerfG nichts einzuwenden, hat es doch bereits in seinem Urteil zum Europäischen Haftbefehl vom 18.7.2005 ausgeführt (2. Leitsatz):²⁹ „Die in der „Dritten Säule“ der EU

²³ *Satzger* (Fn. 8), S. 166 ff.

²⁴ BVerfGE 113, 273; dazu *Vogel*, JZ 2005, 801; *Lagodny*, StV 2005, 515; *Gas*, EuR 2006, 285; *Schünemann*, StV 2005, 681; *Hufeld*, JuS 2005, 865; *Ranft*, wistra 2005, 361; *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23; *Tomuschat*, EuGRZ 2005, 453; *Buermeyer*, HRRS 2005, 273; *Klink/Proelß*, DöV 2006, 469; *Bosbach*, NSTz 2006, 104; *Jekewitz*, GA 2005, 625; *Tams*, JA 2006, 177; *Knopp*, JR 2005, 448; *Stachel*, Verwaltungsrundschau 2005, 394; *Böhm*, NJW 2005, 2588; *Kretschmer*, Jura 2005, 780.

²⁵ EuGH, Slg. 2005, I-7879; dazu *Wegener/Greenawalt*, ZUR 2005, 585; *Braum*, wistra 2006, 121; *Heger* (Fn. 8), S. 133 ff. und JZ 2006, 310; *Böse*, GA 2006, 211; *Weiß*, ZEuS 2006, 381; *Streinz*, JuS 2006, 164; *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Pohl*, ZIS 2006, 213.

²⁶ EuGH, Slg. 1979, 649 „Cassis de Dijon“.

²⁷ Vgl. nur *Gleiß*, ZStW 116 (2004), S. 353 ff.; *Böse*, in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht*, 2003, S. 113 ff.

²⁸ Vgl. *Andreou*, *Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union*, 2009, S. 116 f.

²⁹ BVerfGE 113, 273.

praktizierte Zusammenarbeit einer begrenzten gegenseitigen Anerkennung ist ein auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten (Art. 23 I GG) schonender Weg, um die nationale Identität und Staatlichkeit in einem einheitlichen europäischen Rechtsraum zu wahren.“

Die gegenseitige Anerkennung erfasst nach Art. 82 Abs. 1 AEUV alle Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen, soll Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten verhindern, die Weiterbildung von Richtern etc. fördern sowie die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Justizbehörden etc. bei der Strafverfolgung und beim Strafvollzug erleichtern. Für das materielle Strafrecht von Bedeutung sein kann hierbei vor allem eine Vermeidung von Kompetenzkonflikten,³⁰ in Deutschland hätte dies Einfluss auf das Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB).

Bemerkenswert ist, dass sich die in Art. 82 Abs. 3 AEUV statuierte „Notbremse“ nur auf Harmonisierungsmaßnahmen nach Abs. 2 bezieht, so dass gegenüber mehrheitlich im Rat verabschiedeten Vorgaben zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen aufgrund von Art. 82 Abs. 1 AEUV ein überstimmter Mitgliedstaat keine institutionalisierte Blockademöglichkeit hat.³¹ Dies bedeutet eine nicht unproblematische Veränderung gegenüber dem status quo, denn die bisherigen Rechtsakte zur gegenseitigen Anerkennung aufgrund von Art. 29, 31 EU – etwa die Rahmenbeschlüsse zum Europäischen Haftbefehl und zur Europäischen Beweisverordnung – erforderten Einstimmigkeit; und gerade die teilweise grundlegenden Auswirkungen eines Europäischen Haftbefehls – z.B. Auslieferung selbst eigener Staatsangehöriger bei fehlender Strafbarkeit im Inland sowie Vollstreckung eines daraufhin in einem anderen EU-Staat ergangenen Urteils im Inland – machen deutlich, dass auch die gegenseitige Anerkennung in Strafsachen einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der Bürger darstellen kann.

3. (Mindest-)Harmonisierung

a) Des Verfahrensrechts (Art. 82 Abs. 2 AEUV)

Gegenüber der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen tritt die Mindestharmonisierung der nationalen (Straf-) Rechtsordnungen in den Hintergrund. Gleichwohl befugt Art. 82 Abs. 2 AEUV die Europäische Union erstmals zum Erlass von Mindestvorschriften auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts, konkret zur Zulässigkeit von Beweismitteln, zu den Rechten des Einzelnen im Strafverfahren und der Opfer von Straftaten sowie sonstigen spezifischen Aspekten des Strafverfahrens, die allerdings – und das mäßigt die vollständige Unbestimmtheit dieser „Einzelermächtigung“ auf ein noch erträgliches Maß – zuvor vom Rat durch einstimmigen Beschluss zugewiesen worden sein müssen; im Lichte des Lissabon-Urteils des BVerfG dürfte sich die Bundesregierung solcher Erweiterung der Befugnisse regelmäßig zu widersetzen haben, jedenfalls soweit nicht Bundestag und Bundesrat dem zugestimmt haben. In Art. 82 Abs. 3 und 4 AEUV ist

³⁰ Kriterien hierfür etwa bei *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny*, NSStZ 2002, 624.

³¹ *Pradel/Corstens/Vermeulen* (Fn. 9), Rn. 731.

dann eine erste „Notbremse“ samt Ermächtigung zur verstärkten Zusammenarbeit einzelner EU-Mitgliedstaaten enthalten, so dass letztlich jeder Mitgliedstaat mit seinem Veto die Strafprozessrechtsharmonisierung stoppen kann. Die Voraussetzungen sind dafür wortgleich zu Art. 83 AEUV ausgestaltet, weshalb darauf sogleich zurückzukommen sein wird.

b) Des materiellen Strafrechts (Art. 83 AEUV)

Art. 83 AEUV regelt die Mindestharmonisierung des materiellen Strafrechts. Wie bereits in Art. III-172 des Konventionsentwurfs (2003) und Art. III-271 des Verfassungsvertrags (2004) sieht Art. 83 AEUV in seinen beiden ersten Absätzen zwei Strafrechtsanweisungskompetenzen vor. Während Abs. 1 – ähnlich wie bereits heute Art. 31 Abs. 1 lit. e EU – eine originäre Strafrechtsanweisungskompetenz normiert, expliziert Abs. 2 die seit dem Umweltstrafrechts-Urteil des EuGH vom 13.9.2005 kraft implied powers europarechtlich anerkannte Annexkompetenz zur Strafbewehrung zu den bisher in der ersten Säule der EG-Politiken (insbesondere Wirtschafts- und Umweltpolitik).

aa) Originäre Strafrechtsanweisungskompetenz (Art. 83 Abs. 1 AEUV)

Art. 83 Abs. 1 AEUV lautet: „Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.“

Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.

Je nach den Entwicklungen der Kriminalität kann der Rat einen Beschluss erlassen, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden, die die Kriterien dieses Absatzes erfüllen. Er beschließt einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.“

Gegenüber Art. 31 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 29 Abs. 2 EU stellt diese Strafrechtsanweisungskompetenz eine deutliche Verbesserung dar.³² Auf den ersten Blick ist der Bereich möglicher strafrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen³³ allerdings weiter gezogen, beschränkt sich eine solche doch nach dem eigentlich eindeutigen Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 lit. e

³² Zu Defiziten in den Formulierungen der bisherigen Kompetenznormen *Albrecht/Braum*, KritV 2001, 312 (347); *Vormbaum*, Schutz der Rechtsgüter von EU-Staaten durch das deutsche Strafrecht, 2005, S. 71 f.; *Schünemann*, GA 2004, 193 (195).

³³ Allg. zur Harmonisierung als Mittel der Europäisierung des Strafrechts *Weyembergh*, L'harmonisation des législations, 2004, und in: MJ 12 (2005), 149.

EU derzeit auf die drei Gebiete der organisierten Kriminalität, des Drogenhandels und des Terrorismus, doch steht diese Begrenzung längst nur noch auf dem Papier und wird allgemein als Redaktionsversehen behandelt; auch eine Harmonisierung anderer Strafrechtsfelder gilt daher als nicht ausgeschlossen, wenngleich die Begründung für dieses Ergebnis nicht leicht fallen mag.³⁴ Die in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV vorgesehene Beschränkung auf mehr Strafrechtsgebiete als bisher ist daher nicht nur „ehrlicher“, sondern gegenüber der praktizierten Rechtslage auch enger und konkreter, denn andere als die in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV genannten Strafrechtsgebiete können, sofern nicht eine Harmonisierung aufgrund von Art. 83 Abs. 2 AEUV vorgesehen ist, nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV nur auf Basis eines einstimmigen Beschlusses des Rates einer Harmonisierung unterworfen werden. Einem solchen dürfte die Bundesregierung nach dem Lissabon-Urteil nicht ohne vorherige Billigung durch die nationalen Parlamente zustimmen.

In deutschen Ohren klingt zwar wohl die in Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV – wie bereits im Verfassungsvertrag – gebrauchte Formulierung „Straftaten“ etwas weiter als „Tatbestandsmerkmale“, worauf sich nach Art. 31 Abs. 1 lit. e EU (neben den unverändert genannten „Strafen“) derzeit die Mindestharmonisierung beschränkt, weil erstere letztlich auch die allgemeinen Regeln erfassen können, während sich letztere nur auf die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen eines Straftatbestandes und damit auf den BT beschränken. Allerdings sind die in Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV erwähnten „Straftaten“ ihrerseits jeweils bezogen auf einen Katalog (Terrorismus, Menschenhandel etc.) bzw. die Harmonisierungsfelder der bisherigen EG-Politiken (Wirtschaft, Verkehr, Umwelt etc.), so dass sich eine darauf gestützte Harmonisierung der allgemeinen Regeln der Straftatlehre weiterhin verbietet; unterstrichen wird dies auch weiterhin durch den strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatz.³⁵

Andererseits war und ist zu Recht anerkannt, dass im Rahmen von Vorgaben für Tatbestandsmerkmale i.S.v. Art. 31 Abs. 1 lit. e EU auch mit dem spezifischen Tatbestand verbundene allgemeine Regeln etwa zur subjektiven Tatseite – Vorsatz und zumeist auch (grobe) Fahrlässigkeit – sowie zu einer tatbestandlichen Vorverlagerung – auch Versuch – und zu einer Ausweitung des Täterkreises – auch Anstiftung und Beihilfe – vorgegeben werden können,³⁶ schon weil deren Zuschlagung zum deutschen AT allein eine Entscheidung des deutschen Gesetzgebers darstellt, die im Einzelfall auch anders ausgefallen ist.³⁷ So finden sich aufgrund von § 15 StGB Fahrlässigkeitsstrafdrohungen grundsätzlich in den einzelnen Strafnormen; und Versuchsstrafbarkeit kann nicht nur über § 23 Abs. 1 StGB begründet werden, sondern auch durch

Schaffung echter Unternehmensdelikte im Besonderen Teil (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Schließlich können auch Anstiftungs- und Beihilfehandlungen in Tatbeständen des Besonderen Teils vertypet werden; ein Beispiel dafür ist der in Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels³⁸ geschaffene § 233a StGB. Nach alledem decken sich die beiden Begriffe „Straftaten“ und „Tatbestandsmerkmale“ zumindest weitestgehend, so dass deren Auswechslung keine Ausweitung der Kompetenzen der EU in Richtung auf eine Totalharmonisierung des AT mit sich bringt. Das muss aus deutscher Sicht umso mehr gelten, als der deutsche Vertreter im Rat bei der Beschlussfassung über Harmonisierungsmaßnahmen aufgrund von Art. 83 Abs. 1 AEUV nicht darüber hinweggehen kann, dass das BVerfG im Lissabon-Urteil eine enge Auslegung dieser Ermächtigungsnorm verlangt (Rn. 363).

Gegenüber der derzeitigen Rechtslage präziser gefasst ist in Art. 83 Abs. 1 AEUV schließlich die Beschränkung auf eine Mindestharmonisierungskompetenz für Straftaten mit (irgend-)einer grenzüberschreitenden Dimension; das ist derzeit nicht normiert,³⁹ doch dürfte ein Rahmenbeschluss zur Harmonisierung von Straftaten ohne jeden inter- bzw. transnationalen Aspekt derzeit wohl regelmäßig an der Erforderlichkeit und damit am europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip scheitern. Nach dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV kann sich diese internationale Komponente einmal aus der Art oder den Auswirkungen der Straftat ergeben, zum anderen aber auch aus einer besonderen Notwendigkeit, die Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen. Das BVerfG führt dazu im Lissabon-Urteil (Rn. 359) allerdings zutreffend aus, dass sich diese Notwendigkeit einer Bekämpfung der Straftat auf gemeinsamer Grundlage nicht von der Art und den Auswirkungen der Straftat trennen lässt,⁴⁰ weshalb die bloße politische Willensbekundung zu einer gemeinsamen Bekämpfung von Straftaten ohne transnationale Bezüge für die Begründung einer Harmonisierungskompetenz aufgrund von Art. 83 Abs. 1 AEUV nicht ausreichen kann.

Die Kompetenz zur Mindestharmonisierung der „Strafen“ beschränkt sich weiterhin auf die Vorgabe von Mindesthöchststrafen.

bb) Die Annexkompetenz (Art. 83 Abs. 2 AEUV)

In Art. 83 Abs. 2 AEUV ist die in der Umweltstrafrechts-Richtlinie vom 19.11.2008 erstmals angewandte Annexkompetenz primärrechtlich expliziert worden: „Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt

³⁴ Dazu ausführlich Heger (Fn. 8), S. 140 ff.

³⁵ Hecker, Iurratio 2009, 81 (85).

³⁶ Hecker, Iurratio 2009, 81 (84).

³⁷ Das unterstreicht auch ein Blick in die deutsche Rechtsgeschichte, denn im RStGB fehlte eine dem heutigen § 15 StGB vergleichbare allgemeine Regelung, so dass etwa in § 223 RStGB ausdrücklich auf das Erfordernis einer vorsätzlichen Verletzung hingewiesen wurde.

³⁸ ABl. EG 2002, Nr. L 203, S. 1; dazu Hecker (Fn. 9), § 11 Rn. 24 ff.

³⁹ Vgl. Heger (Fn. 8), S. 53 ff.

⁴⁰ Zu Konstellationen transnationaler Kriminalität Hecker, JA 2002, 723; Heger, ZIS 2007, 547 (549 f.).

werden. Diese Richtlinien werden unbeschadet des Art. 76 gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffende Harmonisierungsmaßnahme erlassen.“

Zur Zeit der Entstehung des Reformvertrags im Sommer 2007 schien diese Norm nur das zuvor vom EuGH festgestellte Europarecht wiederzugeben, hatte dieser doch im Umweltstrafrechts-Urteil eben eine solche Annexkompetenz zur Strafrechtsanweisung innerhalb der ersten Säule mittels EG-Richtlinien für zulässig erklärt⁴¹ und die Kommission daraufhin den Grundsatz der Kohärenz formuliert, wonach die in der ersten Säule ohne Regelung ergehende Strafrechts-harmonisierung kohärent zu der bereits zuvor auf Grundlage von Art. 31 Abs. 1 lit. e EU ergangenen Harmonisierung mittels EU-Rahmenbeschlüssen sein soll. Nachdem allerdings der EuGH im Meeresverschmutzungs-Urteil vom 23.10.2007⁴² entschieden hat, dass innerhalb der ersten Säule nur eine Harmonisierung der Tatbestandsmerkmale und nicht auch eine solche der Strafen zulässig ist, geht Art. 83 Abs. 2 AEUV nunmehr sprachlich weiter als das geltende (ungeschriebene) Europarecht.⁴³ Weil jedoch die Strafrechtsharmonisierung auf dem Gebiet der (bisherigen) EG-Politiken nach dem Wortlaut dieser Ermächtigungsnorm „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ sein muss und der EuGH im Meeresverschmutzungs-Urteil für die erste Säule eben nur die Vorgabe von Tatbestandsmerkmalen für zur effektiven Durchsetzung der EG-Politiken unbedingt erforderlich angesehen hat, spricht manches dafür, dass trotz der expliziten Zulässigkeit auch einer (Mindest-)Harmonisierung der Strafen eine solche jedenfalls nicht „unerlässlich“ für die Durchführung der fraglichen Politik ist und deswegen auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon regelmäßig zu unterbleiben hat. Dafür mag aus deutscher Sicht auch sprechen, dass nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG Art. 83 Abs. 2 AEUV verfassungskonform „eng auszulegen“ ist (Rn. 361); erforderlich für eine Strafrechtsharmonisierung sei, dass nachweisbar ein gravierendes Vollzugsdefizit bestehe und diese nur durch Strafandrohung beseitigt werden könne (Rn. 362).

Dass das BVerfG dieses Gebot einer engen Auslegung aus der vermeintlich „gravierenden Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege im Vergleich zur bisher geltenden Rechtslage“ entnehmen will, vermag allerdings nicht zu überzeugen, denn de lege lata steht diese Annexkompetenz zwar nicht im EG-Vertrag, wird aber vom EuGH in inzwischen ständiger Rspr. darin hineingelesen. Aus europäischer Sicht besteht daher im Lichte der Rspr. des EuGH bereits eine Strafrechtsharmonisierungskompetenz in der ersten Säule, von der auch mit der Umweltstrafrechts-Richtlinie vom 19.11. 2008 Gebrauch gemacht worden ist. Dies klingt beim BVerfG nur en passant an, wenn es die Feststellung eines gravierenden Vollzugsdefizits auch – quasi nachträglich, aber im Einklang mit dem Umweltstrafrechts-Urteil des

EuGH – „für die von der europäischen Gerichtsbarkeit bereits angenommene Existenz einer strafrechtlichen Annexzuständigkeit“ verlangt (Rn. 362).

cc) Die „Notbremse“ (Art. 83 Abs. 3 AEUV)

Während aber der Konventsentwurf bei der Strafrechtsanweisung keine nationalen Vetorechte kannte und Art. III-271 Abs. 3 EVV⁴⁴ nur ein aufschiebendes Einspruchsrecht vorgesehen hat, welches zumindest in der Theorie von den anderen EU-Staaten hätte überstimmt werden können, enthält Art. 83 Abs. 3 AEUV nunmehr ein „hartes“ suspensives Vetorecht,⁴⁵ das – wenn der sein Veto einlegende Staat davon nicht abzubringen ist – einer für alle EU-Mitgliedstaaten verbindlichen Anweisung zur Strafgesetzgebung sowohl auf dem Gebiet der – traditionell gesprochen – ersten als auch dritten Säule entgegen steht; für Strafrechtsanweisungen aufgrund von Art. 83 Abs. 1 AEUV ist dieses Vetorecht nichts neues, gilt doch bisher für eine Strafrechtsharmonisierung mittels Rahmenbeschlüssen ohnehin das Einstimmigkeitsprinzip im Rat, so dass jeder Mitgliedstaat durch schlichte Verweigerung der Zustimmung eine Strafrechtsanweisung auf EU-Ebene verhindern kann. Dagegen führt dieses Vetorecht für Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen aufgrund von Art. 83 Abs. 2 AEUV zu einer Änderung des Verfahrensrechts, denn bei einer strafrechtlichen Richtlinie auf dem Gebiet der ersten Säule der EG-Politiken fehlt es derzeit an einer Normierung eines Einstimmigkeitsprinzips oder Vetorechts.

⁴⁴ Art. III-271 EVV: (3) Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass der Entwurf eines Europäischen Rahmengesetzes nach den Abs. 1 oder 2 grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann das Mitglied beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das Verfahren nach Art. III-396, sofern es anwendbar ist, ausgesetzt. Nach einer Aussprache geht der Europäische Rat binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens wie folgt vor:

a) Er verweist den Entwurf an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des Verfahrens nach Art. III-396, sofern es anwendbar ist, beendet wird, oder

b) er ersucht die Kommission bzw. die Gruppe von Mitgliedstaaten, die den Entwurf vorgelegt hat, um Vorlage eines neuen Entwurfs; in diesem Fall gilt der ursprünglich vorgeschlagene Rechtsakt als nicht erlassen.

(4) Hat der Europäische Rat bis zum Ende des Zeitraums nach Abs. 3 nicht gehandelt oder wurde das Europäische Rahmengesetz nicht binnen zwölf Monaten nach Vorlage eines neuen Entwurfs nach Abs. 3 lit. b erlassen und wünscht mindestens ein Drittel der Mitgliedstaaten, auf der Grundlage des Entwurfs des betreffenden Rahmengesetzes eine Verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, so teilt sie dies dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In diesem Fall gilt die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. I-44 Abs. 2 und Art. III-419 Abs. 1 als erteilt, und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung.

⁴⁵ Satzger (Fn. 10), § 8 Rn. 45.

⁴¹ EuGH, Slg. 2005, I-7879.

⁴² EuGH, JZ 2008, 248 m. Anm. Eisele, JZ 2008, 251; Fromm, ZIS 2008, 168.

⁴³ Hecker, Iurratio 2009, 81 (84).

Art. 83 Abs. 3 AEUV hat folgenden Wortlaut: „(3) Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass ein Entwurf einer Richtlinie nach den Absätzen 1 und 2 grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann es beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Nach einer Aussprache verweist der Europäische Rat im Falle eines Einvernehmens den Entwurf binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet wird.“

Sofern kein Einvernehmen besteht, mindestens neun Mitgliedstaaten aber eine verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer Richtlinie begründen möchten, teilen diese Mitgliedstaaten dies binnen derselben Frist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In einem solchen Fall gilt die Ermächtigung zur Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 Abs. 2 EUV und Art. 329 Abs. 1 AEUV als gewährt und es finden die Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit Anwendung.“

Im Schrifttum wird dieses suspensive Vetorecht jedes EU-Mitgliedstaates gegen einen Rechtsakt auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrenrechts zumeist als „Notbremse“ („emergency brake“) bezeichnet⁴⁶ und auch als eine solche verstanden; nicht jeder europäische Strafrechtsakt soll letztlich am bloßen Unwillen zur Zustimmung aller Mitgliedstaaten zu scheitern verurteilt sein. Dafür spricht einerseits die strukturelle Umkehr vom Einstimmigkeitsprinzip (in der dritten Säule) zum grundsätzlich geltenden Mehrheitsprinzip; das Vetorecht wird damit strukturell zu einer Ausnahme, die immerhin von dem betreffenden Staat aktiv geltend gemacht werden muss, so dass das bloße Unterlassen der Zustimmung nicht (mehr) ausreichen kann. Das wird noch unterstrichen dadurch, dass Art. 83 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV den Gebrauch dieses Instruments inhaltlich von der Voraussetzung abhängig machen, dass der sein Veto einlegende Mitgliedstaat der Auffassung ist, der streitige Entwurf einer strafrechtlichen Richtlinie würde „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren“. Dass andere Mitgliedstaaten oder EU-Organen diese Auffassung teilen, ist freilich nicht erforderlich; dem Mitgliedstaat kommt damit – wie auch der Konjunktiv („würde“) anzeigt – auch eine nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative zu. Völlig grundlos darf das Veto jedoch nicht eingelegt werden; ob man allerdings von Europarechtswegen eine Begründung fordern muss, erscheint fraglich, da der das Veto einlegende Staat ja nur der Auffassung sein muss, dass grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt würden. Auch ein ohne Begründung eingelegtes Veto bringt daher grundsätzlich einen von der erforderlichen Mehrheit im Rat getragenen Rechtsakt auf dem Gebiet des Strafrechts zu Fall; etwas anderes könnte nur gelten, wenn der betreffende Staat zum Ausdruck bringt, dass er das Veto allein aus anderen als den in Art. 83 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV genannten Gründen

einlegt – etwa um die Arbeit in Brüssel generell zu blockieren oder um dadurch einen politischen „Kuhhandel“ zu erreichen.

Der Unterschied zwischen einer verweigerten Zustimmung zu einem Rechtsakt und zur Einlegung eines nur unter bestimmten Kautelen zulässigen Vetos dagegen ist dabei weniger ein juristischer, kann doch in beiden Fällen der dissentierende Mitgliedstaat eigenmächtig den Rechtsakt zu Fall bringen, sondern vor allem ein politischer; die Einlegung eines Vetos dürfte regelmäßig in der diplomatischen Szene Brüssels, aber auch in der zukünftig gestärkten europäischen Öffentlichkeit höhere Wellen schlagen als die bloße (temporäre) Unwilligkeit, einen Rechtsakt aktiv mit zu tragen. Die Entwicklung dieses Vetorechts seit dem Konventsentwurf macht zwar deutlich, dass die EU-Mitgliedstaaten letztlich doch ihre Strafrechtspflege notfalls vor Eingriffen aus Brüssel abschirmen wollen, nicht aber, dass es auch zukünftig stets um einen Konsens aller im Rat versammelten Regierungsvertreter gehen muss.⁴⁷

Auch wenn die „Auffassung“ des das Veto einlegenden Staates letztlich nicht überprüfbar ist, sollte man sich doch überlegen, was – insbesondere auch aus deutscher Sicht – die ggf. zu schützenden „grundlegenden Aspekte der Strafrechtsordnung“ sein könnten. „Grundlegende Aspekte“ sind schwerlich nur solche, die nach nationalem Recht Verfassungsrang haben. Denkbar wären daher etwa aus deutscher Sicht:

- Rechtsgutprinzip, dem das BVerfG ja bekanntlich in seinem Inzest-Urteil⁴⁸ Verfassungsrang abgesprochen hat,
- Schuldprinzip,⁴⁹ das nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG Auslegungsgrundlage sogar der strafrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen sein soll (Rn. 364),
- Rückwirkungsverbot
- Bestimmtheitsgebot
- Wortlautschränke
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- Strafflosigkeit juristischer Personen.

In anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ließe sich etwa diskutieren über:

- Mindeststrafen
- Lebenslange Freiheitsstrafe
- Verhältnis von Äußerungsdelikten und Strafnormen gegen Fremdenfeindlichkeit zur Meinungs- und Religionsfreiheit
- Verhältnis von Kriminal- und Administrativstrafrecht
- Aufgabe des Einheitstäterprinzips.

⁴⁶ Vgl. nur Sieber, ZStW 121 (2009), 1 (56).

⁴⁷ Sieber, ZStW 121 (2009), 1 (57), spricht denn auch von einer „vor allem auch psychologisch wichtigen [...] Legitimation des harmonisierten Europäischen Strafrechts“.

⁴⁸ BVerfGE 120, 224.

⁴⁹ Zu „nulla poene sine culpa“ bereits BVerfGE 20, 323.

Aber auch nationale kriminalpolitische Grundentscheidungen kommen angesichts der Weite des Begriffs „grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung“ in Betracht; dazu könnte man etwa zählen:

- (Weitgehender) Verzicht auf Fahrlässigkeitsstrafnormen bei Eigentums- und Vermögensdelikten
- Weitgehender Verzicht auf subjektive Zurechnungskriterien zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit wie etwa die „recklessness“ des englischen Rechts⁵⁰
- Stimmigkeit der Strafrahmen insgesamt
- Bestimmte Strafzumessungskonzepte
- Abgrenzung des Allgemeinen und Besonderen Teils, die etwa durch bereichsspezifische AT-Vorgaben zum Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht fraglich werden kann.
- Entscheidungen etwa zur Verwaltungsakzessorität im Umweltstrafrecht etc.
- Abgrenzung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten
- Fehlen einer Strafbarkeit für „fahrlässige Teilnahme“ und Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt
- Politische Entscheidungen zum strafrechtlichen Umgang mit Drogen, Sterbehilfe und Abtreibung
- Zulässigkeit eines strafbefreienden Rücktritts bei EU-rechtlich vorgegebener Versuchsstrafbarkeit bzw. eines verbindlichen Strafausschlusses wegen Tüchtiger Reue trotz Erfüllung aller EU-Strafrechtsvorgaben.
- Strafprozessuale Einstellungsmöglichkeiten gem. §§ 153 ff. StPO trotz Erfüllung EU-weit vorgegebener Straftatbestandsmerkmale.

Wenngleich Art. 83 AEUV auch zukünftig keine Ermächtigung zur europaweiten Entkriminalisierung enthält⁵¹ (sondern nur eine zur Vorgabe von Straftaten und Strafen, mithin zur Kriminalisierung und Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen)⁵², können damit doch nationale Entkriminalisierungskonzepte jedenfalls gegen Brüsseler Kriminalisierungsverpflichtungen verteidigt werden.

Auch wenn dieser unvollständige Katalog möglicher nationaler Grundlagen eines Vetorechts auf den ersten Blick vielleicht nicht so erscheinen mag, so ist doch eines noch einmal zu betonen: Das „neue“ Vetorecht ist als „Notbremse“ gedacht und ausgestaltet und sollte mithin nicht zu einem generellen Blockadeinstrument gegen Mehrheitsentscheidungen im Rat missbraucht werden. Im Lichte des Lissabon-Urteils des BVerfG dient allerdings diese „Notbremse“ primär dazu, die innerstaatlichen Mitwirkungsrechte von Bundestag und Bundesrat zu gewährleisten (Rn. 365).

V. Strafrechtssetzungskompetenzen?

Während dem noch geltenden europäischen Primärrecht nach h.M. keine Kompetenz zur Strafrechtssetzung i.S. einer Schaf-

fung genuin europäischer Straftatbestände⁵³ zu entnehmen ist, könnte sich dies mit dem Vertrag von Lissabon geändert haben, wenngleich auch in den beiden dadurch geschaffenen Vertragswerken eine explizite Zuweisung einer Strafrechtssetzungskompetenz nicht zu finden ist.⁵⁴ Für den Verfassungsvertrag hatte allerdings *Walter* aus Art. III-267 Abs. 2 und III-415 EVV eine Kompetenz zum Erlass unmittelbar geltender europäischer Strafgesetze abgeleitet.⁵⁵ Weil beide Bestimmungen mit Art. 79 Abs. 2 und 325 AEUV mit sprachlichen Änderungen im Vertrag von Lissabon Eingang gefunden haben, scheint es auf den ersten Blick in der Tat so, als könnte die Europäische Union in Zukunft zur Bekämpfung des Menschenhandels sowie zur Bekämpfung von Betrügereien zu ihrem Nachteil unmittelbar EU-weit geltende Strafrechtsnormen durch Verordnung gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV erlassen; immerhin wurde bereits seit Ende der 1990er Jahre ein „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“ erarbeitet.⁵⁶

Die Annahme einer solchen eher angedeuteten, denn explizierten Strafrechtssetzungskompetenz der Europäischen Union wäre allerdings nicht unproblematisch, schon weil ein derart intensiver Eingriff in das auch bei einer Mindestharmonisierung noch fortbestehende Strafrechtssetzungsmonopol der Mitgliedstaaten gleichsam „durch die Hintertür“ fragwürdig erscheinen muss. Dazu kommt, dass zugunsten der Mitgliedstaaten bestehende Notbremsrechte in Art. 82 und 83 AEUV durch außerhalb davon angesiedelte Ermächtigungsgrundlagen ihrerseits „ausgebremst“ werden könnten. Dass für die – in Art. 82 Abs. 1 AEUV vorgesehene – gegenseitige Anerkennung in Strafsachen auch keine einzelstaatliche „Notbremse“ existiert, ist aufgrund der insoweit eindeutigen Fassung von Art. 82 Abs. 3 AEUV hinzunehmen und lässt sich immerhin damit begründen, dass die gegenseitige Anerkennung jedenfalls grundsätzlich einen gegenüber der Mindestharmonisierung minder schweren Eingriff in die nationale Souveränität auf dem Gebiet des Strafrechts darstellt. Dagegen würde die Setzung EU-weit unmittelbar geltenden Strafrechts einen gegenüber der bloßen Strafrechtsanweisung schwereren Eingriff darstellen, weshalb der Verzicht auf eine „Notbremse“ hier kaum erklärbar wäre.

⁵³ Dazu allg. *Klip*, ZStW 117 (2005), 889 (900 ff.); *Perron*, ZStW 112 (2000), 202 (210); *Schwarzburg/Hamdorf*, NStZ 2002, 617 (623).

⁵⁴ *Zöller*, ZIS 2009, 340 (343 f.), verneint eine Strafgesetzgebungskompetenz der EU nach dem Vertrag von Lissabon.

⁵⁵ *Walter*, ZStW 117 (2005), 912.

⁵⁶ Vgl. nur *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998. Dazu *Huber* (Hrsg.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000. – Zur Notwendigkeit eines einheitlichen europäischen Strafrechtsraums zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs zum Nachteil der EU *Valls Prieto*, *El fraude de subvenciones de la Unión Europea*, 2005.

⁵⁰ Dazu *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657.

⁵¹ Theoretisch hierzu *Vogel*, GA 2003, 314 (316). – Dafür plädieren *Braun*, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, 2003, S. 1, und *Albrecht*, ZRP 2004, 1 (3).

⁵² Vgl. nur *Heger* (Fn. 8), S. 73.

1. Zur Bekämpfung des Menschenhandels

Das gilt in besonderem Maße für die Bekämpfung des Menschenhandels, denn hierbei ist – anders als bei der Bekämpfung von Betrügereien zum Nachteil der Europäischen Union – nicht einmal ein originäres EU-Rechtsgut betroffen. Allerdings gibt wohl letztlich der AEUV der Europäischen Union selbst dann keine Kompetenz zur Strafrechtssetzung auf dem Gebiet des Menschenhandels, wenn man eine solche in Art. 79 Abs. 2 AEUV hineinzu lesen vermag. Denn dann ist weiterhin zu beachten, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV den Menschenhandel ausdrücklich als einen Kriminalitätsbereich nennt, für den eine Mindestharmonisierung zulässig ist; Art. 83 Abs. 1 AEUV ist hinsichtlich konkreter strafrechtlicher Kompetenzen der Europäischen Union die gegenüber Art. 79 Abs. 2 AEUV sicherlich speziellere Vorschrift, so dass auf diesem Feld weiterhin nur eine Strafrechtsanweiskompetenz besteht.

2. Zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union

Dagegen erscheint die Annahme einer Strafrechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet des Schutzes der finanziellen Interessen der EU nicht so problematisch, zumindest wenn es zu der in Art. 86 AEUV ermöglichten Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft⁵⁷ kommen sollte, was allerdings angesichts der dafür erforderlichen Einstimmigkeit im Rat (Art. 86 Abs. 1 AEUV) derzeit mehr als fraglich erscheint. Die Europäische Staatsanwaltschaft wäre nämlich in jedem Fall zuständig für die Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union (Art. 86 Abs. 4 AEUV); wenn aber einerseits das geschützte Rechtsgut allein der Europäischen Union zusteht und andererseits die Verfolgung von hiergegen gerichteten Straftaten einer einheitlichen Brüsseler Behörde – eben der Europäischen Staatsanwaltschaft – zusteht, machte es jedenfalls Sinn, wenn diese auf einheitlicher Tatbestandsgrundlage vorgehen könnte und nicht die ggf. unterschiedlichen nationalen Umsetzungsgesetze beachten müsste.

Nach geltendem Europarecht gilt Art. 280 Abs. 4 S. 2 EG als Sperre für jede Strafrechtssetzung oder -anweisung zum Schutz der finanziellen Interessen der EG;⁵⁸ diese Ansicht teilt der EuGH anscheinend im Umweltstrafrechts-Urteil.⁵⁹ Diese Sperrnorm würde mit dem Vertrag von Lissabon gestrichen; in Art. 325 AEUV ist sie ebenso wenig enthalten wie im Verfassungsvertrag. Aufgrund dessen wäre allerdings nach dem Wortlaut von Art. 325 AEUV auch unabhängig

von der Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft eine Strafrechtssetzung der Europäischen Union möglich, soweit diese i.S.v. Art. 325 Abs. 4 AEUV als zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes der finanziellen Interessen der Union erforderliche Maßnahme anzusehen wäre.⁶⁰ Daran bestehen allerdings Zweifel, solange die Verfolgung solcher europäischer (und nicht bloß europäischer) Tatbestände allein den mitgliedstaatlichen Behörden – insbesondere den nationalen Staatsanwaltschaften – obliegt. Die von Art. 325 Abs. 4 AEUV intendierte EU-weit einheitliche Verfolgung von Betrügereien zum Nachteil der Union ließe sich damit eben noch nicht erreichen. Deswegen ist zwar eine Strafrechtssetzungskompetenz zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union mit dem Vertrag von Lissabon nicht ausgeschlossen, setzt aber wohl grundsätzlich die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft voraus. Da letzteres nur einstimmig erfolgen kann, wiegt das Fehlen einer „Notbremse“ in Art. 325 AEUV nicht so schwer, wenngleich wohl gute Gründe dafür sprechen dürften, die in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV für die Strafrechtsharmonisierung geschaffenen „Notrechte“ der EU-Mitgliedstaaten angesichts des verschärften Eingriffs in ihre Souveränität auf Strafrechtssetzungsakte zu übertragen.

VI. Eine Reformbewegung

Ein Blick über die Entwicklung des Europäischen Strafrechts einerseits in den jeweils in Geltung erwachsenen Verträgen von Maastricht über Amsterdam bis Nizza sowie andererseits in die seit Inkrafttreten des Vertrags von Nizza im Frühjahr 2003 ergangenen Reformvorschläge – des Konventsentwurfs für eine Europäische Verfassung vom Juli 2003, des Ende Oktober 2004 unterzeichneten Verfassungsvertrags und des im letzten Dezember angenommenen Vertrags von Lissabon – zeigt eine recht deutliche Tendenz. Unternahm der Vertrag von Maastricht mit der Schaffung zweier intergouvernemental ausgestalteter Säulen der – Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und der Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz (ZBIJ) – noch eher zögerliche erste Schritte auch in Richtung auf eine Europäisierung des Strafrechts, trat diese mit der Konzentration der 3. Säule auf die PJZS im Vertrag von Amsterdam in den Vordergrund, bereits verbunden mit der sog. „Passarelle“-Klausel in Art. 42 EU, welche eine vereinfachte Vergemeinschaftung des Strafrechts auch ohne den Vertrag von Lissabon erlaubt hätte.⁶¹ Der Vertrag von Nizza hat daran nichts Grundsätzliches geändert, nur die Kompetenzen auf strafrechtlichem Gebiet in der dritten Säule geringfügig erweitert. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam sind einerseits zahlreiche Rechtsakte auf dem Gebiet der PJZS angenommen und andererseits wesentliche Ermittlungs- und Koordinierungsorgane geschaf-

⁵⁷ Dazu grundsätzlich Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (KOM [2001] 715 endg.); vgl. Hecker (Fn. 8), § 14 Rn. 37 ff.; Ambos (Fn. 15), § 13 Rn. 23 ff.; Brüner/Spitzer, NStZ 2002, 393 und 2003, 113; Radtke, GA 2004, 1.

⁵⁸ Vgl. dazu nur Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004, und ZIS 2007, 26; Rosenau, ZIS 2008, 9.

⁵⁹ EuGH, Slg. 2005, I-7879.

⁶⁰ Vgl. Hecker, IurRatio 2009, 81 (85). – Satzger (Fn. 10), § 8 Rn. 64 sowie KritV 2008, 25 hält lediglich eine Strafrechtsharmonisierung mittels Richtlinien für zulässig.

⁶¹ Vgl. dazu nur Jour-Schröder/Konow, EuZW 2006, 550.

fen worden: Europol⁶², OLAF⁶³, EJM⁶⁴, Eurojust⁶⁵. Mittels Art. 35 EU bekam der EuGH Entscheidungskompetenzen auch in der dritten Säule und damit in Bezug auf das Strafrecht; davon hat er seit dem Gözütok-Urteil im Februar 2003 zu Art. 54 SDÜ⁶⁶ immer wieder Gebrauch gemacht.

Und auch die seither diskutierten Reformverträge ändern an dieser Betonung des Strafrechts nichts. Allesamt zielen sie auf eine Überführung dieses Rechtsgebietes in den EG-Vertrag bzw. dessen Nachfolger – den AEUV – und damit auf eine – traditionell gesprochen – Vergemeinschaftung dieser Materie. Europarechtlich stehen damit die Wirtschaftspolitik und das Strafrecht auf Augenhöhe – das unterstreicht den immer wieder – und gerade auch im Vertrag von Lissabon – betonten Parallellauf von Binnenmarkt und Binnenrechtsraum. Die bereits seit Amsterdam in Art. 29 EUV für die dritte Säule grundlegende Zielsetzung der Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird zu einem grundlegenden Postulat der gesamten EU-Politik.

Und wie für die Durchsetzung des Binnenmarktskonzepts in den 1980er Jahren der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung und damit das Herkunftslandprinzip neben die zuvor vor allem betriebene Harmonisierungspolitik getreten ist, gilt seit dem Europäischen Rat von Tampere im Oktober 1999 die gegenseitige Anerkennung auch strafrechtlicher Entscheidungen innerhalb der EU als „Eckstein“ der Etablierung dieses Binnenrechtsraums. Zugleich wird der Rahmen für eine Strafrechtsharmonisierung klarer gezogen. Auch wenn das BVerfG dies jedenfalls missverständlich vor allem als Ausweitung der strafrechtlichen Kompetenzen deutet und deswegen eine durchweg enge Auslegung der Art. 82 und 83 AEUV als allein mit dem Grundgesetz vereinbar ansieht, steht doch mit dem Lissabon-Urteil fest, dass der Ausübung dieser Kompetenzen durch die Europäische Union und damit der Weiterentwicklung des europäischen Strafrechts deutsches Verfassungsrecht nicht entgegensteht.

Schließlich ist – worauf hier nicht weiter eingegangen werden kann – aufgrund der Kombination aus grundsätzlicher Mehrheitsentscheidung in Rat und Parlament verbunden mit einer engeren Einbindung der nationalen Parlamente in die Rechtssetzung auf EU-Ebene sowie der „Notbremse“ der Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV sowohl das demokratische Element bei der europäischen Strafgesetzgebung gestärkt⁶⁷ als auch der Schutz der kulturellen Identität der EU-

Mitgliedstaaten gewahrt. Auch deswegen stellt der Vertrag von Lissabon einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Europarecht dar. Die teilweise harsche Kritik aus Karlsruhe lässt sich daher nur mit dem allgemeinen Unbehagen der Verfassungsrichter gegen eine zunehmende Integration auf EU-Ebene erklären, weniger mit Mängeln am Vertragswerk selbst.

⁶² Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 5 Rn. 61 ff.; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 5 ff.; *Milke*, *Europol und Eurojust*, 2003, S. 45 ff.; *Günther*, *Europol*, 2006.

⁶³ Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 4 Rn. 28 ff.; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 1 ff.; *Weitendorf*, *Die interne Betrugsbekämpfung in den Europäischen Gemeinschaften durch das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF)*, 2007.

⁶⁴ Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 5 Rn. 68; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 23.

⁶⁵ Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 5 Rn. 73 ff.; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 19 ff.; *Milke* (Fn. 62), S. 275 ff.; *Kahlke*, *Eurojust*, 2004.

⁶⁶ EuGH, Slg. 2003, I-1345; dazu *Radtke/Busch*, *NStZ* 2003, 281; *Vogel/Norouzi*, *JuS* 2003, 1059; *Thym*, *NStZ* 2003, 334.

⁶⁷ *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1 (62 f.) – Dazu ausführlich *Meyer*, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, 2009.

Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle

Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?

Von Prof. Dr. Stefan Braum, Luxemburg

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon¹ markiert einen Punkt, von dem aus sich die Gelegenheit bietet, über die Legitimation europäischer Strafrechtsentwicklung aufs Neue und vielleicht anders nachzudenken. Dabei mögen die Erkenntnisinteressen des Strafrechts und seine Kritikperspektive anders gelagert sein als bei klassisch europarechtlichen Annäherungen. Die Würdigung des Urteils ergibt sich so vor dem Hintergrund einer spezifischen strafrechtlichen Situation (I.). Seine Inhalte beziehen sich auch auf eine andauernde Legitimationskrise des Strafrechts in Europa (II.). Es stellt sich für den Strafrechtler die Frage, ob es aber auch einen theoretisch überzeugenden Ausweg aus dieser Krise bietet (III.) und was die Prämissen eines Strafrechts sind, das den Staat hinter sich lässt (IV.)?

I. Einleitung – die strafrechtliche Situation

Im Strafrecht hat man es mit nur scheinbar trivialen Problemen zu tun, die es von anderen Rechtsgebieten doch unterscheidet: am Ende eines Verfahrens droht die Strafe, während eines Verfahrens werden Zwangsmittel angeordnet, wird kontrolliert und überwacht, wird in das Innerste bürgerlicher Rechte eingegriffen. Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden²: dieser Satz enthält ein unverzichtbares Element des Rechtsbegriffs selbst, er beschreibt zugleich aber auch die strafrechtliche Situation, die es zu berücksichtigen gilt, fragt man nach der Legitimation dieses Zwangs. Auch in anderen Rechtsgebieten mögen Bürger hoheitlichem Zwang unterworfen sein. Allein im Strafrecht aber kann entschieden werden, ob und inwieweit ein Bürger vereinzelt machtvollen Staat und strafender Gesellschaft gegenüber steht. Besonders durch das Strafrecht wird es möglich, über Einbeziehung oder Ausschluss aus einer politischen Gemeinschaft zu entscheiden – manche wollen den Straftäter gar als einen „Feind“ exkludieren.³ Jedenfalls enthält das Strafrecht vom Anfangsverdacht bis zum Urteil und seiner Vollstreckung ein diskreditierendes Label, ein Unwerturteil, das einen Menschen existentiell als Person in ihrer Würde und mit all ihren Freiheiten zu vernichten droht. Das ist kein Soap-Drama, sondern die alltägliche Praxis aktiver Kriminaljustizsysteme, wie sie

von den Beteiligten eines Strafverfahrens und gegebenenfalls beim Vollzug der Strafe gemeinsam erfahren wird.

Warum diese scheinbar themenferne Vorbemerkung? Sie soll einen Ausgangspunkt erklären, eine Perspektive benennen, von der aus Legitimationsprobleme modernen Rechts betrachtet werden können und vielleicht müssen. Wenn am Beginn, während oder am Ende eines Strafprozesses Rechtspersonen in ihrer zerbrechlichen Existenz beschädigt werden können, dann bedarf es dazu ganz besonderer Gründe. Legitimation von Strafrecht und Strafe, die Implementation des gewählten Legitimationsmodells in die Anwendung und den Vollzug des Rechts sowie das Einklagen dieser Legitimation gegenüber kraftvoller Kriminalpolitik sind die Wege, auf denen in strafrechtsspezifischer Weise nach diesen Gründen gesucht und um sie gestritten wird. Kein anderes Rechtsgebiet kann dem Strafrecht diese Aufgabe abnehmen. Zudem können andere Rechtsgebiete bei dieser Aufgabe zwar hilfreich, mitunter aber auch schlechte Berater sein. Legitimation von Strafrecht und Strafe und deren Implementation in die Praxis des Kriminaljustizsystems ist das kritische Proprium der Strafrechtswissenschaft.⁴

Seit nun über zehn Jahren vollzieht sich die Entwicklung europäischen Strafrechts überwiegend uneingedenk dieser strafrechtlichen Situation.⁵ Das Strafrecht wird unter die Gegenstände des Europarechts gemischt und mit dessen Augen betrachtet. Das ist verständlich, aber auch einseitig. Es ist zudem Strategie europäischer Politik, die sich europäischer Integration verschreibt. Das ist loblich, aber auch gefährlich. Am Ende könnte deutlich werden: Das europäische Strafrecht, das sich im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle befindet, wird seines kritischen Propriums bedürfen, um sein Kernproblem des potentiell machtvollen und zerstörerischen Rechtszwangs immer wieder zu bewältigen.

II. Europäische Strafrechtsentwicklung – eine permanente Legitimationskrise

Die Legitimationskrise des europäischen Strafrechts zeigt sich gleich in mehreren Bereichen. Das materielle Strafrecht bildet selektive Interessen ab und reagiert punktuell auf Steuerungsprobleme mit Kriminalisierung. Dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung fehlt es an normativer Kraft, die Verbindlichkeit des Strafprozessrechts erodiert und verliert sich in Informalisierung.

1. Materielles Strafrecht: Fehlende Grenzen

Infolge europäischer Rechtsakte sah sich der nationale Strafgesetzgeber verpflichtet, das materielle Strafrecht kräftig auszubauen.⁶ Im Wirtschaftsstrafrecht etwa bei der Geldwä-

¹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08.

² Kant, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften, Bd. 6, Metaphysik der Sitten, 1914, S. 231. An der Stelle heißt es genauer: „[...]“, wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d.i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d.i. recht [...]“.

³ Vgl. Jakobs, ZStW 117 (2005), 841; ders., in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103 (S. 134).

⁴ Vgl. Jakobs (Fn. 3), S. 105 f.

⁵ Vgl. schon Albrecht/Braum, European Law Journal 1999, 293.

⁶ Vgl. zur Geldwäsche Richtlinien 91/308/EWG, 2001/97/EG, 2005/60/EG sowie Rahmenbeschluss des Rates vom 26.6.2001 (ABl. L 182 vom 5.7.2001, S. 1); zum Insiderhandel Richtli-

sche oder im Insiderhandel entstanden neue Straftatbestände, die Betrugsdelikte wurden erweitert, indem Voraussetzungen individueller Zurechnung geschliffen und das Sanktionstabelleau verschärft wurden. Gesetzlichkeit, Schuld und Verhältnismäßigkeit – durchweg zentrale Prinzipien, die das Strafrecht durch Begrenzung legitimieren helfen – gewannen in der europäischen Kriminalpolitik nur marginale Bedeutung. Straftatbestände werden nach wie vor auf nationaler Ebene gemacht, deren Inhalte freilich sind das Produkt ministerialbürokratischer Verhandlungen in EU-Rat und Kommission, die oftmals nur akklamatorisch in Gesetzesform gegossen werden.

Freilich bildet das Gesetz selbst keine Grenze, es bildet politische Ziele nur ab. Eigene Kriterien, was und warum etwas in das Strafrecht gehört, vermag es nicht zu entfalten, da es politikoffen sein soll. Die europäische Kriminalpolitik verschafft sich die Form des Gesetzes, wenn es politisch rechtfertigbar erscheint. Prävention, effektive Verbrechensbekämpfung, Sicherheit bieten die Begründungsfolie für dieses gesetzesoffene Strafrecht. Dass es bei dieser Offenheit keine grausamen Inhalte annehmen darf, ist bestenfalls Ausdruck eines kulturellen und politischen common sense, der theoretisch dürftig begründet bleibt und lose an verfassungsrechtliche Tradition angeknüpft wird.

2. Der Modus gegenseitiger Anerkennung: Fehlende Inhalte

Will man die strafrechtliche Situation näher erklären, so mag man im Prinzip gegenseitiger Anerkennung relevante Perspektivunterschiede erkennen. Gegenseitige Anerkennung als Modus europäischen Rechts enthält das Versprechen von Freiheit, wenn auch im Sinne eines Handelsgeistes, der sich von bürokratischen Hemmnissen ungehindert in Europa Bahn bricht. Gegenseitige Anerkennung im Europarecht ist Freiheitsgewinn. Diese Freiheit ist wohlgeordnet – in den Verträgen und im Sekundärrecht. Als Modus des europäischen Strafrechts meint gegenseitige Anerkennung indes etwas ganz anderes, weil ihre historische Funktion im Strafrecht mitbedacht werden muss und weil ihr aktueller kriminalpolitischer Sinn – der historischen Funktion entsprechend – in der Freiheitsbeschränkung liegt.

Zum Ende des 19. Jahrhunderts hat die Schule der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung um Franz von Liszt den politischen Mehrwert der gegenseitigen Anerkennung erkannt.⁷ Dort ist inhaltlich vorbereitet, was sich heute strukturell auch im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl wieder findet⁸: Wegfall der beiderseitigen Straf-

barkeit⁹, Anerkennung eines fremden Rechtsschutzniveaus¹⁰, das Vertrauen in die Zuverlässigkeit einer staatsfremden Exekutive¹¹. Auch das Ziel war deutlich formuliert: lückenlose Strafverfolgung. Der Mehrwert ergibt sich aus dem historischen Kontext. Gerade eingegangene konstitutionelle Bindungen des Strafrechts konnten auf der Ebene internationaler Rechtshilfe aufgeweicht und erneut gelockert werden. Historisch betrachtet hat das Prinzip gegenseitiger Anerkennung im Strafrecht prä-konstitutionellen Charakter.¹² Diesen Charakter gibt es bis heute nicht vollständig auf. Er erscheint zum Teil nur in anderem Gewand und ist als Informalisierung des Strafprozessrechts verkleidet.

3. Informalisierung: fehlende Verbindlichkeit

Im Institut des Europäischen Haftbefehls fand das Prinzip gegenseitiger Anerkennung bisher seine prominenteste Anwendung. Zu deren Vorteilen zählt, dass die Bewilligungsentscheidung über ein Auslieferungsersuchen eines anderen Staates nicht länger justiziell unkontrolliert zwischen Regierungen ausgehandelt wird, sondern zum Gegenstand unmittelbarer justizieller Kooperation wird.¹³ Jedoch fehlt es an Regeln, die das Verfahren dieser Kooperation hinreichend bestimmen.¹⁴ Artikel 16 des Rahmenbeschlusses¹⁵ enthält das Problem des Mehrfachersuchens, ohne aber eine justizpraktisch wirksame Handlungsanweisung zu vermitteln, wie ein Kompetenzkonflikt zu lösen ist, wie diese Lösung justiziell kontrolliert wird und vor allem, wie Beschuldigtenrechten, etwa dem Anspruch auf rechtliches Gehör, praktisch wirksame Geltung verschafft wird. Mangels präzise kodifizierter Regeln entwickelt das Kriminaljustizsystem systemspezifische Anwendungsroutinen in der Praxis des europäischen Haftbefehls. Potentiellen Kompetenzkonflikten wird durch Aushandeln abgeholfen, der Griff zum Telefonhörer ersetzt den Blick in das Gesetz.¹⁶ Informalisierung des Verfahrens bedeutet derzeit im Rahmen grenzübergreifender Zusammenarbeit den justiziellen Alltag permanenter Fallüberlastung meistern zu können, ohne an tradierte Beschuldigtenrechte notwendig ankoppeln zu müssen.

Manche meinen, das ist gut so! Dabei wird verkannt, dass die Geltung einer Regel nicht nur auf selektive, gar institutionelle Interessen gestützt werden kann, sondern es auf die Verallgemeinerbarkeit ihres Inhalts ankommt. Aus einer

⁹ V. Liszt (Fn. 8), S. 103.

¹⁰ V. Liszt (Fn. 8), S. 97.

¹¹ V. Liszt (Fn. 8), S. 106.

¹² Vgl. näher Braum, GA 2005, 681 (684 ff.).

¹³ Vgl. im Detail Bot, Le Mandat d'Arrêt Européen, 2009, S. 168 ff.

¹⁴ Vgl. ausführlich Unger, Schutzlos ausgeliefert? Der Europäische Haftbefehl, 2005, S. 73 ff.

¹⁵ Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl, ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1.

¹⁶ Vgl. dazu demnächst die Studien zur Evaluation des Prinzips gegenseitiger Anerkennung in der Strafrechtspraxis der Mitgliedstaaten in: Vernimmen-van Tiggelen/Surano/Weyembergh (Hrsg.), The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne, 2009.

nien 89/592/EWG, 2003/6/EG; zum Betrug Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.7.1995, ABl. C 316 vom 27.11.1995 (Art. 1).

⁷ Vgl. v. Liszt, in: Ders., Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 90 ff.

⁸ Im September 1880 legte das „Institut de droit international“ insgesamt 26 Thesen vor – die so genannten „Oxforder Beschlüsse“. Sie enthielten Vorschläge für eine grundlegende Neugestaltung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Siehe „Die Oxforder Beschlüsse des Instituts für Völkerrecht“, abgedruckt als Anhang zu v. Liszt (Fn. 8), S. 123.

strafrechtssituativen Perspektive liegt das legitimatorische Defizit im Modus gegenseitiger Anerkennung, wie er unter anderem im Europäischen Haftbefehl vollzogen wird, im Verlust an Verbindlichkeit von Prozessgesetzen, welche die Prozessbeteiligten mit Rechten und Pflichten ausstattet – mit individuellen Rechten auf Freiräume von öffentlichem Zwang, mit individuellen und öffentlichen Pflichten, diese Freiräume nicht zu verletzen.

Ein faires Strafverfahren bleibt auf diese Verbindlichkeit angewiesen, weil nur es Grenzen setzt und die Prinzipien benennt, nach denen öffentliche Gewalt zum Respekt dieser Grenzen verpflichtet ist. In einem bloß informellen Verfahren geht die Verbindlichkeit des Prozessgesetzes verloren, weil sich Lücken öffnen, in denen öffentliche Gewalt nach praktischem Nutzen agiert und die Gesetzesunterworfenen zum bloßen Objekt einer Verwaltung des praktischen Nutzens degradiert. Reziprozität bleibt so ohne jeden mit Allgemeinheitsanspruch definierten, rechtlich belastbaren Inhalt. Wirklich gemeint ist ein nur strategisches Verhältnis zu beiderseitigem Nutzen der im Kriminaljustizsystem verknüpften Akteure öffentlichen Zwangs. Das aber ist Politik, nicht Recht.

4. „Netzwerk-Strafrecht“

Indes ist die Informalisierung nur ein Anzeichen, das auf einen grundlegenden Wandel des Strafrechts, seiner Funktionen und Systembedingungen hindeutet, der nur in seinem transstaatlichen Zusammenhang zu deuten ist. Schon der Modus gegenseitiger Anerkennung verkörpert in Rahmenbeschluss und EU-Haftbefehlsgesetz einen Zwischenzustand des Strafrechts, das auf einer transstaatlichen Ebene einzelne Elemente des erstmals exklusiv staatlichen Strafrechts – Straftatbestände, Strafverfahrensrecht, Strafvollstreckung – mit tradierten Elementen zwischenstaatlichen Völkerrechts und integriertem EU-Recht verklammert und neu ordnet. Schon in diesem Zustand offener Verfasstheit des Strafrechts bleiben Bürger Europas doch allzu oft schutzlos ausgeliefert.

Die Dynamik europäischer Strafrechtsentwicklung aber ist über diesen Zustand offener Verfasstheit bereits hinweggegangen. Es bilden sich justizielle Netze, in denen Staatsanwaltschaften, Gerichte und Polizei miteinander agieren und grenzübergreifende Verfahren verknüpfen.¹⁷ In gemeinsamen Ermittlungsgruppen werden Ermittlungen über Staaten hinaus geführt.¹⁸ Informationssysteme erheben, speichern und verarbeiten Daten europaweit.¹⁹ Mit Drittstaaten werden Informa-

tionen und Ermittlungsergebnisse ausgetauscht.²⁰ Auf Vorrat gespeicherte Daten lassen sich in ganz Europa abrufen, wo immer ein strafrechtlicher Bedarf behauptet wird.²¹ Schließlich sehen UN-Regelungen und EU-Verordnungen vor, dass das Vermögen mutmaßlich gefährlicher oder verdächtiger Personen vor, während oder nach einem Strafverfahren eingefroren oder konfisziert werden darf.²² Dies alles geschieht auf der Grundlage verbrüchlicher Regeln, die an formelle Rechtsakte – nationale wie europäische – nur lose anknüpfen, deren inhaltlicher Kern aber durch Eigenlogik und systemspezifischen Funktionsbedarf eines sich machtvoll konstituierenden Netzwerk-Strafrechts geriert wird.

„Netzwerk-Strafrecht“ darf dabei nicht als eine gesellschaftstheoretische Vokabel begriffen werden.²³ Es ist vielmehr eine Form öffentlicher Gewalt, die über den Staat hinauswächst, ohne unbedingt in neue politische Einheit und Integration zu münden, sondern sich vielmehr in eine Vielzahl interaktiver Akteure verzweigt. Ein solches Strafrecht scheint auf Zwang gar nicht aus, sondern wird als fürsorglich aktiver Dienstleister umfassender Sozialkontrolle wahrgenommen. Das ist aber nur vordergründig so. Seine Zwangsmöglichkeiten liegen stets auf Halde und sind gegebenenfalls unmittelbares Resultat einer subtilen und klinisch genauen Kontrollaktivität, die sich punktuell, wo es opportun erscheint, entlädt. „Netzwerk-Strafrecht“ hat kein Zentrum, übt Autorität aus, ohne dass diese Autorität selbst in die Pflicht genommen wird. Eingebettet in seine Funktionsregeln weist es eine Diskussion über die Legitimation seiner Aktivität als systemfremd ab und verhindert so, dass die Erosionen der einst unverbrüchlicher Legitimationsprinzipien jedenfalls politisch nicht aufgefangen werden.

Lässt sich diese Spur europäischer Strafrechtsentwicklung noch verwischen, indem sie in das Bilderbuch eines verfassungsrechtlichen Demokratiemodells eingefügt wird?

¹⁷ Eurojust bildet ein Beispiel, vgl. den Beschluss vom 28.2.2002 zur Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (2002/187/JI), ABl. L 63 vom 6.3.2002; vgl. darüber hinaus Gemeinsame Maßnahme vom 29.6.1998 zur Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes (98/428/JI), ABl. L 191 vom 7.7.1998, S. 4; Beschluss des Rates vom 16.12.2008 über das Europäische Justizielle Netz, ABl. L 348 vom 24.12.2008.

¹⁸ Vgl. dazu die Beiträge in Rijken/Vermeulen (Hrsg.), Joint Investigation Teams in the European Union, 2006.

¹⁹ Zu den Problemen des Schengener Informationssystems vgl. *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2004, 97.

²⁰ Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zu Strafverfolgungszwecken CNS (2007) 0237 vom 23.1.2009; Richtlinie 2004/82/EG des Rates vom 29.4.2004 über die Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln [2004] Abl. L261/24; Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records – PNR) und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das United States Department of Homeland Security (DHS) (PNR-Abkommen von 2007) und Schreiben des DHS, ABl. 2007, L204/18.

²¹ Richtlinie 2006/24/EG vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten [...], ABl. L 105/54 vom 13.4.2006.

²² Vgl. etwa VO 467/2001 des Europäischen Rates vom 6.3.2001, ABl. L 67 vom 9.3.2001 und VO (EG) 881/2002, ABl. L 139 vom 29.5.2002: letztere die erstere aufhebend und einschlägig im Fall *Kadi Barakaat*, EuGH, C-402/05 P und C-415/05 P. Siehe dazu *Klip*, *European Criminal Law*, 2009, S. 265 ff.

²³ Instrukтив *Augsberg/Gostomzyk/Viellechner*, *Denken in Netzwerken*, 2009.

III. Europäisches Strafrecht im verfassungsrechtlichen Demokratie- und Rechtsstaatsmodell

1. Strafrecht in geteilter Zuständigkeit

Eine Legitimationsquelle europäischer Strafrechtsentwicklung bildet naturgemäß das Primärrecht der Europäischen Verträge. Der Vertrag von Lissabon könnte den Transformationsprozess, dem das Strafrecht zwischen seinen Polen „verrechtlichtes Strafrecht staatlicher Souveränität“ und „Netzwerk-Strafrecht“ unterworfen ist, noch verstärken, ihn zumindest untermauern. Gemäß Artikel 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 lit. j des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gehört das Strafrecht zu dem Bereich von Zuständigkeiten, die sich Union und Mitgliedstaaten teilen.

Schon in der Anhörung des Europaausschusses des Deutschen Bundestages wurde diese Zuständigkeitsteilung fast einhellig als Problem gesehen.²⁴ Zwar entfällt der klassische Abgrenzungstreit zwischen erstem und drittem Pfeiler und vermögen europäische Rechtsakte im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts so grundsätzlich an konsolidierter Kohärenz zu gewinnen. Es fragt sich aber, für welche strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Inhalte sich eine Unionszuständigkeit ergeben mag und für welche es bei der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bleibt. Hier geht es um politische Gestaltungsmacht. Hier geht es aber auch um die Substanz des Strafrechts, nämlich die Frage, was eigentlich strafwürdig ist und nach welchen Regeln, zu welchem Zweck und unter welchen Bedingungen wir strafen dürfen. Der Vertrag von Lissabon liefert zur Lösung dieser neuen, durchaus inhaltlichen Abgrenzungsfrage wenig eindeutige Kriterien.

So eröffnet Artikel 82 Abs. 2 AEUV unter dem Aspekt der gegenseitigen Anerkennung einen weiten Zugriff auf das Strafprozessrecht. Betroffen sind Kernbereiche: das Beweisrecht (lit. a.), die Stellung der Verfahrensbeteiligten (lit. c) und die Verfahrensgarantien (lit. b). Arti. 82 Abs. 2 lit. d AEUV statuiert eine jener Blankettermächtigungen, nach denen die EU-Organe durch den Vertrag explizit eingeräumte Befugnisse in selbständigem Verfahren erweitern dürfen. Im materiellen Strafrecht beschränkt Artikel 83 Abs. 1 AEUV die Unionszuständigkeit zwar auf einzelne Bereiche schwerer Kriminalität von „grenzüberschreitender Dimension“. Jedoch sind diese so allgemein gefasst, dass sich auch hier ein umfassender Kompetenzrahmen ergibt. Rechtsbegriffe wie „Geldwäsche“ oder „Organisierte Kriminalität“ sind Trojanische Pferde, die den Zugriff auf weite Bereiche des materiellen Strafrechts erlauben, weil sie selbst Straftatbestände in Bezug nehmen, die nur mittelbar grenzübergreifender Natur sind. Auch hier kommt eine Blankettermächtigung nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV hinzu.

Nimmt man allein diese Regeln über die geteilte Zuständigkeit zusammen mit der eingangs beschriebenen strafrechtlichen Situation, folgt daraus das strafrechtsspezifische Problem, dass die angesichts seiner „Netzwerk-Struktur“ zu beo-

bachtenden Legitimationsdefizite zumindest perpetuiert werden könnten und die Frage ist, was die Verträge und was die nationale Verfassung dem entgegensetzen.

2. Strafrecht als Ausdruck einer politischen Gemeinschaft in staatlicher Souveränität?

a) Auf Ewig Staat?

Das Lissabon-Urteil verlegt das Problem der geteilten Zuständigkeit in das Spannungsverhältnis von Art. 38 GG, Art. 23 GG und deren Verhältnis zur Ewigkeitsgarantie nach Art. 79 Abs. 3 GG. Das in Art. 38 Abs. 1 GG garantierte Wahlrecht ist konstitutives Merkmal des Demokratieprinzips, das sich – garantiert durch Art. 20 Abs. 3 – zugleich als Bestandteil der verfassungsrechtlichen Ewigkeitsgarantie darstellt.²⁵ Daraus folgt für das Bundesverfassungsgericht auch, dass eine in einem Staat politisch verfasste Mehrheit von Bürgern, die Ausübung des Demokratieprinzips nicht grenzenlos auf eine transstaatliche politische Gewalt übertragen kann.²⁶

Zugleich aber ist das Grundgesetz auch eine Verfassung des offenen Staates. Art. 23 GG verpflichtet die Verfassungsorgane zu europäischer und internationaler Integration.²⁷ Das Grundgesetz enthält also Europarechtsfreundlichkeit und demokratische Verfassungsidentität als zwei Elemente verfassungsrechtlicher Handlungsanweisung, die es auszubalancieren gilt.²⁸ Was aber meint demokratische Verfassungsidentität?

Demokratie setzt freie und gleiche Teilhabe der Bürger an der öffentlichen Gewalt voraus. Gesetze sind also nur dann legitim, wenn sie im Wege der Selbstgesetzgebung erlassen wurden und Ausdruck eines unter Freien und Gleichen gebildeten, allgemeinen politischen Willens sind.²⁹ Nur eine solche nach Freiheitskriterien erfolgte politische Willensbildung verschafft politischen Entscheidungen in Legislative und Exekutive, wenn sie mehrheitlich getroffen werden, auch verbindliche Geltung. Politische Herrschaft ist notwendig Gesetzesherrschaft durch das Volk, das sich dem, nach verbindlichen prozeduralen Kriterien bestimmten Willen einer Mehrheit auf immer wieder erneuerbare Weise unterwirft.³⁰ Jedoch ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur die Möglichkeit zur politischen Teilhabe an öffentlicher Gewalt selbst dem Mehrheitswillen entzogen und daher unverfügbar, sondern auch die Organisationsform, die jene Teilhabe traditionell ermöglicht³¹: der souveräne Staat, interpretiert nicht als Mythos oder Endzweck, sondern als politisch verfasste Gemeinschaft, die historisch und kulturell zusammengewachsen ist und sich globaler Anerkennung erfreut. Das Demokratieprinzip wird zum unverfügbaren Modus einer als politische Gemeinschaft gedachten, kulturell

²⁴ Deutscher Bundestag, Europaausschuss, Expertengespräch zum „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ am 5.3.2008.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 216.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 228.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 224.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 224.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 210.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 213.

³¹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 216.

integrierten und nur daher souveränen Einheit.³² Das zeugt von staatsferner Staatsnähe. Die Nähe ist dabei das Problem.

Aus dem der Ewigkeit verschriebenen Souveränitätsbegriff resultiert eine tradierte Ableitung von Rechtsverhältnissen in politischen Mehrebenensystemen. Die Europäische Union ist demnach ein Staatenverbund, dessen Kompetenzen von den Mitgliedstaaten – den eigentlichen Legitimationssubjekten – nur abgeleitet sind.³³ Der offene Verfassungsstaat unterwirft sich keiner fremden Macht, sondern geht mit anderen Mächten eine gegenseitige und gleichberechtigte Bindung mit dem Ziel der Friedenssicherung für alle ein.³⁴ So erweitert er seine politische Gestaltungsmacht zu seinem eigenen und zum allseitigen Nutzen.³⁵ Ausgangspunkt der Legitimation einer Rechtsordnung transstaatlicher Natur bleibt stets der Rechtszustand des modernen Verfassungsstaats. Transstaatliches Recht hat diesen Staat zur notwendigen Quelle und ist danach als Völkerrecht nur in einem äußeren Rahmen denkbar, der das Staatensystem ordnet und verbindliche Regeln für eine politische Gestaltung bietet, die Staatsterritorien und –völker überschreitet und verknüpft. Souveränität aber bleibt „das prägende Prinzip des Völkerrechts“.³⁶

Es mag Zufall sein, dass das Urteil bei seiner Definition der Souveränität unter Einbeziehung des Völkerrechts unter anderem auf einen Kommentar zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen aus dem Jahr 1888 rekurriert, wenn es Souveränität als „völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit“ begreift.³⁷ Vielleicht ungewollt entpuppt die Argumentation aber so einen denkbaren theoretischen wie historischen Hintergrund dieser Definition.

Rechtshilfe in Strafsachen war die Spur internationalen Strafrechts, auf der man den gerade eingegangenen Bindungen nationalstaatlicher Konstitution entkam.³⁸ Die Gestalt politischer Herrschaft sollte daher nicht denselben verfassungsrechtlichen Kriterien unterliegen müssen, wie der als Nation verfasste strafende Staat selbst. Jeder Universalitätsanspruch verlor sich in der politischen Relativität des Völkerrechts. Aber auch umgekehrt galt, dass der Staat sich einer rechtsverbindlichen Kontrolle von außen entzog. „Freiheit“ birgt hier kein Individualrecht, sondern die Freiheit der politischen Systeme, ihre Beziehungen nach Regeln zu ordnen, die nicht primär rechtlich, sondern politisch opportun waren. Argumentiert man mit einem staatlich zentrierten Begriff der Souveränität, so bleibt es über den Staat hinaus nur eine politische Frage, wie weit dieser grenzüberschreitende allgemeinverbindliche Regeln für seine eigene Ordnung akzeptiert und inwiefern er sich daran beteiligt, Machtverhältnisse auf inter-

nationaler Ebene auch rechtlich zu durchdringen.³⁹ Befragt man so die Verfassung auf rechtliche Legitimationskriterien für grenzübergreifende öffentliche Gewalt, landet man am Ende beim wechselhaften Willen politischer Mehrheiten. Das genügt wohl kaum für eine „Befugnis zu zwingen“.

b) Prinzip begrenzter Ermächtigung – die „Befugnis zu zwingen“?

Der Staatenverbund kann durch den souveränen offenen Staat grundsätzlich zum Zwang ermächtigt werden.⁴⁰ Das Wirtschaftsstrafrecht zeigt, dass von dieser Ermächtigung in der Vergangenheit Gebrauch gemacht wurde, jedenfalls was die Regeln anbelangt, an die sich staatlicher Zwang anschließen darf. Diese Ermächtigung ist sachlich begrenzt und soll durch ein verfassungsrechtlich abgesichertes Prinzip begrenzter Ermächtigung gewährleistet werden. Schon im Maastricht-Urteil⁴¹ war es Ausdruck der „staatsverfassungsrechtlichen Grundlegung der Unionsgewalt“.⁴² Diese wird zur Rechtssetzung ermächtigt, dabei aber auch verpflichtet, die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten zu respektieren.

Für das Strafrecht bedeutet das Prinzip begrenzter Ermächtigung die Verlängerung des Prinzips der Strafgesetzmäßigkeit in europäisches Recht, jedenfalls in formaler Hinsicht.⁴³ So greift es die Idee der Legitimation durch freie und gleiche Teilhabe an der Gesetzgebung auf und stellt anspruchsvolle Voraussetzungen an den Prozess der politischen Willensbildung. Es begründet eine Legitimationskette zwischen Union und Mitgliedstaat. Weil es besonderer Gründe des Strafes bedarf, ist demokratische Strafgesetzgebung ein deliberatives, auf Partizipation setzendes Projekt. Der Strafgesetzgeber muss sich öffentlich rechtfertigen, müsste empirische Erfahrungen prüfen, sich gegebenenfalls fremder Sachkunde bedienen, normative Vertretbarkeit bedenken und Folgewirkungen reflektieren. Schon auf formaler Ebene würde eine so verstandene Strafgesetzmäßigkeit die Ergebnisse der Strafgesetzgebung als Anwendungsfall praktischer Vernunft sichern. Soweit das Ideal.

In der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts wird diese Begrenzungs- und Kontrollfunktion nur zur Hälfte entfaltet. Das Prinzip ist „Programmsicherung“. Der Programmverlauf ist politisch bestimmt, in seinem Ende nicht präzise vorhersehbar.⁴⁴ Im Prinzip begrenzter Ermächtigung wird der Politik so viel europäischer Spielraum zugestanden, wie das Bundesverfassungsgericht es für rechtlich opportun hält. Was Europas, und was des Staates ist, was demokratisch gestaltbar erscheint, und was immerhin ewig währen soll, ergibt sich in dieser Argumentation nicht aus Rechtsprinzi-

³² BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 224.

³³ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 231.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 220.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 221.

³⁶ Die Formulierung findet sich bei *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 235.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 223.

³⁸ Die politische Verfügbarkeit der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist historisch dokumentiert bei *Grützner*, ZStW 68 (1958), 107.

³⁹ Die politische Anfälligkeit des Auslieferungsrechts verliert sich daher auch unter dem Grundgesetz nicht. Vgl. dazu *Vogler*, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, 1970, insbesondere S. 336 ff.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 226.

⁴¹ BVerfGE 89, 155.

⁴² BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 234.

⁴³ Vgl. dazu *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, 2003, S. 256 ff.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 237.

pien, die allgemeine Gründe gesetzlicher Zuständigkeit angeben können. Inhalte begrenzter Ermächtigung folgen einem vorausgesetzten politisch-kulturellen common sense, wie er der Verfassung nur insinuiert wird.

c) *Strafrecht als Element einer „Kultur der Freiheit“?*

Staatliche Souveränität ist nach dem Urteil anders als in den Staatsmodellen von *Bodin* oder *Hobbes* kein Wert an sich, sondern substantiiert sich als eine politische Gemeinschaft die ihre Lebensverhältnisse in Kooperation mit anderen, aber letztlich eigenverantwortlich gestaltet. So kann das Demokratieprinzip auch dann verletzt sein, wenn sich die Demokratie mit der Übertragung von Kompetenzen ihrer Identität beraubt und eine Kompetenz-Kompetenz auf einer anderen politisch verfassten Ebene entstehen lässt.⁴⁵ Beharrt wird auf einem materiellen Kern demokratischer Souveränität, der dem Kompetenztransfer auf eine andere öffentliche Gewalt Grenzen setzt.⁴⁶

So benennt das Bundesverfassungsgericht die Bereiche politischer Öffentlichkeit, die innerhalb des Mitgliedstaates den demokratischen Prozess für jedermann erlebbar und verständlich machen sollen. Nicht um abstrakte Definition von Staatsaufgaben geht es dabei⁴⁷, sondern um die politischen Essentials öffentlicher Debatte, die derzeit auf europäischer Ebene nach Ansicht vieler mit wenig Bürgernähe geführt werden und es mithin an Akzeptanz fehlen lassen.⁴⁸ Demokratische Souveränität wird durch einen Kern gemeinsam geteilter, gesellschaftlich und kulturell identifizierter Angelegenheiten bestimmt.⁴⁹ Zu diesen wesentlichen Bereichen politischer Gestaltung gehört unter anderem auch das Strafrecht.⁵⁰

Das Prinzip begrenzter Ermächtigung verlangt eine restriktive Auslegung europäischer Strafgesetzbildungskompetenzen.⁵¹ Das ist in der Perspektive der strafrechtlichen Situation eine Schlüsselstelle des Urteils – und eine wichtige Botschaft für die künftige europäische Kriminalpolitik. Eine begrenzte Auslegung europäischer Zuständigkeit in Strafsachen ist oft eingeklagt worden. Oft auch ohne Erfolg. Nun nimmt das Bundesverfassungsgericht diesen restriktiven Ansatz auf und statuiert Kriterien sachlicher Begrenzung. Freilich ergeben sich diese Kriterien nicht zwingend erst aus einem durch Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherten Demokratieprinzip, sondern aus materiellen Prinzipien legitimen Strafrechts, die universell in Europa geteilt werden und nicht nur zum Kulturkreis einer im Staat verfassten politischen Gemeinschaft gehören. Restriktion im europäischen Strafrecht ist richtig und – endlich – geboten, indes muss sie auch von

Gründen getragen werden, die einen Rechtsgrund restriktiver Interpretation enthalten.

Beim Strafrecht zeigt sich, dass der Vertrag von Lissabon durchaus auf der verfassungsrechtlichen Kippe stand.⁵² Er entgeht der Verfassungswidrigkeit nur, wenn die Kriterien restriktiver Interpretation ernst genommen werden.⁵³ Dies gilt sowohl für den Modus gegenseitiger Anerkennung als auch für die vor allem durch den Europäischen Gerichtshof bejahte Annexkompetenz der Europäischen Union in Strafsachen. Im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung genügt es künftig nicht, einfach nur politisch festzustellen, dass ein diesbezüglicher Rechtsakt Straftaten von grenzübergreifender Dimension betrifft. Der europäische Strafgesetzgeber muss diese Dimension anhand der Art und der Auswirkungen einer Straftat empirisch belegen.⁵⁴ Auch die nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts an sich uferlose Annexkompetenz wird an empirische Kriterien geknüpft. Das Strafrecht muss zur Durchsetzung von Zielen des EU-Vertrages geeignet, erforderlich und angemessen in engerem Sinne sein.⁵⁵ Zwar galten diese Kriterien schon in der Vergangenheit, sie blieben aber in der politischen Praxis bloß Formeln ohne Inhalt. Nun verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass ein „gravierendes Vollzugsdefizit“ „nachweisbar feststehen“ muss und „nur durch Strafdrohung beseitigt werden kann“.⁵⁶

Das ist die verfassungsrechtliche, für Europa übersetzte Version des ultima-ratio-Prinzips. Es erfreute sich in der europäischen Kriminalpolitik bisher nur geringen Ansehens. Der Griff zum Strafrecht war prima ratio, wenn es um die Durchsetzung institutioneller Interessen oder um Systemschutz ging. In seinem Urteil zum Umweltstrafrecht⁵⁷ hat der Europäische Gerichtshof ebenso ein Prüfungsprogramm entwickelt, um den Einsatz des Strafrechts auf europäischer Ebene zu begründen und bezieht sich dabei auf die Elemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips.⁵⁸ Indes gewinnt die Anwendung dieses Programms kaum an argumentativer Schärfe, weil das Strafrecht als eines von vielen politischen Gestaltungsmitteln begriffen wird, deren sich die EU bedienen kann.⁵⁹ Den fehlenden Sinn für die Angemessenheit des Strafrechts zur Bewältigung von Steuerungsproblemen angesichts moderner Systemkrisen versucht das Bundesverfassungsgericht zu stiften, indem es Schonung für die „integrationsfeste mitgliedstaatliche Strafkompetenz“ verlangt.⁶⁰ Danach muss der EU-Zugriff auf das Strafrecht differenzierter werden: nicht mehr ganze Deliktsbereiche sollen durch Mindestvorschriften harmonisiert und dem Modus gegenseitiger

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 247 und bezüglich der Flexibilitätsregel nach Art. 352 Abs. 2 AEUV Abs. 328.

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 248.

⁴⁷ Kritisch *Halberstam/Möllers*, German Law Journal Vol. 10, No. 08, 1241 (1249).

⁴⁸ Vgl. auch *Di Fabio* (Fn. 36), S. 233 ff.

⁴⁹ *Di Fabio* (Fn. 36), S. 237.

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 249.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 358.

⁵² BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 361.

⁵³ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 362.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 359.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 362.

⁵⁶ AaO.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03 (Europäische Kommission vs. Europäischer Rat)

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03, Rn. 48.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03, Rn. 43 ff.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363.

Anerkennung unterworfen werden dürfen, sondern nur noch „Tatbestandsvarianten“.⁶¹

So scheint die europäische Strafrechtsentwicklung begrenzt, weil der europäischen Kriminalpolitik zu Recht Begründungspflichten auferlegt werden. Indes erstrecken sich diese Pflichten nur auf die Masse alter und neuer strafrechtlicher Regeln und die Grenzen, nicht aber auf den Grund ihrer Produktion. Im Sinne eines formellen Elements von Strafgesetzlichkeit hängt die demokratische Legitimation eines Rechtsakts von der freien und gleichen Teilhabe von Bürgern ab, die sich in einer politischen Einheit organisieren und sich nur den Gesetzen unterwerfen, die sie für sich selbst auch verantworten, nicht aber von einem Konzept staatlicher Souveränität, das den Staat als politische Gemeinschaft mit spezifisch kulturellen Merkmalen definiert. Dieser Begründung von Demokratie fehlt es im Mehrebenensystem an Verallgemeinerbarkeit und mithin an normativer Akzeptanz. Dagegen versteht das Urteil das Strafrecht als Kulturelement, also als Summe kriminalisierter Verhaltensmuster, die sich aus historischen Erfahrungen, Glaubenstraditionen und den innerhalb einer politischen Gemeinschaft geteilten Wertvorstellungen speisen.⁶² Dabei hat der staatliche souveräne Gesetzgeber einen grundsätzlich weiten Gestaltungsraum, was er unter Strafe stellt.⁶³ Europa soll der nach kulturellen Wertvorstellungen strafenden politischen Gemeinschaft keine Hindernisse in den Weg legen, indem es eigene Strafansprüche formuliert.

Aber warum eigentlich? Wenn in einem begrenzten rechtlichen Rahmen grundsätzlich jedes politische Interesse, das in ordnungsgemäßen Verfahren eine Mehrheit findet und sich in kulturellen Wertemustern widerspiegelt, strafwürdig ist, darf auch jede politische Gemeinschaft solche Interessen formulieren. Das europäische Problem ist, dass die Masse strafrechtlicher Regeln beständig wächst und der Rekurs auf nationale Gestaltungsinteressen keinen Grund angibt, warum das anders sein soll, wenn es doch die Praxis aller ist. Gegenüber der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten lässt sich im Rahmen europäischer Kriminalpolitik nicht geltend machen, dass die demokratischen Prozeduren der EU nicht dem Demokratiemaßstab des Grundgesetzes entsprechen⁶⁴, wenn dieses selbst auf eigene inhaltliche Kriterien von Strafwürdigkeit gerade verzichtet. Aus der Staatszentrierung des Urteils ergibt sich kein Maßstab, der allgemein genug wäre, um das Legitimationsdefizit des „Netzwerk-Strafrechts“ zu beheben. Dennoch folgen aus dem Urteil zum Lissabon-Vertrag erste Gegenmittel, weil die Idee begrenzter Ermächtigung als formal legitimatorisches Prinzip der normativen Ebenenverknüpfung richtig bleibt.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363.

⁶² BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 253 und 363. Vgl. auch *Di Fabio* (Fn. 36), S. 248 f.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363; Ähnlich *Di Fabio* (Fn. 36), S. 249.

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 295.

IV. Prämissen für das „Netzwerk-Strafrecht“

Das beschriebene „Netzwerk-Strafrecht“ ist das Produkt europäischer Strafrechtsentwicklung. Es führt den Staat noch mit, entwickelt aber längst eigene Systemautonomie. Es wurde und wird durch die Akteure der Kriminaljustizsysteme in Europa zu Zwang und Kontrolle ermächtigt, verrechtlicht aber ist es lange nicht. Dazu bedarf es Mechanismen, die an die Verknüpfungspunkte des Netzwerks reichen, ohne gleich an die Konstitutionalisierung eines neuen Bundesstaates zu denken.⁶⁵ Verrechtlichung heißt politische Herrschaft zu domestizieren, ihr die Organisation fairer Verfahren aufzuerlegen und sie an den materiellen Rechtsprinzipien des Freiheitsschutzes zu messen.⁶⁶ Ein paar dieser Mechanismen befinden sich in Sichtweite.

1. Parlamentarische Kontrolle

Der Vertrag von Lissabon bietet mehr parlamentarische Mitwirkungsrechte bei der Gestaltung des europäischen Strafrechts. Nach dem Mitentscheidungsverfahren ist das Europäische Parlament in die europäische Strafgesetzgebung voll einbezogen. Nach Art. 12 lit. b EUV obliegt den nationalen Parlamenten nach dem Subsidiaritätsprinzip die strenge Kontrolle europäischer Kompetenzausübung. Setzt man die Norm mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Bezug, lässt sich Subsidiarität mit Verhältnismäßigkeit koppeln. So kann es künftig schon nach EU-Recht essentielle Aufgabe der nationalen Parlamente sein, den Kriterien des EuGH, wonach das Strafrecht zur Lösung von Politikzielen der Union geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, Leben einzuhauchen.

Da das Bundesverfassungsgericht die demokratischen Prozeduren im Mehrebenensystem ausschließlich auf der Ebene der in staatlicher Souveränität verfassten politischen Gemeinschaft vollständig verankert sieht⁶⁷, genügen diese bloßen Mitwirkungsrechte an der europäischen Strafgesetzgebung nach dessen Auffassung aber nicht.⁶⁸ Die Idee der Selbstgesetzgebung soll nur unter Beteiligung des Deutschen Bundestags wirksam funktionieren. So erfolgt die Verrechtlichung des Netzwerk-Strafrechts zunächst einmal – in selektiver Weise – durch und für seine inneren Bestandteile. Der Gebrauch der Blankettermächtigungen etwa unterliegt dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, weil sie in der Sache einer Kompetenzerweiterung entspricht.⁶⁹ Auch die

⁶⁵ *Kant* lehnt die Weltrepublik vor allem mit dem Argument ab, dass mit der Vereinigung von Staaten „seelenloser Despotismus“ drohe. Vgl. *Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Fn. 2), Bd. 8, Abhandlungen nach 1781, 1923, S. 367. Modern gesprochen steht dahinter die Furcht vor der Entfesselung transstaatlicher Systeme. Die Befürchtung scheint gerechtfertigt. Vgl. dazu auch *Habermas*, in: Ders., Philosophische Texte, Bd. 4, Politische Theorie, 2009, S. 313 (S. 328).

⁶⁶ *Habermas* (Fn. 65), S. 339.

⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 276.

⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 295.

⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363.

„Notbremse“ aus Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 3 AEUV soll nur und aufgrund der Beteiligung des Parlaments gezogen werden dürfen.⁷⁰ Für Deutschland wirkt sie künftig also vor allem dann, wenn der Deutsche Bundestag es verlangt. Schließlich wird auch für den Fall, dass der Bereich des Strafrechts dem allgemeinen Brückenverfahren unterworfen werden soll, so dass das Einstimmigkeitserfordernis durch die Regeln qualifizierter Mehrheit ersetzt wird, der Erlass eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG vorausgesetzt.⁷¹

Was das Urteil als Gebot formuliert, schien bereits zuvor möglich, hätte es eine parlamentarisch geleitete, öffentliche Debattenkultur um das europäische Strafrecht gegeben. Die nun festgelegten Mitwirkungsrechte des Bundestages sind das Resultat justizieller Erfahrungen mit dem Versagen dieser Kultur.⁷² Demokratisches und an Rechtsprinzipien orientiertes Strafrecht setzt die Mitwirkung der nationalen Parlamente als Organe politischer Willensbildung einer Gesellschaft notwendig voraus. Nur das Parlament muss diese Rolle als aktiver Akteur europäischer Rechtssetzung auch annehmen, seine Maßstäbe klar formulieren und öffentlich vertreten.

Wenn es seine Mitwirkungsrechte inhaltlich begreift, wird sich auch zeigen, dass der Fokus auf die in staatlicher Souveränität verfasste politische Gemeinschaft zu eng und der strafrechtlichen Situation in Europa unangemessen ist. Will man einen rechtlichen Rahmen von Strafgesetzgebung in Europa schaffen, wird es normativ kaum überzeugen, hier ein wenig mehr Kriminalität bekämpfen zu wollen, dort auf nationalen Eigenheiten bei der Kriminalisierung abweichenden Verhaltens zu beharren. Praktisch vernünftige Strafgesetzgebung basiert auf einem Gesamtkonzept, das der Zerbrechlichkeit individueller Rechte gerecht wird. Für dieses Konzept aber bedarf es Diskussionsforen, Debattenarenen, medial sorgfältig vermittelter Kommunikation, mit dem Anspruch, nicht nur kulturell definierte, und daher auch tendenziell in sich abgegrenzte politische Gemeinschaften zu repräsentieren.⁷³ Es muss einen Rechtsrahmen für demokratische Interaktionen geben, will man Konflikte zwischen Gesetzgebungsorganen vermeiden: die nationalen Parlamente werden und müssten sich miteinander verknüpfen, um wiederum mit dem Europäischen Parlament zu interagieren. Interaktiver Parlamentarismus erzeugt den Resonanzboden politischer Öffentlichkeit, den es zur Legitimation von Rechtssetzung braucht. Das Demokratieprinzip verändert sich in Europa. Sein Kern ist Deliberation, die nicht nur auf bloße Teilhabe angelegt ist, sondern darauf, Prozeduren der Selbstgesetzgebung, in denen Rechte als verbindlich geltend anerkannt werden, weil die Träger der politischen Willensbildung in freier und gleicher Weise über sich selbst beschließen, an denjenigen Stellen des Netzwerks zu verankern, wo delibera-

tive Defizite herrschen.⁷⁴ Diese Defizite sind auf allen Ebenen sichtbar, im Staat und bei den Akteuren, die längst über ihn hinausreichen.

Dabei kann man im Übrigen auch auf eine europäische Öffentlichkeit vertrauen. Der politische Resonanzboden ist längst bereit: er speist sich aus europäischem Bewusstsein, aus den geteilten Unrechtserfahrungen des 20. Jahrhunderts, aus der europäischen Aufklärungsphilosophie, aus den alltäglichen Begegnungen von Europäern, die sich weder durch ihre Sprache, noch durch ihre Religion definieren, sondern durch das Glück, sich als Freie und Gleiche in ganz Europa begegnen zu dürfen.

2. Justizielle Kontrolle

Konflikte erscheinen nach dem Karlsruher Urteil aber nicht nur zwischen Parlamenten, sondern vor allem zwischen den obersten Justizorganen möglich. Ein Auslöser dieses Konflikts sind die teils konfligierenden Interpretationen, denen das Prinzip begrenzter Ermächtigung, verstanden als europäisch übersetztes Prinzip der Gesetzlichkeit, unterliegt. Auf europäischer Ebene ist es vorrangig dem Integrationsansatz des Gemeinschaftsrechts verpflichtet, ohne dass es weder theoretisch noch methodisch hinreichend abgesichert wäre. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Fragen der Annexkompetenz fehlt es an Kohärenz seiner Anwendung. Nicht nur die EU-Institutionen selbst sind dadurch verunsichert.⁷⁵ Vermutlich hat das Bundesverfassungsgericht auch diese Judikatur im Blick, wenn es von möglichen Überschreitungen des Prinzips der Einzelermächtigung spricht.⁷⁶ Das Schweigen der *zweiten Kammer* zur Judikatur des EuGH in Kompetenzfragen des Strafrechts ist beredt. Einen unbegrenzten Vorrang des Europarechts, mithin auch von Kompetenzen, die als Annexkompetenzen behauptet werden, gibt es von Verfassungswegen nicht. In der Möglichkeit zur Ultravires-Kontrolle⁷⁷ – diese mag vor allem das Strafrecht eher betreffen als eine Kontrolle der Verfassungsidentität – wird die künftige Möglichkeit zum Kompetenzkonflikt zwischen EuGH und Bundesverfassungsgericht nun offen erklärt. Eine juristische Drohkulisse aus Karlsruhe. Vorsicht ist geboten!

Der EuGH muss sich hinterfragen: seine Rechtsprechung in Strafsachen sollte wohl begründeter, reflektierter, argumentationsstärker und transparenter sein als bisher. Und sie sollte vorab verfassungsrechtliche Folgewirkungen im Blick haben. Letztlich geht es bei der Frage justizieller Kontrolle nicht um den Kampf um Kontrollkompetenz im „Netzwerk-Strafrecht“, sondern darum, wer das in seinen Rechten gefährdete und orientierungslose Individuum vor den Zumutungen öffentlicher Gewalt schützt. Rechtsschutzprobleme im Strafrecht sind grenz- und instanzübergreifend. Anwendungsfälle des europäischen Haftbefehls bieten Beispiele für Justizkommunikation zwischen europäischen und staatlichen Gerichtsinstanzen. Der Europäische Gerichtshof braucht effek-

⁷⁰ BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 365.

⁷¹ BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 366.

⁷² So vor allem im Verfahren zum Gesetz über den Europäischen Haftbefehl, BVerfG, Ur. v. 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04. Vgl. dazu Schorkopf (Hrsg.), *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, 2006.

⁷³ Vgl. Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, S. 117.

⁷⁴ Vgl. dazu *Habermas* (Fn. 65), S. 340 f.

⁷⁵ Vgl. *de Biolley*, in: Braum/Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, S. 309 (S. 311).

⁷⁶ BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 362.

⁷⁷ BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 339 f.

tivere Verfahren, um wachsende Falllast zu bewältigen und Rechtsschutz im Strafrecht zu stiften. Dies muss durch die Reform seines Verfahrensrechts und mit Hilfe strafrechtlicher Fachgerichte am EuGH erfolgen. Art. 257 AEUV öffnet hierfür den Weg. Nationales Verfassungsrecht sollte diesen Weg nicht im Konflikt, sondern in kritischer Kooperation bestärken.

3. Kritische Strafgesetzlichkeit – das „Erna-Problem“

Europa, Staaten, Netzwerke werden von Menschen gemacht. Überall erscheint das triviale Problem der Macht, die mitunter kafkaesk dem Einzelnen entgegentritt. Nehmen wir eine normale Bürgerin irgendeines EU-Landes, nennen wir sie Erna, und entdecken die vielfältigen Möglichkeiten öffentlicher Gewalt, denen sie unterliegt. Erna könnte zum Beispiel eines Steuerdelikts verdächtig werden. Es geschieht das Übliche: staatsanwaltschaftliche Ermittlungen, Anklage, ein Hauptverfahren wird eröffnet.⁷⁸ Plötzlich aber begehrt ein anderer Staat Ernas Auslieferung für eine andere Straftat, die in ihrem Land gar nicht strafbar ist und Justizorgane treten in Verhandlungen über ihre jeweilige Zuständigkeit ein. Erna ist nun Gegenstand von Ermittlungsteams, die irgendwo in Europa gebildet werden, um die gegen sie laufenden Ermittlungen zu koordinieren. Auch OLAF meldet Interesse an Ernas Tun. Dabei werden Daten abgefragt, gespeichert und weiterverarbeitet und für den Fall, dass Erna weitere Straftaten begeht, wird ihr DNA-Profil in ein europäisches Informationssystem eingespeist. Erna kannte ihre vertrauten Staatsanwälte und Richter. Nun aber weiß sie nicht, an welche der für sie abstrakten, aber stets freundlichen Justizinstanzen, sie sich wenden soll und nach welchen Spielregeln das geht. Erna findet es merkwürdig, dass auch ihr Verteidiger es nicht weiß. Während des Verfahrens vermeint der EuGH, dass die Europäische Union zur Durchsetzung des Binnenmarkts und der EG-Finanzpolitik durchaus Erna bestrafen kann, während das deutsche Bundesverfassungsgericht mit Verve die politische Gemeinschaft der deutschen Kulturnation bedroht sieht und den Deutschen Bundestag aufruft, die Notbremse zu ziehen. Erna, die Weltbürgerin, fragt sich: muss das sein?

Das Denken in Souveränitätsbegriffen und Netzwerken riskiert, das Individuum und seine fragile Freiheit aus deren jeweiligen Funktionsbedingungen zu eskamotieren. Die Befugnis zu zwingen aber folgt nur aus einer Rechtsverletzung, einer, die wesentlich für den Schutz individueller Freiheit ist. Auch ein kritischer Begriff von Strafgesetzlichkeit, die vom Bundesverfassungsgericht mit keinem Wort erwähnt wird, begrenzt das Strafrecht auf elementare Rechtsverletzungen und er fordert Verfahren, die für das freie Subjekt beherrschbar sind. Darum geht es in Europa: welche Konzeption von Strafwürdigkeit ist mit dem Prinzip der individuellen Freiheit vereinbar und welche Rechte müssen in einem Verfahren, das ein solches gesetzliches Strafrecht anwendet, notwendig

gewährt werden? Dieses kritische Proprium allgemeinverbindlich und –verständlich zu formulieren, ist Aufgabe kritischer Strafrechtswissenschaft.⁷⁹

Für Erna kommt erst einmal jede Hilfe zu spät: sie wird zu einer kurzen Freiheitsstrafe verurteilt und sie stellt fest, dass die Gitterstäbe ihrer Strafvollzugsanstalt nicht in den Nationalfarben gestrichen sind.

⁷⁸ Weiterreichende Kenntnisse über das Schicksal Ernas im staatlich verfassten Kriminaljustizsystem finden sich bei *Albrecht*, *Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 3. Aufl. 2005, vor allem S. 262.

⁷⁹ Dargelegt von *Naucke*, unter anderem in: *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit*, dargestellt an den Lehren J.P.A. Feuerbachs (1775-1832), Estratto dal Volume Quaderni Fiorentini, Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 36, 2007.

Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun

Von Privatdozent Dr. Hans-Peter Folz, Augsburg

Das Lissabon-Urteil des BVerfG vom 30.6.2009¹ ist aus Sicht der Europarechtswissenschaft vor allem kritisch gewürdigt worden.² In der Tat gibt es durchaus kritikwürdige Punkte in der Urteilsbegründung. Neben der selektiven Quellenauswertung ist es vor allem die Interpretation des Demokratieprinzips als Grundlage des Urteils, die diskussionswürdig ist. Das dort entwickelte Konzept scheint mehr der Demokratietheorie als dem positiven Recht verbunden zu sein und weckt gelegentlich den Zweifel, ob das Grundgesetz selbst immer solch hohen Ansprüchen gerecht werden kann.³

In einer Hinsicht jedoch verdient das Urteil nicht nur Anerkennung sondern es könnte zum Ausgangspunkt einer überfälligen Debatte werden, die europaweit wissenschaftlich, politisch und gesellschaftlich geführt werden müsste. Die Frage, die mit Fortschreiten des Integrationsprozesses immer drängender wird, lautet: Gibt es Politikbereiche, die unter allen Umständen auf der Ebene der Mitgliedstaaten verbleiben müssen, sei es weil die europäische Ebene als ungeeignet angesehen wird oder sei es, dass dieser Politikbereich als unverzichtbar für die Funktionsfähigkeit der nationalen Ebene gilt? Wird diese Frage bejaht, schließt sich das technische Problem an, wie eine solche Integrationsfestigkeit im Rahmen des Primärrechts bewerkstelligt werden kann.

I. Das Verhältnis des Strafrechts zum Europarecht

Das Urteil des BVerfG nennt das Strafrecht als wichtigsten unverfügbaren Bereich, welcher der nationalen Ebene erhalten bleiben muss, um den Mitgliedstaaten ausreichenden Raum zur politischen Gestaltung der Lebensverhältnisse zu ermöglichen.⁴ Angesichts der intensiven Grundrechtseingriffe durch die Strafrechtspflege sei dies ein wesentlicher Raum politischer Gestaltung. Die Entscheidung über die Pönalisierung erfordert besondere demokratische Verantwortung, die nur in beschränktem Maß aus einem europäischen Wertekonsens ableitbar ist. Deshalb sei eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zulässig.⁵

Der Ansatz des BVerfG ist überzeugend und es stellt sich auch aus europarechtlicher Sicht die Frage, welchen Grund es eigentlich für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU im Bereich der Strafrechtspflege gibt. Selbstverständlich gibt

es in einer EU mit 27 Mitgliedstaaten, die sich zu einem Raum des freien Verkehrs von Personen, Waren, Dienstleistungen, Kapital und Ideen entwickelt, immer mehr grenzüberschreitende Sachverhalte, die auch strafrechtliche oder strafprozessuale Probleme aufwerfen.⁶ Soweit es sich um echte grenzüberschreitende Kriminalität handelt, so kann ihr mit einer grenzüberschreitenden intergouvernementalen Zusammenarbeit begegnet werden, wie sie bereits seit Jahrzehnten erfolgreich im Rahmen des Europarates praktiziert wird und wie sie nach noch geltendem Recht in der Dritten Säule der EU angelegt ist.⁷ Es stellt sich die Frage welcher Mehrwert mit der Supranationalisierung von strafrechtlich relevanten Kompetenzen erreicht werden soll.

Aus der Sicht der Europarechtswissenschaft erscheint dies vor allem als eine rechtspolitische und ggf. rechtshistorische Frage. Tritt der Vertrag von Lissabon in Kraft, so stellen sich die üblichen Probleme der Auslegung und Anwendung der dann gegebenen Rechtsgrundlagen. Auch im Übrigen hat sich die rechtspolitische Frage, ob die EU solcher Kompetenzen bedarf, mit der Aufnahme in den Lissaboner Vertrag erledigt. Schließlich ist der Europarechtswissenschaft bewusst, dass jede Vertragsänderung Produkt einer Regierungskonferenz mit 27 Mitgliedstaaten unter Beteiligung der EU-Organen ist. Ein Reformvertrag entsteht in einem Verhandlungsprozess, der von keinem der Beteiligten kontrolliert oder auch nur vorhergesehen werden kann. Dabei spielen rechtsdogmatische Überlegungen eine geringe Rolle.

1. Das Strafrecht in der Rechtsprechung des EuGH

Die Wirkungsweise funktionaler Kompetenzen im Bereich der Rechtsharmonisierung unterscheidet sich maßgeblich von der Kompetenzverteilung im Bundesstaat des GG. Eine weithin unterschätzte Dimension des Integrationsprozesses ist der Effekt der so genannten Negativintegration auf die strafrechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten.⁸ Fällt ein strafrechtliches Verbot in den Anwendungsbereich einer Grundfreiheit, so wird es als grundsätzlich verbotenes Hindernis bei der Verwirklichung dieses Rechts behandelt.⁹ Die Logik dieser Beschränkungsverbote wird vom EuGH zunehmend auch auf nicht-wirtschaftliche Freiheiten übertragen wie die Freizügigkeit der Unionsbürger nach Art. 18 EGV.¹⁰

¹ BVerfG, NJW 2009, 2267.

² *Oppermann*, EuZW 2009, 473; Editorial Comments, CMLRev. 46 (2009), 1023.

³ Dies betrifft insbesondere die in Rn. 281 des Urteils anklingende Vorstellung, nur ein Wahlsystem, das sicherstelle, dass hinter einer parlamentarischen Mehrheit auch eine Mehrheit der Stimmbürger stehe, könne demokratisch sein. Das erscheint angesichts von 5%-Klausel, Grundmandatsklausel und Überhangsmandaten im Bundeswahlgesetz nicht zwingend.

⁴ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 249.

⁵ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 253.

⁶ Vgl. hierzu z.B. das Urteil des EuGH zum Schengener Informationssystem, Urt. v. 31.1.2006 – Rs. C-503/03 (Kommission / Spanien), abgedruckt in: EuGRZ 2006, 54.

⁷ Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – Rs. C-467/04 (Gasparini), abgedruckt in: EuGRZ 2006, 576.

⁸ Zur Wirkungsweise der so genannten Negativintegration vgl. *Folz*, Demokratie und Integration, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen, 1999, S. 343 ff.

⁹ Vgl. z.B. *Folz*, RdJB 2008, 477.

¹⁰ So hat der EuGH am 22.5.2008 entschieden, dass die Gewährung einer Invaliditätsrente für Opfer politischer Verfol-

Die strafrechtliche Beschränkung muss sich an den Maßstäben des Europarechts messen lassen und seine Verhältnismäßigkeit nachweisen. Gelingt dies nicht, ist das Verbot wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unanwendbar. Auf diese Weise wird die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs zu einem Hindernis für die Verwirklichung der ärztlichen Dienstleistungsfreiheit.¹¹ Ähnliches gilt für die Strafbarkeit des Glücksspiels und die grenzüberschreitende Vermittlung von Sportwetten.¹² Der Umfang der Begrenzung der nationalen Handlungsfreiheit durch die Negativintegration lässt sich im Voraus nur sehr schwer abstrakt einschätzen.

Die Begrenzung nationaler Spielräume bei der Ausgestaltung des Strafrechts ist aber nur ein Aspekt der Wirkung funktionaler Kompetenzen. Von ebenso großer Bedeutung ist die Tatsache, dass ein Hindernis grundsätzlich sowohl die Harmonisierungsbedürftigkeit als auch die Harmonisierungsfähigkeit im Rahmen der funktionalen Rechtsgrundlagen wie z.B. Art. 95 EGV auslöst. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen sich nationale Verbote als gerechtfertigt erweisen, da sie dann als Hindernisse fortbestehen. Das Ineinandergreifen von Negativintegration und Positivintegration durch Harmonisierung ist ein Wesensmerkmal des Integrationsprozesses. Trotz des Begriffes der Harmonisierung ist der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der inhaltlichen Gestaltung einer Richtlinie nicht auf ein Interventionsminimum begrenzt. Das Europarecht nimmt bei der Positivintegration die gesamte Breite des politischen Rechtsgüterschutzes für sich in Anspruch. Diese Mechanismen wurden im Rahmen der Wirtschaftsintegration entwickelt.¹³ Die strafrechtlichen Auswirkungen trafen deshalb vor allem hoch spezialisierte Wirtschaftsteilnehmer. Ansatzweise werden sie jedoch mittlerweile auf Rechtsinstitute der Dritten Säule übertragen. So kann es nicht verwundern, dass Generalanwalt Yves Bot in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Wolzenburg vom 24.3.2009 den Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl im Lichte des Strafzwecks der Resozialisierung auslegt, ein Rechtsinstitut dessen Verankerung man im geltenden Gemeinschaftsrecht vergeblich sucht.¹⁴

Die schrittweise Erweiterung der supranationalen Kompetenzen und der entsprechende Verlust nationaler Kompetenzen waren von Anfang an im Wesen des Integrationsprozesses angelegt. Der EuGH hat diesen Prozess unter Berufung auf das *effet utile*-Prinzip nach Kräften gefördert. Der Gerichtshof hat die Interessen der Gemeinschaft wo immer möglich bevorzugt, auch wenn dies auf Kosten der Mitglied-

gung nicht von der Voraussetzung eines Wohnsitzes im Inland abhängig gemacht werden dürfe. Andernfalls werde die Freizügigkeit der Unionsbürger nach Art. 18 EGV in unzulässiger Weise beschränkt. EuGH, Urt. v. 22.5.2008 – Rs. C-499/06 (Nerkowska), noch nicht in Amtlicher Sammlung veröffentlicht.

¹¹ EuGH, Rs. C-159/90 (SPUC / Grogan), Slg. 1991, S. I-4685.

¹² EuGH, Urt. v. 8.9.2009 – Rs. C-42/07 (Bwin International), noch nicht in Amtlicher Sammlung veröffentlicht.

¹³ Folz (Fn. 8), S. 361 ff.

¹⁴ Schlussanträge des GA Yves Bot vom 24.3.2009 in der Rs. C-123/08 Strafverfahren gegen Dominic Wolzenburg, Rn. 64 ff.

staaten ging. Es ist dem Gerichtshof bisher nicht gelungen, ein allgemeines Auslegungsprinzip zu entwickeln, das Rücksicht auf die Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten genommen oder ihre nationale Identität geschützt hätte.¹⁵ Aus der Sicht des Europarechts stellt das Strafrecht dabei keinen schützenswerten Politikbereich dar, dem ein besonderer Eigenwert zukäme. So hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich der Dritten Säule nach Möglichkeit eng ausgelegt und die speziellen Rechtsgrundlagen der Ersten Säule erweitert. In der Rechtsprechung des EuGH lässt sich kein strafrechtlicher Schonungsgrundsatz nachweisen. Nirgendwo wird dies deutlicher als im Urteil zur Nichtigserklärung des Rahmenbeschlusses zum Umweltstrafrecht.¹⁶

2. Der Grundrechtsschutz im Bereich des Strafrechts

Eine nahe liegende Frage wird im Lissabon-Urteil des BVerfG nicht weiter thematisiert. Das BVerfG weist lediglich in allgemeiner Form auf die besondere Bedeutung des Grundrechtsschutzes bei der Strafrechtspflege hin.¹⁷ In der Tat besteht auf keinem anderen Politikbereich ein vergleichbar großes Bedürfnis nach effektivem Grundrechtsschutz. Deshalb erscheint es angemessen zu fragen, ob das Niveau des Grundrechtsschutzes in der Rechtsprechung des EuGH so beschaffen ist, dass man diesem vertrauensvoll Kompetenzen im Bereich der Strafrechtspflege anvertrauen sollte.

Wie bekannt, hat der EuGH ein richterrechtliches System des Grundrechtsschutzes entwickelt, das in Art. 6 Abs. 2 EUV kodifiziert worden ist. Die alltägliche Praxis der Rechtsprechung zeigt jedoch, dass die Berufung auf Grundrechte vor Gemeinschaftsgerichten weitgehend erfolglos bleibt.¹⁸ Dies ist zurzeit noch hinnehmbar, da der Hauptteil der Gesetzgebung der EG das Wirtschaftsrecht betrifft und Wirtschaftsteilnehmern Pflichten auferlegt, die sie in ihrer Berufsfreiheit oder in ihrem Recht auf Eigentum betreffen. Die damit verbundenen Grundrechtseingriffe können dem weiten gesetzgeberischen Ermessens- und Beurteilungsspielraum überlassen und gerechtfertigt werden.

Die Tendenz der Rechtsprechung weist jedoch auch auf dem Gebiet der Strafrechtspflege auf einen unbefriedigenden Standard des Grundrechtsschutzes hin. Im Fall *Advocaten* ist der EuGH der Frage des vorliegenden Gerichts nach der Vereinbarkeit des Europäischen Haftbefehls mit den Grundrechten mit einer richtigen, aber wenig hilfreichen Antwort auf die Frage des gem. Art. 234 EGV vorlegenden Gerichts ausgewichen.¹⁹ Im Fall *Pupino* war der Gerichtshof mehr daran interessiert das Regelungsregime der Dritten Säule demjeni-

¹⁵ Vgl. hierzu Folz, in: Müller-Graff/Selvig (Hrsg.), *The Approach to European Law in Germany and Norway*, 2004, S. 27.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03 (Kommission / Rat; Nichtigserklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht), abgedruckt in NVwZ 2005, 1289.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 365.

¹⁸ Folz, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Deutschlands Rolle in der Europäischen Union*, 2008, S. 273 (S. 282).

¹⁹ EuGH, Urt. v. 3.5.2007 – Rs. C-303/05 (*Advocaten van de Wereld VZW / Leden van de Ministerraad*).

gen des EGV anzugleichen als dem vorliegenden Gericht beim Ausgleich zwischen Opferrechten und dem Grundrecht der Angeklagten auf ein faires Strafverfahren behilflich zu sein.²⁰

Es gibt im übrigen Gebiete, die nicht unmittelbar zur Strafverfolgung gehören, auf denen aber bereits jetzt Gemeinschaftsbehörden ermitteln und nationale Behörden auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse tätig werden.²¹ Die Rechtsprechung zeigt insbesondere im Fall Tillack, wie sich die Verantwortung für Grundrechtseingriffe zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten verflüchtigen kann und allenfalls die Mitgliedstaaten vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte haftbar gemacht werden können.²²

Schließlich finden sich präventive Sanktionsmaßnahmen gegen Terrorismusverdächtige, deren Belastungen durchaus diejenigen von Sanktionen des Strafrechts im eigentlichen Sinne übersteigen können. Auch hier kann der Grundrechtsschutz nicht als besonders effektiv eingeschätzt werden.²³

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der bisherige Grundrechtsschutzstandard des EuGH gerade für den Bereich des Strafrechts nicht verspricht, einen angemessenen Schutz des Individuums sicherzustellen. Hieran würde auch die Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtscharta nichts ändern. Dennoch würde das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon zumindest eine Perspektive für eine Verbesserung des Grundrechtsschutzes bieten. Art. 6 Abs. 2 EUV n.F. enthält nunmehr eine Rechtsgrundlage für einen Beitritt der EU zur EMRK. Ein derartiger Beitritt würde eine unmittelbare externe Kontrolle des EuGH durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auch im Bereich der für die Strafrechtspflege wichtigsten Grundrechte garantieren.²⁴

II. Die Lösung des Bundesverfassungsgerichts

Insgesamt lässt sich die Skepsis des Bundesverfassungsgerichts gegenüber einer unbedenklichen Einräumung von supranationalen Kompetenzen der EU im Bereich der Straf-

²⁰ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03 (Maria Pupino).

²¹ Zur Tätigkeit von OLAF in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte vgl. EG I. Instanz, Urt. v. 8.7.2008 – Rs. T-48/05 (Franchet und Byk / Kommission); hierzu *Niestedt/Boeckmann*, EuZW 2009, 70; vgl. zuletzt Gericht für den öffentlichen Dienst, Urt. v. 28.4.2009 – Verb. Rs. F-5/05 (Violetti u.a. / Kommission) und F-7/05 (Schmit / Kommission).

²² EG I. Instanz, Urt. v. 4.10.2006 – Rs. T-193/04 (Hans-Martin Tillack / Kommission), abgedruckt in: EuGRZ 2006, 585; vgl. die Besprechung von *Wakefield*, CMLRev. 45 (2008), 199; EGMR, Urt. v. 27.11.2007, <http://cmiskp.echr.coe.int/> (Tillack / Belgien); vgl. schließlich FAZ v. 7.1.2009: Belgien schließt den „Fall Tillack“ ab.

²³ Vgl. das Urteil des EG I. Instanz v. 2.9.2009 in den verbundenen Rechtssachen T-37/07 und T-323/07 (Mohamed El Morabit / Rat), in dem das Gericht die Geltung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung im Bereich der Präventivsanktionen verneint.

²⁴ Zur vergleichbaren Regelung des Verfassungsvertrags *Folz*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag*, Handkommentar, 2007, Art. I-9 EVV Rn. 3.

rechtspflege nachvollziehen. Fraglich erscheint, inwiefern die Vorkehrungen, die das BVerfG im Sinn hat, Abhilfe versprechen.

1. Der Grundsatz der strikten Auslegung

Das BVerfG sieht eine Lösung der aufgeworfenen Probleme in der strikten Auslegung der Rechtsgrundlagen. Auch hier betont das BVerfG die besondere Eigenart des (Kern-) Strafrechts als besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum.²⁵ Das Gericht fordert, die Notwendigkeit einer grenzüberschreitenden Dimension in Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV ernst zu nehmen. Eine derartige Notwendigkeit liege nicht bereits vor, wenn die Organe der EU einen dementsprechenden Willen zu handeln gefasst hätten.²⁶

Gleiches gelte für die Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 S. 1 AEUV. Für die Inanspruchnahme dieser Kompetenz müsse nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit bestehe, das nur durch Strafandrohung beseitigt werden könne.²⁷

Schließlich müsse auch der Katalog der Straftaten nach Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV einschränkend ausgelegt werden. So sei darauf zu achten, dass nur die grenzüberschreitende Dimension eines konkreten Straftatbestandes von den europäischen Rahmenvorschriften (sic) angesprochen wird.

Schließlich müsse im gesamten Bereich der Auslegung und Anwendung von Art. 83 AEUV der Schuldgrundsatz gewahrt werden. Dieser gehöre zu der durch Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist.²⁸

2. Die Notbremse nach Art. 83 Abs. 3 AEUV

Angesichts der Bedeutung des Strafrechts können die Rechte der Bundesrepublik im so genannten Notbremseverfahren nach Art. 83 Abs. 3 AEUV nur nach Weisung des Deutschen Bundestages ausgeübt werden. Auch die reine Anwendung der Rechtsgrundlagen des Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV nähere sich in ihrer Bedeutung einer Vertragsänderung an und verlange nach einer entsprechenden Ausübung der Integrationsverantwortung des Gesetzgebers im Rahmen des Notbremseverfahrens.²⁹

3. Die Erweiterung der Katalogtaten nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV

Das BVerfG verlangt bei der Ausübung von Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV, der in der Sache ein besonderes vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren darstellt, ein Gesetz i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 EUV.³⁰

²⁵ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 358.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 359.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 362.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 364.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 365.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 419.

III. Analyse und Kritik

Die Effektivität der Lösungsansätze des BVerfG hängt vor allem von der Bereitschaft des Parlaments ab, die ihm zugewiesene Integrationsverantwortung wahrzunehmen und die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen.

1. Die Integrationsverantwortung des deutschen Gesetzgebers

Am klarsten und eindeutigsten erscheint die Lösung bei der Erweiterung der Katalogtaten nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV. Hier kann ein Beschluss auf europäischer Ebene nicht gefasst werden, ohne dass vorher ein Gesetz zur Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ergangen wäre. § 7 S. 2 des Entwurfs für ein Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG) stellt klar, dass der deutsche Vertreter im Rat einen diesbezüglichen Beschlussvorschlag ablehnen muss, wenn nicht vorher ein Gesetz gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG in Kraft getreten ist.³¹ Eine derartige Regelung verhindert eine Umgehung des Gesetzesvorbehalts durch eine konfliktsscheue Bundesregierung. Diese könnte sich ansonsten im Rat der Stimme enthalten, was gem. Art. 238 Abs. 4 AEUV dem Zustandekommen eines einstimmigen Beschlusses nicht entgegenstünde.

So erfreulich diese Lösung auch gelungen ist, so unwahrscheinlich erscheint, dass der Kompetenzklausel nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV große praktische Bedeutung zukommen wird. Bereits der Anwendungsbereich von Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV mit seinen Katalogtaten deckt weite Bereiche des Strafrechts ab. Vor allem muss aber auf die unabschätzbare Weite der Annexkompetenz hingewiesen werden, welche die meisten in absehbarer Zeit vorstellbaren Rechtsetzungsvorhaben abdecken könnte.

Damit ist bereits die Problematik des Notbremseverfahrens angesprochen. Das BVerfG verlangt hier vom Bundestag die Überwachung der Einhaltung der oben genannten verfassungsrechtlichen Voraussetzungen. Der Bundestag soll deshalb feststellen, ob z.B. bei einem Vorhaben, das auf die Annexkompetenz gem. Art. 83 Abs. 2 AEUV gestützt wird, auch tatsächlich ein gravierendes Vollzugsdefizit vorliegt. Gleiches gilt für die Voraussetzung einer grenzüberschreitenden Dimension bei den Katalogtaten des Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV. Kommt der Bundestag zu diesem Ergebnis, so obliegt es ihm, die Einleitung des Notbremsemechanismus zu verlangen. Gem. § 9 Abs. 1 des Entwurfs zum IntVG muss der deutsche Vertreter im Rat die Befassung des Europäischen Rates gem. Art. 83 Abs. 3 AEUV beantragen, wenn der Bundestag ihn hierzu durch einen Beschluss angewiesen hat. Wie die Gesetzesbegründung festhält, ist die Weisung des Bundestages für den deutschen Vertreter im Rat verbindlich. Die Begründung verweist im übrigen darauf, dass Bundestag und Bundesrat auf das Verhalten der Bundesregierung im

Europäischen Rat durch Stellungnahmen gem. Art. 23 Abs. 3 oder 5 GG Einfluss nehmen können.³²

Indirekt geht hieraus jedoch hervor, dass ohne eine Weisung durch den Bundestag das Rechtsetzungsverfahren auf europäischer Ebene seinen vorgeschriebenen Gang nimmt. Das Notbremseverfahren muss nicht gleichsam automatisch bei jedem auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützten Rechtsetzungsverfahren eingeleitet werden. Dies wirft die Frage auf, welche Rechtsfolgen es hat, wenn der Bundestag seiner Integrationsverantwortung nicht nachkommt. Bereits bisher hat der Bundestag im Gegensatz zum Bundesrat von seinen Mitwirkungsrechten gem. Art. 23 Abs. 3 GG und dem EUZBBG eher zurückhaltend Gebrauch gemacht.³³ Im Übrigen muss auf ein Phänomen hingewiesen werden, das in starkem Kontrast gegenüber der Sorge des BVerfG um eine eng begrenzte Zuständigkeit der EU im Bereich der Staatsrechtspflege steht. Nach der Entscheidung des EuGH zum Rahmenbeschluss Umweltkriminalität hat kein einziger Mitgliedstaat dies als eine Überschreitung der Kompetenzgrenzen gerügt. Stattdessen wurden der Rechtsakt als Richtlinie verabschiedet,³⁴ die erforderliche Kompetenz in Art. 83 Abs. 2 AEUV aufgenommen und damit etwaige Legitimationsmängel geheilt. Die meisten mitgliedstaatlichen Parlamente, einschließlich Bundestag und Bundesrat, haben in ihren innerstaatlichen Verfahren, die der Ratifikation des Lissaboner Vertrages vorausgingen, dieser Lösung zugestimmt.

2. Die Vorgaben des BVerfG für die Interpretation von Art. 83 AEUV

Den geringsten Erfolg versprechen die Vorgaben des BVerfG für eine strikte Interpretation von Art. 83 AEUV. Dies gilt bereits für die Katalogtaten von Art. 83 Abs. 1 AEUV. Hier geht der klare Wortlaut des Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV über die Vorgaben des BVerfG hinaus. Zwar scheint das Verständnis des BVerfG vorzugswürdig, aber es läuft auf eine teleologische Reduktion der Norm hinaus, die aus europarechtlicher Sicht keineswegs zwingend erscheint.

Gleiches gilt für die Vorstellung des BVerfG, ein Regelungsbedarf müsse sich gleichsam empirisch nachweisen lassen und der Umfang der Regelung müsse sich auf die grenzüberschreitenden Aspekte der Problematik beschränken. Auch wenn das BVerfG ausdrücklich darauf verweist, dass es nicht ausreiche, wenn auf der europäischen Ebene ein dementsprechender Wille bestehe, ist dies aus europäischer Sicht eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens- und Beurteilungsspielraums. Wie der EuGH sowohl bei der Rüge der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 5 Abs. 3 EGV als auch bei der Rüge des Subsidiaritätsprinzips in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, sind dies Fragen, die von der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht überprüft werden,

³² BT-Drs. 16/13923.

³³ Folz, in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissaboner Reformvertrag – Änderungsimpulse in einzelnen Rechts- und Politikbereichen, 2009 (erscheint demnächst), S. 65 (S. 71).

³⁴ Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. 2008 Nr. L 328/28.

³¹ Entwurf eines Gesetzes über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Integrationsverantwortungsgesetz – IntVG), BT-Drs. 16/13923.

außer in klaren – und deshalb nicht vorkommenden – Missbrauchsfällen.³⁵ Wenn das BVerfG vom EuGH erwartet, im Bereich des Strafrechts eine strikte Interpretation vorzunehmen, welche die Handlungsfähigkeit der EU beschränkt, so läuft das auf einen Bruch mit der ständigen Rechtsprechung hinaus.

Auch hier stellt sich die Frage, welche Konsequenz eine Nichteinhaltung der Vorgaben des BVerfG haben sollte. Dabei muss darauf hingewiesen werden, dass das BVerfG bereits früher dem EuGH eine einzelstaatliche ultra vires-Kontrolle und eine Kontrolle des Grundrechtsschutzes in Aussicht gestellt hatte.³⁶ Erstere hat das BVerfG bisher nicht ausgeübt und letztere im Beschluss zur Bananenmarktordnung so weit zurückgenommen, dass die Glaubwürdigkeit des BVerfG selbst gelitten hat.³⁷ Ob die Vorgaben des BVerfG im Lissabon-Urteil Erfolg haben werden, wird auch von der Bereitschaft des BVerfG abhängen, einem Konflikt mit dem EuGH nicht auszuweichen.

3. Das Lissabon-Urteil des BVerfG als Ausgangspunkt einer Debatte um nationale Reservatrechte

Auch wenn das Lissabon-Urteil des BVerfG im Bereich des Strafrechts vielleicht nicht in der Lage sein wird, alle Hoffnungen zu erfüllen, die es geweckt hat, könnte es zum Ausgangspunkt einer überfälligen Debatte werden. Wie eingangs angesprochen, ist die Frage legitim, ob es bestimmte Bereiche gibt, die den Mitgliedstaaten verbleiben sollten und die ausdrücklich primärrechtlich vor dem Zugriff der Gemeinschaftsorgane, insbesondere des EuGH geschützt werden sollten. Hier kann es jedoch nicht ausreichen, wenn das Bundesverfassungsgericht diese Bereiche aufgrund abstrakter Erwägungen aus dem Demokratieprinzip ableitet und sie für verfassungsrechtlich unverfügbar erklärt. Am Beispiel des Schuldprinzips und der Menschenwürde lässt sich eine Diskussion vorstellen, die wirklich die Kernpunkte identifiziert, welche die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik ausmachen. Die Wissenschaft wäre dazu aufgefordert, eine überzeugende Abgrenzung zwischen dem Kernstrafrecht und denjenigen Aspekten des strafrechtlichen Systems, die einer supranationalen Regelung zugänglich wären, zu finden. Ein derartiger Prozess muss aber auch in den übrigen Mitgliedstaaten vermittelt werden, um sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede herauszufinden. Dabei muss immer wieder betont werden, dass mit dem Rechtsschutzsystem der EMRK eine einzigartige Leistung der Rechtskultur existiert und gerade im Bereich des Strafrechts für eine Diskussion zwischen den Mitgliedstaaten fruchtbar gemacht werden kann. Am Ende eines solchen Prozesses könnte die Definition

von nationalen Reservatrechten ebenso stehen wie die Rückübertragung nationaler Zuständigkeiten.³⁸

IV. Fazit

Liest man das Urteil des BVerfG, hat man den Eindruck, dass es sich bewusst war, dass seine Lösungsansätze zum Schutz des Strafrechts nicht die erste Wahl waren. Insbesondere die Ausführungen, wonach die Rechtsgrundlagen wegen drohender Uferlosigkeit ebenso wenig mit dem Prinzip einer sachlich bestimmten und nur begrenzten Übertragung von Hoheitsrechten zu vereinbaren ist wie mit dem gebotenen Schutz des demokratisch an die Mehrheitsentscheidung des Volkes rückgebundenen Gesetzgebers,³⁹ deuten darauf hin, dass die Verwerfung des Vertrages als verfassungswidrig die präferierte Lösung gewesen wäre. Insofern könnte die Lösung des BVerfG als Zugeständnis an die politische Realität gewertet werden. Auch wenn diese sich auf Dauer als nicht tragfähig erweisen sollte, erscheint es verfehlt, sie vorschnell als Laune des BVerfG in europäischen Angelegenheiten zu verwerfen. Vielmehr kommt dem BVerfG das Verdienst zu, spät, allerdings vielleicht zu spät, Fragen aufzuwerfen, die zu stellen die deutsche Politik versäumt hat.

³⁵ EuGH, Rs. C-233/94, Deutschland / EP und Rat (Einlagensicherungssysteme), Slg. 1997, I-2405; vgl. auch *Calliess*, in: Ders./Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen (Teil I)*, 2006, Art. I-11 EVV Rn. 66; vgl. zuletzt EuGH, Urt. v. 18.2.2007 – Rs. C-64/05 P (Schweden u. IFAW), Rn 74.

³⁶ BVerfGE 89, 155 (Maastricht).

³⁷ BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung).

³⁸ Zur Aufnahme von Residualkompetenzkatalogen der Mitgliedstaaten in das Primärrecht vgl. *Folz* (Fn. 8), S. 385.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 361.

Intervención delictiva y garantismo penal

A la memoria de Juan Bustos Ramírez

Por Dr. Alex van Weezel, Santiago de Chile*

Juan Bustos dedica un capítulo completo de su impresionante Manual al análisis de las estructuras de autoría y participación. Este análisis se encuentra – al igual que muchos otros en su obra – impregnado del afán por comprender y elaborar dichas estructuras desde una perspectiva garantista. Por esta razón sitúa en el centro de sus reflexiones la función “instructora y garantizadora” del tipo: “el tipo legal tiene como función describir el hecho que contraviene la prohibición (el hecho prohibido), de ese modo la norma puede ser claramente aprehendida por todos los ciudadanos [...]; de otra manera su excesiva extensión (no es necesario contravenir la prohibición, basta poner una condición para ello o tener voluntad criminal), lleva también a diluir la motivación”.¹

En el ámbito de la intervención delictiva, esto implica para Bustos el rechazo de cualquier concepción unitaria o extensiva de la autoría, y la adopción de un “concepto restrictivo de autor”, que en su pluma adquiere los siguientes contornos: “es autor aquel que, reuniendo las exigencias personales objetivas y subjetivas exigidas por el correspondiente tipo legal, realiza el hecho típico”, es decir, “el que con ánimo de lucro dolosamente estafa, el que con ánimo de lucro dolosamente hurta, el funcionario público que dolosamente malversa, etc.”² Por lo tanto, “el concepto de autor no es un problema de la parte general, sino de la parte especial, de cada tipo penal concreto”.³ Por cierto, Bustos advierte que con semejante concepto de autor – que no es otro que el de la antigua teoría formal-objetiva – no se llega muy lejos. La teoría formal-objetiva parece representar el ideal garantista en materia de intervención delictiva – como ocurre con la teoría del dolo en cuanto a los efectos del así llamado „error de prohibición” –, pero fracasa estrepitosamente al contrastarla con la realidad, pues ni el

autor mediato ni, por regla general, el coautor, “realizan” el hecho típico en el sentido formal del tipo legal.⁴

¿Cómo resuelve Bustos esta dificultad? Del mismo modo en que lo hicieron muchos de sus contemporáneos: apelando a una definición “material” de la ejecución o realización del hecho típico, que en el ámbito de los delitos dolosos de comisión recibe el nombre de dominio del hecho.⁵ El problema es que, de entre todas las posibles versiones de la teoría del dominio del hecho,⁶ Bustos parece haber escogido una de las que establece menos exigencias desde el punto de vista de la relación entre la conducta desarrollada por el sujeto y aquella que el tipo formalmente describe. Así, no tiene inconvenientes en calificar como “autor” mediato del homicidio a quien contrata a un sicario,⁷ una conducta que para cualquier concepción más apegada al alcance del tipo legal del homicidio es el prototipo de la inducción accesoría a un hecho principal ajeno. En la misma línea, acepta decididamente y sin mayor cuestionamiento la controvertida “coautoría sucesiva”. Expresado con sus palabras: “Ciertamente, puede haber una coautoría durante una realización del hecho ya iniciado, por ejemplo, con relación a una privación de libertad ilegal, [...] en que el autor responderá entonces por las anteriores agravaciones de carácter material conocidas”.⁸

Independientemente de que se esté de acuerdo con sus conclusiones concretas, es evidente que el planteamiento de Bustos acusa – y, en cierto modo, sufre – la tensión entre el enfoque político-garantista y las limitaciones de la concepción formal. Abandonada esta última en beneficio de

* El autor es doctor en Derecho por la Universidad de Bonn y Profesor del curso de Derecho Penal en la Universidad de Chile.

¹ Bustos, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª ed. Barcelona, 1989, p. 289.

² En la versión del *Manual* aparecida en Bustos, Obras Completas, Bd. 1, Lima, 2004 (aquí: p. 1073), que en el capítulo sobre autoría y participación conserva con variaciones menores el texto de la tercera edición.

³ Bustos (Fn. 2), p. 1074; en el mismo sentido *idem* (Fn.1), p. 285: “no se puede ser autor en abstracto o en general, sino que se es sólo autor de un delito determinado”, y p. 285 *in fine* (y 286): los problemas iniciales para aprehender la autoría mediata se explicarían por la creencia errónea de que la conducta del autor se halla definida en la parte general, cuando en realidad se encuentra descrita en la parte especial respecto de cada tipo en particular.

⁴ En el caso de la teoría del dolo – sobre su propósito garantista cfr. la posiblemente aún no superada exposición en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 17ª ed. 1974, § 59 Rn. 81bis-83a, ocurre que el desconocimiento de la ilicitud de la conducta excusa al que lo sufre, aunque tal desconocimiento haya sido fácilmente evitable para el autor. Una versión particularmente extrema sustenta *Etcheberry*, Derecho Penal, I, 3ª ed. 1998, p. 331 y ss., quien incluso rechaza la punibilidad a título culposo en los casos de error evitable.

⁵ La recepción en Chile se produce principalmente a través del trabajo de Yáñez, “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”, en: Rivacoba (ed.), Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, Valparaíso, 1975, p. 166 y ss. Sobre este trabajo y sobre la evolución de la teoría de la intervención delictiva en Chile resulta fundamental Soto, “La noción de autor en el Código Penal chileno”, GJ N° 68 (1986), p. 13 y ss.

⁶ Ya en 2003 *Schild*, en: Nomos Kommentar zum StGB, § 25 Rn. 18 y ss., 137 y ss., 14ª entrega, al 30.11.2003, explicaba con cierto detalle 19 variantes.

⁷ Bustos (Fn. 1), p. 287; *idem* (Fn.2), p. 1078.

⁸ Bustos (Fn. 1) p. 288; *idem* (Fn. 2), p. 1079.

un concepto “material” de autor, como ha ocurrido en los últimos años en la doctrina⁹ y en la jurisprudencia,¹⁰ la misma tensión se expresa actualmente en el conflicto entre la autorresponsabilidad de cada interviniente y la imputación de un mismo suceso a varias personas. Este conflicto muestra cómo la garantía que debe otorgar el derecho penal al ciudadano no sólo tiene una dimensión relativa al Estado – orientación como defensa ante la arbitrariedad de los órganos estatales revestidos de poder –, sino también una dimensión genuinamente inter-ciudadana: libertad de no ser hecho responsable por expresiones de sentido ajenas.¹¹ Desde el

⁹ Cfr. por ejemplo la crítica de *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed. 2006, p. 665 y ss. a la propuesta de *Freund* en orden a “revitalizar” la teoría formal-objetiva (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed. 2008, § 10 Rn. 35 y ss.); como toda propuesta tributaria de la concepción formal, la de *Freund* termina por dejar un amplio margen a la interpretación que, respecto de cada tipo penal, realice el juez acerca de lo que debe entenderse por “ejecución del hecho”; esto implica hasta cierto punto prescindir de las reglas de intervención contenidas en la parte general y, por otro lado, proporciona escasa orientación a quien está encargado de aplicar el derecho. Para la crítica de la concepción formal véase también y en particular *Cury*, Derecho Penal, 7ª ed. 2005, p. 590 y s.

¹⁰ Entre muchas otras sentencias, utiliza por ejemplo el concepto de “dominio funcional del hecho” (propio de la coautoría) la sentencia dictada por el ministro de fuero con fecha 19.7.2005 en causa Rol N° 2.182-98; similar SCA Santiago de 2.8.2007, en causa Rol N° 14.281 2006, la que – al igual que SCS 21.9.2007, “caso Fujimori” – también acoge la categoría del “dominio organizacional” desarrollada por *Roxin*. Pero la toma de posición más vigorosa de la jurisprudencia en relación con la teoría de la intervención delictiva se encuentra en la S. de 14.9.1999, recaída en causa Rol N° 2.607-99. Después de referirse a la necesidad de contar con una “comprensión previa” de las reglas positivas sobre intervención delictiva, y por tanto de identificar un criterio informador de la regulación, el Supremo Tribunal declara de un modo casi solemne que “en opinión de esta Corte, tal criterio informador fue claramente enunciado por *Hans Welzel*, cuando señaló que la autoría se caracterizaba, en lo esencial, por el dominio final del hecho. Dominio final del hecho significa la capacidad de decidir, en buenas cuentas, acerca de la consumación o no del ilícito, el cual a su vez puede derivar de diversas circunstancias” (cons. 13°). Otra cosa es que alguna jurisprudencia utilice la nomenclatura del dominio del hecho sin comprobar la concurrencia de sus presupuestos en el caso concreto.

¹¹ Una manifestación antigua y clara de esta garantía es el principio de confianza en el tráfico motorizado (en el que puede refugiarse incluso quien actúa excediendo el riesgo permitido): cfr. por ejemplo SCS 6.6.2005 en causa Rol N° 2104-2005, cons. 13°; respecto de otras actividades riesgosas, véase por ejemplo S. de 7.9.2006 del Juzgado de Letras de Puerto Natales en causa Rol N° 24.107, cons. 12°: “Cuando el comportamiento de los humanos se entrelaza, no forma

punto de vista de la teoría de las libertades ciudadanas plasmadas en la Constitución Política, ambas dimensiones son aspectos de la autonomía personal. Por un lado se trata de la dimensión prospectiva de la libertad (¿qué debo evitar?); por el otro, de la determinación retrospectiva de la responsabilidad por las consecuencias (¿qué puede ser considerado como mi obra?). Asumiendo entonces que la autonomía personal es el presupuesto básico de una regulación de la intervención delictiva en el ordenamiento vigente, ¿qué teoría de la intervención delictiva se requiere hoy en Chile para dar realidad al derecho penal? Lo que sigue es un conjunto de apuntes en torno a esta pregunta.

I. Intervención y autorresponsabilidad

El gran problema de la imputación cuando aparecen varias personas vinculadas a un hecho delictivo es el efecto individualizante de la autorresponsabilidad.¹² Las personas no son ruedas ni piezas de un mecanismo, sino en primer lugar sujetos autorresponsables. Ello explica que las concepciones de la autoría que exigen la intervención de propia mano en el hecho típico (dominio funcional, teoría formal-objetiva) sigan siendo atractivas y tengan seguidores, pese a toda la complejidad de las modernas organizaciones.¹³ Estas teorías

parte del rol de una persona controlar de manera permanente a todos los demás, pues no sería posible la división del trabajo, y por ello debe respetarse un *principio de confianza*, basado en la idea que los demás son también responsables”.

¹² Véase *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 1 y ss. (y *passim*): la autorresponsabilidad propia y de los demás no es sólo una cuestión de culpabilidad, sino que tiene incidencia ya en la determinación del alcance del injusto. Un desarrollo detallado de este planteamiento para la teoría de la intervención en *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 58 y ss.; su principio rector es que “la lesión de un bien jurídico (o su puesta en peligro) sólo se puede imputar como obra suya a aquél que, en la cadena infinita de las causas, aparece como el último eslabón que actuó autónomamente” (p. 73).

¹³ Fenomenológicamente interesante *Mansdörfer*, “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo”, en *InDret* 2/2007, p. 3 y ss.; desde la sociología cfr. también *W. Lübbe*, Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1998, p. 121 y ss. Sobre los desafíos para la imputación jurídica en general y con cierto optimismo respecto de formas de responsabilidad colectiva *Teubner*, „Die unsichtbare ‘Cupola’. Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung”, en: *W. Lübbe* (ed.), Kausalität und Zurechnung, 1994, p. 91 y ss. Sobre las dificultades para la teoría de la intervención que provienen del derecho penal de la empresa véanse en la literatura chilena *Hernández*, “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, *REJ* N° 10 (2008), p. 175 y ss., con un valioso desarrollo de las posiciones de garante de los directivos que, sin embargo, restringe en extremo el alcance del principio de confianza (p. 192 y s.); también *Novoa*, “Responsabilidad penal de los órganos directivos de la

no sólo parecen armonizar con el principio de culpabilidad en su comprensión retribucionista, sino que conectan con lo mejor de la tradición filosófica que informa el Código Penal.¹⁴

Una cuestión distinta es que el principio de autorresponsabilidad sea, como quieren Schumann y Renzikowski,¹⁵ el criterio fundamental para distinguir entre autoría y participación, al modo de una prohibición de regreso. Esta pretensión es poco plausible, pues la responsabilidad mancomunada se fundamenta precisamente en la otra cara de la medalla de la autorresponsabilidad, esto es, en la capacidad de la persona para adoptar autónomamente la decisión de tomar parte en un proyecto (delictivo) común. Los intervinientes en un hecho delictivo dejan autónomamente que sus ámbitos de responsabilidad se fundan en una expresión de sentido mancomunada, y ello no se ve alterado por el hecho de que dicha expresión de sentido sea desaprobada por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, que la conducta del último en “mover su mano” para causar el resultado surta el efecto de bloquear la responsabilidad de quienes actuaron antes, es una afirmación que contradice al menos una idea fundamental de la teoría de la imputación: nadie puede excusar su propia infracción al deber argumentando que otros han violado el suyo.¹⁶

empresa”, Actualidad Jurídica N° 18 (2008), p. 431 y ss.: su planteamiento se articula no obstante sobre la distinción naturalista entre conductas activas y omisivas (exigiendo la fundamentación de una posición de garante sólo respecto de esta últimas), y entre las formas de lesión según su estructura causal (inmediatamente lesivas, lesivas a través de una conducta de la víctima, lesivas a través de conductas de terceros, etc.).

¹⁴ Con independencia de la discusión sobre las raíces histórico-jurídicas del Código Penal chileno, es indiscutible que su modelo inmediato, el Código Penal español de 1848/1850, responde al ideal codificador ilustrado: principio de legalidad y orientación preventivo-general próxima a la idea de “coacción psicológica”. Esta filiación teórica es común a las codificaciones más relevantes del siglo 19 y, aunque se restringiera sólo a los dos elementos mencionados, permitiría afirmar una identidad a nivel de los fundamentos del sistema (al respecto *Rosbach*, „Strafrecht und Gesellschaft bei Anselm von Feuerbach”, Forum Historiae Iuris, <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0012rosbach.htm>, consultado el 31.1.09). Sobre la influencia de la codificación austríaca de 1803 a través del Código Penal imperial brasileño, véase *Bravo*, “Bicentenario del Código Penal de Austria: su proyección desde el Danubio a Filipinas”, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N° 26 (2004), p. 115 y ss.; cfr. sin embargo *Matus*, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, Polít. crim. N° 5, 2008, A5-5, p. 6 y s., quien descarta una influencia significativa del Código austríaco de *von Zeiller* en el proceso de codificación chileno.

¹⁵ Fn. 12.

¹⁶ En un sentido similar la crítica de *Kindhäuser*, „Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäter-

Quando aquí se habla de autorresponsabilidad, por lo tanto, no se alude una versión moderna de la antigua prohibición de regreso, sino a la autonomía en la doble dimensión – restrospectiva y prospectiva – expresada más arriba. El principio de la autorresponsabilidad no impide atribuir un mismo hecho a varias personas autónomas – al contrario, lo hace posible –, pero llama enfáticamente la atención sobre la necesidad de fundamentar dicha atribución en buenas razones, y a la vez precisa que las razones son buenas sólo cuando permiten comprender el hecho como expresión de la autonomía personal de cada interviniente.¹⁷ Incluso prescindiendo de consideraciones ulteriores, es algo muy serio imputar a una persona lo que materialmente ha sido realizado por otra, y afirmar con ello que el hecho total es la expresión de un sentido que ambas han realizado en forma mancomunada. Por ejemplo, es muy distinto imputar a la pedrada de un sujeto la destrucción de una ventana, que imputar a los cien manifestantes conjuntamente la destrucción de todos los ventanales de una fachada de cristal.¹⁸ De la misma manera, decir que existe un “autor

schafft”, en: J. Bohnert (ed.), Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, p. 627 y ss. (644 y s.). Sin embargo, *Kindhäuser* basa la responsabilidad de los coautores en una relación de “representación recíproca”, la cual exige una decisión común de ejecutar el hecho (p. 650).

¹⁷ Se trata, por lo tanto, de un plano diverso de aquel en que opera el derecho civil, que se ocupa de encontrar una regla razonable para distribuir la satisfacción de las necesidades de indemnización de los perjuicios. Así, en la llamada responsabilidad “por el hecho ajeno” (arts. 2320 y 2322 del Código Civil chileno) la obligación de indemnizar nada tiene que ver con la responsabilidad mancomunada por un hecho, pues la norma no establece un deber de evitar cierta conducta y ni siquiera un deber de vigilancia (por lo tanto, menos aun establece un deber común), sino únicamente una obligación de indemnizar los perjuicios que ha provocado el hecho de un tercero. Una obligación semejante puede afectar a varias personas, pero incluso aunque la ejecución por parte de una de ellas aproveche a las demás, la norma de conducta civil no se refiere a la evitación del hecho ilícito, sino sólo a la obligación de indemnizar, y por eso puede perfectamente recaer sobre una persona que carece de toda vinculación con el hecho mismo. Por la misma razón – se trata de la indemnidad –, también cuando se piden y obtienen del juez civil medidas conducentes a “hacer cesar el daño”, ello es consecuencia del derecho que tiene la víctima a ser *restituida en naturaleza* a la condición anterior al ilícito (cfr. *Barros*, Tratado de responsabilidad extracontractual, 2007, p. 877).

¹⁸ Los efectos de la atribución mancomunada son muchos: se imputa a unos lo que aparentemente sólo ha sido causado por otros (los ejecutores materiales), se castigan conductas que tienen lugar antes del comienzo de la tentativa (inducción, algunas formas de complicidad), se castigan conductas que en sí mismas ni siquiera alcanzan a ser una tentativa inidónea (como “no hacer nada” en el contexto de un delito activo), se consideran típicas conductas que no calzan con la descripción de los tipos legales de la parte especial, etc. Cfr. también

detrás del autor” está lejos de ser una afirmación poco problemática, pues, vistas las cosas desde la perspectiva de la autorresponsabilidad, ¿qué significa en realidad “detrás”?¹⁹

Los intentos de fundamentación de la imputación de un hecho a varias personas autorresponsables dan forma a las distintas teorías de la intervención delictiva. A continuación se examinarán los postulados básicos de algunas de ellas, agrupándolos desde el único punto de vista que aquí se considera relevante, a saber, el fundamento que ofrecen para resolver el problema de la autorresponsabilidad. Por lo tanto, sólo se aludirá de un modo tangencial a otros problemas relacionados, como por ejemplo al tópico de que las teorías que consisten en diferentes combinaciones de causalidad y dolo – v.gr. el dominio del hecho – ya no resultan aceptables como respuesta al problema de la actuación conjunta.²⁰

El siguiente ejemplo puede servir al mismo tiempo de “control” y de ayuda en la exposición:

A influye sobre B y C para que éstos cometan un robo que, de no mediar dicha influencia, no habrían cometido. Con este fin, D facilita un arma de su propiedad, de la que B se sirve para apuntar a la víctima mientras C le arrebató la billetera.

¿Es necesario – y si lo es, cómo resulta posible – afirmar que todos o algunos de estos sujetos (A, B, C y D) responden mancomunadamente por “un mismo hecho” (un delito de robo)?

II. Conceptos unitarios de autor

Una primera posibilidad consiste en hacer responsable a cada uno de los agentes por su prestación, independientemente de cualquier distinción sustantiva y, sobre todo, de la conducta de los demás considerada como acción personal: cada uno ha realizado algo contrario al derecho y debe responder de las consecuencias, con independencia de que haya también otros responsables y en qué medida estos otros lo sean. Ésta es la idea central de los conceptos unitarios de autor, que sortean el problema de la autorresponsabilidad por la vía de aislar a los intervinientes, rechazando cualquier imputación recíproca e incluso la consideración de la conducta de los demás como acción personal en la determinación de la responsabilidad del individuo.²¹ Conceptos unitarios hay fundamentalmente de

Cornacchia, „Fahrlässige Mitverantwortung” en: M. Pawlik et al. (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 53 y ss.

¹⁹ Sobre ello *Zaczyk*, „Die ‘Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate’ und der BGH”, *GA* 2006, p. 411 y ss.

²⁰ Para una crítica a la teoría del dominio del hecho véase *van Weezel*, „Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”, en *idem*, *Pena y sentido. Estudios de derecho penal*, Lima, 2009, p. 371 y ss.

²¹ En Chile no han prosperado planteamientos teóricos que asuman una concepción unitaria de la autoría. En cambio, parte de la jurisprudencia y alguna doctrina (cfr. *Cury/Matus*, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, 2002, p. 246 y s.) han sustentado en la práctica un *concepto extensivo* de autor, basándose en una interpretación amplia de los

dos clases: el concepto unitario tradicional, de base causal, y el concepto (si se quiere, moderno), de base normativa. Según el primero, como la imputación es fundamentalmente una constatación de la causalidad (habitualmente con “apellidos”: típicamente relevante, objetivamente imputable, etc.), la relación causal entre la contribución y la producción del resultado típico (o la realización del tipo) fundamenta la imputación. Y como todas las causas son equivalentes desde el punto de vista natural, responden como autores todos los que contribuyeron.²² Este esquema puede considerarse predominante hoy respecto de los delitos imprudentes.²³

El concepto unitario de base normativa, en cambio, parece algo más sofisticado, y sortea el problema de la autorresponsabilidad señalando que cada sujeto ha vulnerado una norma de conducta dirigida personalmente a él: B y C, la del art. 433; A, la del art. 15 N° 2; D, la del art. 16 o la del 15 N° 3.²⁴ Como estas últimas normas hacen implícitamente referencia en el caso concreto al art. 433, se fundamenta de este modo la aplicación de la norma de sanción de este último precepto. Pero A y D no realizan otro injusto que el de

supuestos contenidos en el art. 15 N° 3 CP. Sin embargo, tal interpretación es un cuerpo extraño en el contexto de la historia de la regulación y de la comprensión tradicional de la doctrina, pues antes de que adquiriera fuerza la teoría del dominio del hecho era ampliamente predominante la concepción formal-objetiva de la autoría (*Fernández*, *Código Penal de la República de Chile*, explicado y concordado, Bd. 1, 2ª ed. 1899, p. 128; *Fuensalida*, *Concordancias y comentarios al Código Penal Chileno*, Bd. 1, Lima, 1883, p. 137; *Etcheberry*, *Derecho Penal*, Bd. 2, 1997, p. 85 y ss.; etc.). Sobre el modo de desactivar esta ampliación interpretativa del art. 15 N° 3 en el marco de una teoría objetivo-material, véase especialmente *Yáñez*, „Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”, M. de Rivacoba (ed.), *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Valparaíso, 1975, p. 175 y ss.

²² Cfr. entre otros *Kienapfel*, „Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft”, en: H. Müller-Dietz (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 21 y ss.; una excelente exposición histórica en *Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 149 y ss.

²³ Cfr. *Roxin* (Fn. 9), p. 552 y ss.; *Bustos*, *El delito culposos*, 1995, p. 96 y ss.; *Soto*, „La noción de autor en el Código Penal chileno”, *GJ* N° 68 (1986), p. 13 y s.; *Hernández*, „Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, *REJ* N° 10 (2008), p. 178, con ulteriores referencias. Sobre los numerosos esfuerzos por elaborar un concepto restrictivo de autor en el ámbito de la imprudencia véase últimamente, y con una propuesta propia, el trabajo de *Sánchez-Lázaro*, *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, 2007, p. 43 y ss.

²⁴ Las citas de artículos sin otra especificación corresponden al Código Penal chileno (CP).

inducir a un delito o colaborar en él, y por eso su delito es un “delito de participación”.²⁵

En realidad, las anteriores no son teorías de la intervención delictiva, pues no resuelven el problema de la autorresponsabilidad, sino que lo quitan de en medio: a nadie se le imputa lo que otro hace autorresponsablemente, cada uno responde sólo por su contribución causal o por su propia infracción del deber.

Uno de los problemas más serios del concepto unitario de base causal (existen varios otros: por ejemplo, no explica los delitos especiales, al igual que las teorías de la causación en cuanto al fundamento de punibilidad de la participación) es que no parece compatible con la ley, que quiere distinguir entre las penas que se imponen a los autores y las que se han de imponer a los que se consideran cómplices (A, B y C, por un lado, y D por otro). Todos los esfuerzos encaminados a salvar esta dificultad – sobre todo, los conceptos extensivos de autor – han incurrido en contradicciones, porque implican traicionar la única idea correcta de los conceptos unitarios: que a nivel de imputación no hay diferencias, es decir, que el hecho se imputa o no se imputa a una persona. El problema de las teorías unitarias normativas, por su parte, es que postulan una especie de “delito de participación” al menos respecto de quienes no realizan la conducta típica de propia mano, y esto significa que ya no pueden explicar por qué razón (de fondo, i.e., más allá de la imposibilidad, en caso contrario, de encontrar la pena aplicable) la responsabilidad de los partícipes tendría que estar ligada a la suerte que corra el “hecho principal”. Por ejemplo, no se podría explicar por qué, salvo como condición objetiva de punibilidad, para sancionar a A y a D por inducción y complicidad en un robo habría que esperar a que B y C den inicio a la tentativa del robo. Pues ellos ya hicieron todo lo que tenían que hacer y, a su respecto, el quiebre de la norma ya está perfecto. Desde luego que es posible argumentar razones de conveniencia, pero ellas nada tienen que ver con la teoría subyacente, es decir, ésta no explica una de las principales cosas que debería explicar. Peor aun, pone de cabeza las instituciones en las que ella misma quiere apoyarse: así, en el ejemplo inicial la víctima del robo tendría en rigor derecho a legítima defensa contra el inductor y el cómplice (A y D) en un momento en que todavía carece de tal derecho respecto de los autores (B y C).

Las alternativas a los conceptos unitarios aspiran a resolver efectivamente el problema de la autorresponsabilidad. Pero antes habría que hacer referencia a una posición intermedia, que dice tomar en serio el problema, pero que en definitiva también termina haciéndolo a un lado. Es el caso de las diferentes formas de postular la existencia

de los ya mencionados “autores detrás de los autores”. La esencia de estos planteamientos consiste en que existe una persona “de adelante” que es plenamente responsable, y que realiza inmediatamente el tipo penal, pero además, detrás de ella, existe otro sujeto que, no obstante la autorresponsabilidad del primero, es tan autor como él. Esto puede ocurrir básicamente de dos formas: o bien se le imputa al de atrás lo que hace el de adelante en razón de ciertas consideraciones (básicamente causales, como las probabilísticas) que no afectan a la autorresponsabilidad de este último – planteamientos como los de Roxin y Schroeder lo hacen en forma más o menos limitada;²⁶ el Tribunal Federal alemán, en cambio, lo hace ya casi sin límites²⁷ –, o bien es el legislador quien impone deberes autónomos de supervigilancia respecto de lo que otros hacen y, en caso de que esto último sea delictivo, sanciona con más o menos requisitos al que debió vigilar, pero no por lo que el vigilado hizo, sino por la infracción del deber de vigilancia. En ambos esquemas se prescinde de la autorresponsabilidad: en el primero, por la vía de declararla “cubierta” por la causalidad (una “causalidad cualificada”,²⁸ que usualmente se llama dominio del hecho); en el segundo, dejándola por completo de lado y creando una imputación directa al estilo de las teorías unitarias normativas, y por lo tanto con las mismas debilidades que las afectan, pero esta vez para destilar un “autor” detrás del autor.²⁹

²⁶ Cfr. *Roxin*, Comentario a la sentencia del Tribunal Federal alemán de 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218), „Mittelbare Täterschaft hoher DDR-Funktionäre bei der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze”, JZ 1995, p. 49 y ss.; *F.-C. Schroeder*, „Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis”, JR 1995, p. 177 y ss.

²⁷ Cfr. BGH JR 2004, p. 245 y ss. con nota de *Rotsch*; BGH 5 StR 268/99, UA p. 16 y s. Últimamente sobre esta evolución, entre otros, *Rotsch*, „Der ökonomische Täterbegriff”, ZIS 2007, p. 260 y ss.

²⁸ Cfr. *Kindhäuser* (Fn. 16), p. 631. La figura del “autor detrás del autor” se refiere en realidad a casos de autoría en solitario (autoría mediata), por lo que permanecerá en segundo plano en esta contribución dedicada a la actuación conjunta (intervención delictiva).

²⁹ Ésta parece ser la opción del Anteproyecto de Código Penal en materia de delitos relativos al medio ambiente. La normativa propuesta (ahora también como proyecto de ley autónomo, Boletín N° 5614-12) establece una serie de delitos especiales, donde el sujeto cualificado es el “administrador” o “responsable” de un proyecto. En la apreciación de *Matus*, “Fundamentos y propuesta legislativa para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile, elaborada por la Comisión Foro Penal”, ZIS 2008, p. 304 y ss.), uno de los principales autores de la propuesta, se trata de “pone[r] en primera línea de imputación a los gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad donde se origina la fuente de emisión de contaminantes o que están obligados a someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (p. 321). La redacción de las normas parece clara en el sentido de que se quiere prescindir del

²⁵ En las últimas décadas, de esta índole son las propuestas de *Schilling*, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, p. 101 y ss.; *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 223 y ss.; y *Sancinetti*, „El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”, *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 4 (1994), p. 571 y ss.

III. Accesoriedad como principio de imputación

El panorama se completa con las posiciones que procuran hacerse cargo de la autorresponsabilidad. La historia de la accesoriedad (como principio de imputación, y no simplemente como regla sobre comunicabilidad, o sobre punibilidad de la tentativa) comienza cuando a los juristas les empieza a resultar chocante que se castigue con la misma pena a todos los que de algún modo contribuyeron al hecho. Antes incluso de que las leyes dispusieran una rebaja obligatoria, surgió en la literatura de comentarios y en la manualística la figura del “cómplice menos importante”, en contraposición al autor en sentido amplio o *Urheber*.³⁰ En este contexto se desarrollan las primeras auténticas teorías sobre la autoría, destinadas a aislar a esa figura menor, mientras que la discusión realmente importante – ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad penal mancomunada? – pasó a un capítulo conocido como “fundamento de punibilidad de la complicidad” o de la así llamada “participación criminal” en general. Allí permanece hasta el día de hoy.

Las teorías sobre la autoría pretendían, entonces, en primer lugar aislar al cómplice menos importante, y se fueron sucediendo en el tiempo con mayor o menor fortuna (teoría subjetiva, del interés, formal-objetiva, del dominio del hecho, retorno a la teoría subjetiva, etc.). En términos muy gruesos, los primeros intentos no podían sino enmarcarse en la absolutamente dominante concepción causal de la imputación. De allí que sea posible observar a Feuerbach enfrascado en complejas distinciones para determinar tipos distintos de causalidad del aporte de los intervinientes respecto del resultado del delito, para concluir que el coautor y el cómplice se distinguen según si el aporte es inmediata o “sólo” mediatamente causal respecto de tal resultado.³¹ Tras estos esfuerzos se encuentra desde luego la idea de que la “mediación” viene dada por la conducta de alguien que es, de algún modo, autorresponsable. De otra forma no se podría

principio de intervención en el hecho (art. 58 del Código Procesal Penal chileno), sancionando al responsable o administrador de un proyecto o actividad cuando *en el contexto* de ese proyecto se produzca un grave daño ambiental. Esta suposición se refuerza al constatar que el art. 228 del Anteproyecto permite a los responsables o administradores eximirse de responsabilidad conforme a las reglas generales (causas de justificación o exculpación) y cuando consta que han intentado seriamente impedir el acto u omisión de que se trata, o cuando el daño se ha producido por sabotaje u otras acciones similares de terceras personas. Entiende la propuesta de regulación en este mismo sentido (y la crítica) *Bascuñán*, “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, *Estudios Públicos* N° 110 (2008), p. 241 y ss. (292 y ss.).

³⁰ En detalle *Bloy* (Fn. 22), p. 47 y ss.

³¹ *Feuerbach*, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Zweiter Teil, Ahtes Kapitel, Aalen, 1966 (reimp. de la ed. Chemnitz 1800), § 11 p. 245 y § 22 p. 262 y ss..

explicar por qué habría mediación del que ejecuta materialmente el homicidio y no también, por ejemplo, del arma o del instrumento mortal.

Esta búsqueda de una diferencia causal entre los aportes duró más de un siglo (por lo menos hasta Frank³²). Pero en paralelo se desarrolló la idea de que entre los autores o *Urheber* (incluidos los inductores, que entonces no se distinguían de los autores mediatos) y el cómplice menos importante no sólo hay una diferencia de cantidades o participaciones causales, sino, mucho más, una diferencia de índole cualitativa: mientras el autor comete su propio delito, el partícipe presta una contribución al delito ajeno. Lo que permite imputar al partícipe el “hecho principal” es justamente el principio de accesoriedad.³³ Las formas que adopta este principio dependen de la concepción sobre la

³² *Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed. Tübingen, 1931, comentario preliminar II al § 47.

³³ El surgimiento de la accesoriedad en su concepción actual se remonta probablemente a la recepción de la doctrina de *Pufendorf* sobre la “causa libera” por parte de los comentaristas de la *Constitutio Criminalis Carolina*. La „causa libera” podía ser a su vez (según su „participación” causal) una „causa principalis” o bien una „causa minus principalis”. A comienzos del siglo 18, *J. P. Kress* (*Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. Imperatoris, Hannoverae, 1721, Art. 177, nota 2, número 4*) aplicó esta distinción al discernimiento entre autoría y complicidad, donde lo determinante era la realización (o no) de la acción ejecutiva. Por otra parte, *Pufendorf* también había propuesto la distinción entre “acciones propriae” y “acciones alienae”, pero sin entregar mayores criterios para realizarla. En contraste con la reserva de *Pufendorf*, *Caspar Ziegler* (*Disputatio iuridica de poenis, Wittebergae, 1674, § 15 y § 16*) buscó el modo de hacer operativa la diferencia, distinguiendo entre intervención física e intervención moral. Así, la definición de las acciones propriae y alienae se confundió con el concepto de causa principalis y minus principalis, de tal manera que ambas categorías se redujeron a la cuestión de la mediatez o inmediatez de la causación del resultado. *J. S. F. Boehmer* (*Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam, Halae, 1770, Art. 177, § II, números II y V*) recuperaría luego la doctrina – en sí misma, no demasiado clara – de *Ziegler*, la que, combinada con las aportaciones de *Kress* en el espíritu de una concepción formal-objetiva de la autoría, se plasmaría luego en *Feuerbach* (en las versiones tardías de su teoría de la intervención: véase sólo su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* en la 11ª ed. de 1832, § 44) en la distinción entre una autoría en sentido amplio (*Urheberschaft*) y la complicidad como forma de intervención de segundo orden (*Beyhülfe*). Así se comienza a distinguir cualitativamente entre autores y partícipes. Sobre la discusión anterior en los posglosadores véase *Engelmann*, „Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters”, en: *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Band 2, 1974* (reimp. de la edición de Leipzig 1911), p. 387 y ss.

autoría que se sustente. Así, por ejemplo, para la teoría del dominio del hecho tradicional, el autor es el dueño del hecho porque lo domina, mientras que el partícipe se caracteriza porque contribuye al hecho sin dominarlo o dejando el dominio en manos de otros. Según otras versiones, mientras el autor tiene un contacto directo con el hecho, lo que fundamenta su imputación, el partícipe tiene un contacto directo con el autor, lo que fundamenta la imputación del mismo hecho como ajeno.³⁴ Estos planteamientos tienen el mérito de que no incurren en el error de ignorar el problema de la autorresponsabilidad, sino que intentan resolverlo: el “hecho principal” es el hecho del autor, y hay que buscar razones de peso para imputárselo a quien no es autor. Dicho de otro modo: el efecto de la autorresponsabilidad es la necesidad de distinguir cualitativamente entre autores y partícipes. Los unos responden por el hecho propio; los otros, por el hecho ajeno.

Ahora bien, ¿qué es lo que permite imputar el hecho ajeno? Para evitar simplificaciones que impiden ir al fondo de la cuestión, hay que decir de entrada que todas las posiciones razonables son mixtas, y comprenden elementos subjetivos y objetivos. Por lo general, se requiere el despliegue de una conducta externa y una cierta disposición subjetiva en el partícipe. Sin embargo, ni siquiera la más equilibrada de las posturas está en condiciones de impedir que, en los casos complejos, sea preciso decidirse por uno de estos elementos, es decir, que en toda teoría mixta haya que contar con un elemento decisivo y otro más bien limitativo.

Un grupo de casos “complejos” en los cuales este problema se presenta en forma muy clara es el que responde al modelo del “jefe de la banda”, y que puede extenderse a otras formas de intervención muy intensa en la etapa de preparación. Se trata del “profesor” que, luego de reclutar a sus muchachos y planificar el golpe hasta el último detalle, se queda en casa esperando a que le traigan el botín. Para saber si – en el contexto que comentamos, del principio de accesoriedad – el “profesor” es autor o, algo cualitativamente diverso, partícipe (o sea, si responde por el robo como hecho propio o como hecho ajeno), se nos dice que primero hay que tener claro si para la coautoría lo decisivo es el plan o acuerdo delictivo, o si – más allá del plan – el sujeto tiene que tomar parte en la ejecución. Las teorías que ponen el énfasis en el lado subjetivo (como la del dominio del hecho de Welzel o Küper, y, con oscilaciones, el Tribunal Federal alemán)³⁵ sostienen que para fundar la autoría puede bastar la contribución significativa en la fase de preparación. Para quienes enfatizan más lo objetivo (como la teoría del dominio del hecho de Roxin y Rudolphi),³⁶ el coautor debe tomar parte en la ejecución.

Esta misma polaridad se aprecia, para seguir con la coautoría, en las distintas posiciones acerca del comienzo de

la tentativa: mientras Küper aboga por la solución “conjunta”, Roxin se inclina – luego de la crítica de Rudolphi y en coherencia con su propio concepto de autor – por una solución “individualizadora”, según la cual cada coautor debe realizar de propia mano un acto que constituya, a su respecto, un principio de ejecución por hechos directos.³⁷

Así, aunque ambas tendencias en general exigen elementos objetivos y subjetivos para definir la forma de intervención, mientras para la primera el jefe de la banda que no participa en la ejecución será normalmente coautor (lo decisivo es el plan), para la segunda nunca puede serlo (lo decisivo es el dominio en la ejecución, que además comienza por separado para cada agente). Esto significa que, hasta el día de hoy, no existe claridad justamente acerca de aquello que se pretendía solucionar: cómo aislar al cómplice en un esquema de distinción cualitativa.³⁸

Además, ocurre que ninguna de las dos posiciones es, en sí misma, convincente. Para los más subjetivistas, el que no alcanza a intervenir para nada (porque, por ejemplo, el hecho se descubre tempranamente, si bien luego del comienzo de la tentativa), pero que en el plan ocupaba un rol determinante que debía manifestarse más tarde, sería coautor.³⁹ Para los más objetivistas, en cambio, resultará que mientras el jefe de la banda nunca puede ser coautor, el “loro” o “campana” casi siempre lo será, incluso si, después de haber visto a sus socios ingresar al lugar del robo, se queda dormido o hasta da media vuelta y se va.

Pero eso no es todo: resulta que la doctrina predominante, y ahora último también en forma explícita la jurisprudencia de algunos países, no vacila en echar por la borda los criterios objetivos cuando las cosas se ponen difíciles. Es lo que ocurre en el ámbito de las así llamadas “conductas neutrales”. Una sentencia relativamente reciente del Tribunal Federal alemán resume esta visión: si el que realiza la prestación no sabe en qué forma utilizará su aporte el autor principal y sólo considera como posible que su actuación sea aprovechada como medio para cometer un hecho punible, su actividad no constituye por regla general complicidad. No obstante, sí lo será en caso de que el sujeto actúe sabiendo que existe un riesgo alto de que sobrevenga luego la comisión del hecho principal, de tal manera que, con su contribución, hace que el favorecimiento de un sujeto reconociblemente inclinado a cometer el delito “se convierta en asunto suyo”. En cambio, si la actuación del autor principal apunta exclusivamente a la realización de un hecho delictivo, lo cual es conocido por el

³⁷ Sobre ello véanse el mismo Küper, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, p. 48 y ss.; y Rudolphi, „Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, en: (Art.) Kaufmann et al. (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, p. 383 y ss.

³⁸ Así lo reconoce también Roxin (Fn. 9), p. 646 a la vista de la jurisprudencia reciente en Alemania.

³⁹ Ello es además incompatible con el art. 8° inciso 2° CP, pues si la realización típica en coautoría se iniciara ya con el acuerdo de voluntades, la norma sería superflua y bastaría con la regla prevista en el art. 7° inciso 3° CP sobre punibilidad de la tentativa.

³⁴ Es la propuesta de Bloy (Fn. 22), p. 250 y ss.

³⁵ Una formulación especialmente depurada en Küper, „Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten”, *JZ* 1979, p. 786 y ss.

³⁶ Véase el planteamiento tradicional en Roxin (Fn.9), p. 277 y ss.

que contribuye, esta contribución es punible como complicidad, pues a causa del conocimiento la acción pierde su carácter “cotidiano” o neutral, ha de interpretarse como solidarización con el autor y no puede ser considerada como adecuada socialmente.⁴⁰ De esta manera, lo que se hace es fundamentar subjetivamente la responsabilidad por el hecho ajeno. La accesoria es, por lo tanto y en realidad, algo subjetivo y, además, algo que depende del dolo.⁴¹

Esto ni es nuevo ni ha quedado simplemente allí. No es nuevo, pues resulta coherente con el tratamiento que históricamente se ha dado a la denominada intervención culposa en el delito doloso (hay que recordar que la oposición de *Frank* a la doctrina del Tribunal Imperial en esta materia dio origen a la antigua doctrina de la prohibición de regreso⁴²) y su contrario, la intervención dolosa en el hecho culposo.⁴³ Especialmente en esta última, donde las alternativas son la apreciación de una complicidad en el hecho culposo, o bien de una autoría mediata (ésta, sobre todo, cuando la ley – como ocurre en algunos países – exige que el “hecho principal” sea doloso para que sea punible la complicidad): en definitiva, todo depende de la disposición subjetiva de los actores. Pero esta evolución ha ido últimamente incluso más lejos: de la exigencia de dolo se ha pasado a definir la intervención delictiva como “solidarización”. Sobre todo desde el ámbito de la “literatura de la autorresponsabilidad”, se ha insistido en que el fundamento de la punibilidad por el injusto ajeno sería que se ha solidarizado con él.⁴⁴ Luego se exigen distintos grados de “objetivación” de la solidaridad, pero en definitiva estas teorías – en la medida en que no abandonan su propio punto de partida incorporando consideraciones de riesgo – quedan expuestas al mismo reproche que los conceptos unitarios de autor de carácter normativo: no logran explicar por qué la responsabilidad del partícipe depende de la punibilidad del autor del hecho principal, pues la solidaridad se agota cuando se expresa.

IV. El “fundamento de punibilidad” de la participación

Se ha dicho antes que la discusión de fondo sobre el fundamento de la imputación en los casos en que intervienen varias personas se ha trasladado, en realidad, al capítulo conocido como “fundamentos de la punibilidad” de la

participación criminal. Las teorías sobre la autoría están demasiado ocupadas en elaborar distintas formas de autoría mediata para sortear el obstáculo de la autorresponsabilidad y, ahora último, en estilizar todo lo posible la coautoría para permitir la imputación de resultados a los miembros de órganos colegiados que actúan imprudentemente; en esta última y en otras constelaciones semejantes, los conceptos unitarios al uso chocan con la imposibilidad de acreditar una causalidad individual y lineal. Pero si se observa lo que ocurre en el terreno de las posiciones acerca del fundamento de la punibilidad de la participación criminal, resulta que el panorama no es precisamente alentador: no hay una teoría, sino cajones de sastre.

Así, hay quienes insisten en el “delito del partícipe” bajo la forma de las teorías de la causación. El cómplice y el inductor serían responsables de su propio delito, que consiste en causar el resultado típico, si bien en forma mediata. Su conducta está descrita en el tipo penal correspondiente en relación con el tipo de la forma de participación que corresponda. Así, el que mueve a otro a suicidarse sería inductor al delito de homicidio; el que disuade a otro de socorrer, también, si el no socorrido en definitiva muere. ¿Cómo se explica entonces que la ley haga depender la punibilidad del resultado del delito “principal”? Se afirma que el resultado del hecho principal sería simplemente una condición objetiva de punibilidad.⁴⁵

Las críticas que se dirigen a los planteamientos de esta clase son muchas: a) la pena del inductor sería mucho más severa que la del autor (en los ejemplos: el que intenta suicidarse y no lo logra no es castigado; el que omite socorrer no responde por la muerte, sino por una omisión de socorro); b) el resultado podría sobrevenir sin que sea posible imputarlo al partícipe, pero esto debería ser irrelevante (dicho sea de paso: éste es un problema que siempre afecta al uso de condiciones objetivas de punibilidad); c) sobre todo: esta posición no explica la situación de los delitos especiales, donde precisamente no se trata de la mera causación. En estricto rigor, el extraneus que induce a la prevaricación al funcionario no está en condiciones de causar – en el sentido del tipo penal, que exige la cualificación – el resultado. Sólo el juez puede causar típicamente el resultado de la prevaricación. Si existe alguna conexión entre el extraneus y el intraneus que permita a aquel participar en el hecho de éste – lesionar el bien jurídico protegido por el tipo especial –, sería en todo caso una de carácter normativo.

⁴⁰ BGH NJW 2006, p. 522 (528), en el caso Mannesmann/Vodafone. La posición del BGH coincide en lo fundamental con la de *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 220 y ss.

⁴¹ También entiende de esta manera la posición mayoritaria, criticándola, *Kindhäuser*, „Zum Begriff der Beihilfe”, en: G. Dannecker (ed.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 358 y ss.

⁴² *Frank* (Fn. 32), § 1, com. III.

⁴³ Sobre ambas constelaciones *van Weezel*, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, p. 69 y ss., p. 79 y ss.

⁴⁴ Especialmente a partir del trabajo de *Schumann* (Fn. 12), p. 49 y ss., una posición que hoy, asociada al incremento en la probabilidad de lesión del bien jurídico que provocaría la solidaridad, podría considerarse predominante en la literatura.

⁴⁵ Cfr. *M.-K. Meyer*, „Tatbegriff und Teilnehmerdelikt”, en: idem, *Beiträge zum Strafrecht*, 2007, p. 1 y ss.; tradicionalmente, *Lüderssen*, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 119 y ss. Aunque no siempre se adopta la teoría cuando se trata de tomar posición en general sobre el fundamento de la punibilidad de la participación, su intuición central reaparece luego con cierta frecuencia al momento de fundamentar la responsabilidad del cómplice o del inductor en particular (cfr., por ejemplo, *Maurach/Gössel/Zipf*, *Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 7ª ed. 1989, § 52 Rn. 19; *Cramer/Heine*, en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª ed. 2006, § 27 Rn. 10, con respecto a la complicidad).

Frente a estos planteamientos suelen revivir periódicamente las teorías de la participación en la culpabilidad o en el injusto. Esta posición se encuentra en las antípodas de la anterior, y señala que el fundamento de la punibilidad del partícipe no está en la causación del resultado típico, sino en el hecho de que el partícipe “envuelve” al autor en un hecho antijurídico. Sin embargo, se parece a la teoría de la causación en que postula la independencia de la conducta del partícipe respecto de la conducta del autor. El núcleo es la “desintegración” social del autor por parte del partícipe. Pero: a) la teoría no explica la complicidad, cuando el cómplice ayuda a un sujeto ya desintegrado socialmente; y la idea de que así se fomenta una carrera delictiva (Keller⁴⁶), con independencia del hecho, es demasiado vaga; b) la teoría no explica la situación de la inducción, donde debiera castigarse distinto según si se induce a un primerizo o a un delincuente profesional; c) la misma idea de desintegración no da cuenta de la autorresponsabilidad: en realidad, se trataría de una autopuesta en peligro por parte del autor, que no es punible; d) en fin, la teoría llevaría a castigar al agente provocador y a quien induce a otro a que lo lesione para obtener un fin ilícito (por ejemplo, una pensión indebida), y casi nadie está dispuesto a aceptar algo semejante.

La así llamada “teoría de la causación accesoria del resultado”, por su parte, se desarrolló en cierto modo a expensas del debate entre los dos planteamientos anteriores. Es la posición predominante, o al menos lo era, pues las teorías de la solidarización han ganado mucho terreno. Rechaza tajantemente la idea de que el partícipe realizaría un delito o un injusto propio y se concentra en el otro extremo: al partícipe se le imputa la realización del tipo penal por parte del autor y, por lo tanto, un injusto ajeno. Lo que él tiene que hacer es dar un motivo para esa imputación, y este motivo es la conducta descrita en los preceptos sobre inducción o complicidad. En este sentido, se dice que el partícipe “causa accesoriamente” el resultado. Una variante de esta posición es el planteamiento de *Roxin*, la “teoría” del “ataque accesorio” al bien jurídico.⁴⁷ Señala que la causación accesoria del resultado es condición necesaria, pero no suficiente para fundar la responsabilidad. Se requiere además que el partícipe ataque efectivamente el bien jurídico a través del autor. Así se explicaría por ejemplo la impunidad del agente provocador; cuando, en cambio, se afirma que ella se funda en la falta del “doble dolo” del inductor, *Roxin* afirma que la exigencia de ese “segundo dolo” se debe precisamente a la exigencia previa de un ataque al bien jurídico por parte del partícipe. En mi opinión, la teoría de la causación accesoria destaca un elemento esencial – sin relación al hecho típico no se puede fundar la responsabilidad –, pero no logra explicar esto. La intuición es correcta, pero la explicación no está por ninguna parte y se agota en ejemplos: ¿qué significa atacar accesoriamente el bien jurídico? Cuando se hurga un

poco más, se encuentra una visión subjetivista: todo depende del dolo de los actores, como se vio en el ejemplo de las acciones neutrales.

Sin embargo, también se vio que la función de cualquier teoría de la intervención ha de ser explicar la suspensión del efecto individualizante de la autorresponsabilidad, que es el presupuesto de toda atribución de una responsabilidad mancomunada: ¿qué se puede aprender al respecto, a partir de los planteamientos anteriores?

V. Expresión mancomunada de sentido

Las propuestas de comprensión reseñadas ofrecen, a nuestro modo de ver, metáforas que intentan mostrar plásticamente una realidad. Esta realidad se puede ilustrar usando esas metáforas (dominio del hecho, delito del partícipe, solidarización, accesoriedad, etc.), pero siempre que no se pierda de vista que se trata sólo de imágenes para aprehender una constelación normativa, pues la intervención delictiva es un problema de imputación. Se trata de atribuir, en el sistema jurídico-penal, un hecho relevante en este sistema a varios sujetos, también relevantes según los parámetros del mismo sistema. El hecho delictivo – el objeto de la imputación – es una expresión de sentido en el sistema jurídico-penal, y cuando aparecen vinculadas varias personas a ese hecho las reglas de intervención permiten determinar qué personas han expresado tal sentido delictivo en forma mancomunada. El hecho se imputa a quienes con su conducta expresan – en el lenguaje del sistema jurídico – que ese hecho les pertenece, que es por lo tanto obra y realización de su autonomía.

Lo anterior parece obvio y quizá lo es, pero engendra una serie de consecuencias de la mayor relevancia. La primera es que, como la selección de lo que tiene sentido en el sistema jurídico-penal pasa por un filtro llamado tipicidad, nunca se insistirá bastante en que lo único que se imputa, el único objeto de imputación de una responsabilidad mancomunada, es la realización típica de consumación o de tentativa. Las relaciones de intervención se analizan por lo tanto siempre desde esa realización típica. Esto implica que no tiene sentido hablar de intervención sin tener a la vista una determinada realización típica, pero también que la prestación de su aporte por parte del interviniente – cualquiera que sea su entidad – no es el objeto de la imputación, sino un motivo para considerar al que realiza ese aporte como miembro de la “mancomunidad” de los intervinientes. Lo que interesa es el significado de la prestación: haberla llevado a cabo, ¿significa que el sujeto hace suya la realización del tipo penal de que se trata?

La segunda consecuencia, no menos obvia, es que como se trata de imputar la realización del tipo, resulta al menos impreciso afirmar que quien no ejecuta de propia mano la conducta formalmente descrita en el tipo participa en un hecho ajeno. El hecho, si se puede imputar mancomunadamente a varios, es de unos tanto como de otros. No es que al cómplice se le impute “lo que hace” el autor. Uno podría mirar las cosas desde la perspectiva del cómplice y decir que el ejecutor material se encuentra completamente a su servicio; aun más, en muchas ocasiones será el “cómplice” en sentido tradicional quien configurará los aspectos más

⁴⁶ Keller, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, 1989, p. 164 y ss.

⁴⁷ *Roxin*, „Zum Strafgrund der Teilnahme”, en: Küper/Welp (eds.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, 1993, p. 369 y ss.

difíciles o arriesgados del hecho, cumpliendo el ejecutor material un rol comparativamente auxiliar (caracterizado usualmente con la imagen de “quien aprieta el botón de la máquina infernal”). Por eso es que – dicho de un modo impreciso – no sólo se imputan al cómplice los fragmentos del hecho que ha puesto el ejecutor, sino que también se imputa a éste todo aquello que, en el marco de la realización del hecho total, ha ejecutado el cómplice; en realidad, es el hecho típico el que se imputa a todos en conjunto.

¿Y cuál es la manera de saber si alguien es interviniente o no lo es? ¿Cuándo la prestación del aporte fundamenta competencia mancomunada – responsabilidad con otros – por el hecho típico? Como lo que interesa es precisamente imputar el hecho típico, y lo primero que hay que imputar es el comportamiento (al cual se le imputará luego el resultado), el aporte significará intervención cuando de algún modo ha configurado la conducta típica o sus circunstancias, en la medida en que estas últimas sean típicamente relevantes. Cualquiera otra configuración, al margen del tipo penal, no es relevante, no está seleccionada por el sistema jurídico-penal. De esta forma se puede redefinir la accesoriedad en términos normativos: una conducta es accesorias cuando significa preparación o continuación de la conducta de otros,⁴⁸ y cristaliza en una configuración de la conducta típica. Si un aporte significa lo anterior (y para establecerlo hay que atender en primer lugar al contexto normativamente estructurado, incluyendo desde luego la especificidad de los diversos ámbitos de regulación: hay diferencias entre el lavado de activos, el abuso de información privilegiada y el homicidio), entonces quien lo realiza se involucra en la realización típica, es competente por ella. Y en este nivel no existen diferencias cualitativas de ningún género entre los intervinientes, porque la imputación responde al principio de tercero excluido (A v A), de modo que o bien es posible imputar un hecho a una persona, o bien no es posible hacerlo. En esto llevaban razón los conceptos unitarios de autor; sin embargo, la perspectiva naturalista hizo imposible en su momento a las concepciones unitarias comprender la responsabilidad mancomunada, que está precisamente ligada al concepto de un deber común, es decir, de un deber que alcanza a varias personas. Si se advierte este extremo, entonces se puede decir que la concepción unitaria no necesita ser reemplazada por una concepción accesorias de la intervención delictiva, sino complementada con ella. Esto lleva a un concepto unitario ya no de autor, sino de interviniente en un hecho delictivo, donde la accesoriedad es la relación de sentido normativa entre las conductas de los intervinientes.

Lo más importante no es, por lo tanto, determinar si alguien es autor o cómplice, sino en primer lugar establecer si alguien es mancomunadamente con otros responsable, competente por la realización típica. Para determinar esta competencia hay que acudir a los criterios de la imputación

objetiva, particularmente al principio de confianza y a la prohibición de regreso. Se trata de establecer, operacionalizando las categorías sociales de imputación, por dónde pasa en cada caso la línea que separa la división del trabajo que funde ámbitos de responsabilidad (competencia común) y la división del trabajo que los separa (principio de confianza, prohibición de regreso). Y en este sentido hay mucho avanzado, sólo que es preciso depurar las categorías de la visión individualista con que han sido elaboradas y realizar la “especialización” que necesitan estos criterios para que puedan funcionar en el modelo de imputación del actuar conjunto. Probablemente haya que empezar a hacerlo por grupos o constelaciones de casos.⁴⁹

En esta tarea no se puede perder de vista que la historicidad del derecho obliga a sincronizar las estructuras de imputación según valoraciones sociales cambiantes. Por ejemplo, una de las normas fundamentales sobre intervención delictiva en el ordenamiento chileno es el art. 58 CPP, según el cual “por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible”. Con esta fórmula, tomada literalmente del antiguo Código de Procedimiento Penal, se establece el principio básico de que la responsabilidad penal exige “intervención” en el hecho típico. Pero ocurre que las transformaciones sociales no sólo han obrado un cambio en la comprensión del “hecho punible”, sino también una modificación de lo que socialmente puede considerarse como una forma de “intervención” en él.

Hace algún tiempo, y sin perjuicio de las representaciones del legislador histórico⁵⁰ y de alguna excepción más bien puntual, la pretensión de que por las consecuencias de un incidente en los procesos productivos de una empresa pudiera responder penalmente alguien que administra los negocios de la compañía a muchos kilómetros de distancia, era

⁴⁹ Una aproximación al respecto en *van Weezel* (Fn. 43), p. 209 y ss., donde se tratan las siguientes constelaciones: responsabilidad mancomunada en el ámbito de la omisión, esto es, deberes de aseguramiento, riesgo especial y efectos de la delegación de la administración de riesgos (p. 209 y ss.); responsabilidad de los miembros de órganos colegiados de decisión y los problemas emanados de la responsabilidad por el producto (p. 268 y ss.); casos de actuación conjunta, que comprenden hipótesis de división del trabajo con y sin estructuras jerárquicas, y situaciones de simple coincidencia de esferas de organización (p. 286 y ss.); y finalmente los casos de contribuciones subordinadas, donde se presenta entre otros el problema de la así llamada “causalidad” de la complicidad (p. 306 y ss.).

⁵⁰ Al respecto véase *Hernández*, “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, REJ N° 10 (2008), p. 175 con nota 2, quien se refiere a la regla expresa del art. 329 CP (“[I]as disposiciones de este artículo son también aplicables a los empresarios, directores o empleados de la línea” ferroviaria) y apunta que ella corresponde “a una idea general del legislador y no constituye en caso alguno una excepción”, según se desprende de las Actas de la Comisión Redactora (sesión 158).

⁴⁸ En detalle *Jakobs*, „Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, GA 1996, p. 253 y ss.; *idem*, „Beteiligung”, en: Dölling (ed.), Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, p. 561 y ss.

considerada una idea más bien peregrina.⁵¹ En los últimos años, sin embargo, al menos dos casos de responsabilidad por el producto con gran relevancia pública han dado cuenta de una nueva forma de comprender la distribución de responsabilidades al interior de la sociedad. Tanto en el caso del mortal accidente de un bus interurbano en el puente sobre el río Tinguiririca, como en el caso de un producto farmacéutico supuestamente defectuoso que habría provocado la muerte de varios consumidores, la investigación no se dirigió en contra de empleados de tercer o cuarto orden ligados materialmente a los procesos productivos o de prestación directa del servicio, sino en primera línea contra quienes – en la visión del órgano persecutor – tomaron las decisiones clave que luego redundaron en la mala calidad del servicio o del producto. Suponiendo una relación relevante entre ésta y los resultados, semejante orientación implica que el Ministerio Público estaba imputando a los altos ejecutivos que se encontraban formalmente investigados el “haber intervenido” en los correspondientes delitos de homicidio. Con total independencia de su mérito y justicia en cada caso, en la medida en que tales imputaciones han dejado de

⁵¹ Por ejemplo, y sin ir más lejos, ni siquiera se tuvo en cuenta en un caso de contaminación de varios trabajadores con una cápsula de iridio, componente de un instrumento utilizado por trabajadores de una empresa contratista en la planta de celulosa Nueva Aldea (Coelemu). Finalmente se condenó a un solo sujeto, el encargado de la operación del equipo, quien trabajaba con dos ayudantes, uno de ellos con su permiso de operación vencido y el otro sin capacitación ni permiso para operar esa clase de instrumental. La Comisión Chilena de Energía Nuclear, sin embargo, multó administrativamente a las empresas involucradas en el accidente, y al rechazar la reclamación correspondiente, la Corte Suprema señaló que “además de la evidente responsabilidad que tienen en estos hechos quienes operaban el equipo, también recae ésta en la empresa dueña del mismo y la que aparece como arrendataria y subcontratista en las faenas y responsable en último término de las faenas. Respecto de esta última ha quedado demostrado que no estaba en el lugar de las faenas ningún supervisor de seguridad. Permita que el equipo se operara por personas que no tenían licencia para este efecto. No tenían la totalidad de los implementos de seguridad que se requieren al efecto y no se controlaban los escasos que poseían” (SCS 7.IV.2008, en causa Rol N° 5184-2006, cons. 4°). En el cons. 5°, la Corte se desestima las defensas de las compañías basadas en el argumento del comportamiento alternativo ajustado a derecho, afirmando que “la sumatoria de todas ellas [se refiere a los incumplimientos de la normativa] refleja la indolencia con que manejaban y transportaban los equipos con fuentes atómicas, y la despreocupación por las mínimas normas de seguridad, permitiendo, entre otras anomalías que estos fueran operados por quienes ni siquiera tenían autorización para ello”. A la luz de estas consideraciones de la Corte Suprema, resulta significativo que la causa penal sólo tuviera dos imputados, el operador de una firma y un supervisor de otra.

considerarse como un recurso excéntrico, o como el producto de una doctrina delirante o al menos “extranjera”, ello implica un cambio de importancia en la concepción que la sociedad tiene acerca de lo que significa “intervenir” en un hecho delictivo. Pues bien, los criterios de imputación objetiva procuran precisamente hacer operativa y transparente esta historicidad de la semántica del contacto social, concretando el modo como las valoraciones sociales se traducen en reglas de imputación en el sistema penal.

VI. El lado subjetivo del hecho

Aunque todos los intervinientes se encuentran cualitativamente en el mismo plano (se les imputa el único hecho como propio), la intervención de varias personas hace que el hecho resulte configurado por todas ellas, y que por lo tanto sea posible distinguir cuantitativamente entre diversos grados de configuración: hay quienes configuraron más la conducta típica y quienes la configuraron menos. Estos últimos podrían recibir la pena que la ley prevé para los cómplices. En el ejemplo inicial: el robo con violencia es configurado en forma muy intensa por B y C, prácticamente de un modo equivalente. A ellos corresponderá la pena de los autores. En cambio D – el que facilitó el arma – proporcionó sólo un medio para la intimidación, ha configurado menos y puede recibir una pena menor. ¿Qué ocurre entonces con A? Sin su influencia, posiblemente el hecho nunca se hubiera cometido. Pero de por medio está la autorresponsabilidad de B y de C, que él ni elimina ni disminuye. La gran mayoría de las legislaciones obliga a castigar al inductor como si hubiera configurado en gran medida la realización típica. Esto puede ser adecuado en muchos casos, pero no siempre, y la jurisprudencia suele restablecer la armonía valorativa – en cuanto resulta posible – en la etapa de individualización judicial de la pena.⁵²

¿Y qué incidencia tiene en todo esto el lado subjetivo del hecho? Nuestro ejemplo parece suponer dolo por parte de todos los actores, pero ¿qué ocurre si B maneja descuidadamente el arma, ésta se dispara por accidente y la bala lesiona gravemente a la víctima? En Chile, la opinión predominante ve en tales casos un concurso (ideal) de delitos, pues las lesiones severas no realizarían el tipo calificado del robo con violencia cuando ellas se provocan imprudente-

⁵² El desvalor relativo de la configuración del hecho por parte del inductor es materia de un antiguo debate, que se ha retomado en los últimos años desde la perspectiva de la literatura de la autorresponsabilidad (cfr. por ejemplo, *Noltenius*, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, 2003, p. 256 y ss.), con posiciones que oscilan entre justificar la penalidad establecida en la ley situando al inductor en las cercanías del autor mediato, y criticar la regla de punibilidad asimilando la inducción a formas de colaboración que rayan en la complicidad psicológica. Este debate está lejos de encontrarse concluido.

mente.⁵³ Lo que hay que hacer entonces es analizar las relaciones de intervención delictiva desde la perspectiva del tipo penal de las lesiones: ¿qué significan en este caso los aportes de A, B, C y D? Para comenzar por lo más difícil: ¿se convierte D en cómplice, ya no sólo del robo, sino también de las lesiones simplemente porque B fue imprudente en el manejo del arma y lesionó a la víctima? Simplemente por eso, desde luego que no. Pero, ¿está bien planteada la pregunta? Cuando se facilita un arma de fuego para un robo a mano armada, ¿puede el facilitador sostener plausiblemente que a él se le había asegurado que el arma sólo sería utilizada como medio de intimidación y que cualquier peligro adicional para la víctima estaba excluido? ¿No tienen los dueños de armas de fuego una posición de garante en el sentido de impedir que lleguen a manos de quienes no están autorizados para usarlas o de no facilitarlas en contextos de alta densidad delictiva? Supongamos por un momento que D no entregó el arma, sino que por su descuido hizo posible que B la tomara, ¿no infringe D un deber que consiste precisamente en custodiar el arma para que no se haga mal uso de ella? Si nos parece plausible una posición de garante de D en razón de los deberes de aseguramiento que emanan de la posesión legítima del arma de fuego, ¿qué ocurre ahora si dirigimos la mirada al caso concreto? Veremos que D no sólo no custodió el arma, sino que la puso a disposición de B y C para la comisión de un delito, en un contexto de altísima densidad delictiva. A no ser que se encuentren razones de peso para sostener lo contrario, me encuentro inclinado a afirmar la competencia de D por las lesiones imprudentes (un razonamiento análogo puede hacerse respecto de los demás actores).

Una cuestión diferente es que D sea punible, lo que dependerá de dos consideraciones: en primer lugar, no habría dudas acerca de su responsabilidad por imprudencia si es que se sustenta, como hace la doctrina predominante, un concepto unitario de autor en el ámbito de los delitos imprudentes. De hecho, D sería autor de las lesiones, igual que B. En segundo lugar, y si se rechaza – acertadamente – el tradicional concepto unitario de autor, habrá que estar a la legislación de cada país: si el ordenamiento considera punibles las configuraciones de menor envergadura que inciden en la realización de un delito imprudente, o si, por el contrario, para sancionar al que colabora en la fase previa siempre se exige que sea posible atribuir dolo al último que actúa. Pero una y otra posibilidad son opciones que están abiertas para el legislador,⁵⁴ pues desde el punto de vista de la intervención

delictiva sólo es relevante que cada interviniente actúe en forma individualmente evitable. La forma (dolo o culpa) que adopta dicha evitabilidad en cada actor es una cuestión que sólo incide en la clase de imputación subjetiva que – siempre respecto del hecho mancomunado – será posible predicar de cada interviniente en particular.⁵⁵

La mejor prueba de que la teoría de la intervención delictiva nada tiene que ver con el dolo y con la culpa es la distorsión valorativa a la que conduce sostener lo contrario en un ejemplo como el inicial. Según la posición predominante, si B actúa con dolo de lesionar (por ejemplo, la víctima se resiste al asalto y B le dispara), la posición de garante de D posiblemente se mantendrá intacta, y responderá como cómplice de unas lesiones dolosas. Pero como B actuó imprudentemente, la situación de D oscila entre la impunidad – para aquella minoría que rechaza un concepto unitario en este ámbito – y la autoría en solitario de un delito culposo en forma paralela a B. En todos los casos, sin embargo, el desvalor de la conducta de D es exactamente el mismo: ¿qué ha hecho la teoría de la intervención delictiva para sacar, del otro lado del alambique teórico, hasta tres póquinas distintas?

Hay algo que no funciona en la actual teoría de la intervención delictiva. Esta disfuncionalidad tiene mucho que ver con el subjetivismo radical de las teorías del dominio del hecho, que impide captar la realidad normativa de la imputación y, por lo tanto, impide ver que cuando aparece más de una persona vinculada al hecho es preciso decidir entre dos modelos de imputación, el modelo aplicable al autor en solitario y el modelo de la actuación mancomunada. Es ésta la primera pregunta que hay que resolver, y sin ella no hay ninguna otra que se pueda contestar en forma apropiada. En particular, no se puede contestar a la pregunta de la imputación subjetiva. Basta un pequeño desafío para demostrarlo: ¿cómo se puede saber si un interviniente actuó o no con dolo si previamente no se sabe qué es lo que ese interviniente debió conocer? Para que el autor solitario tenga dolo debe conocer su propia conducta y sus circunstancias. En cambio, para que el interviniente tenga dolo debe conocer, además, la envergadura de la conducta de los demás y sus circunstancias. Pero si no se sabe si existe intervención delictiva, es decir, no se sabe si el agente tiene que preocuparse también de lo que hacen otras personas, entonces no se puede responder la pregunta acerca del dolo por falta de objeto. Más aun: hasta no determinar el segmento relevante de los hechos (si éste incluye la conducta de otros o no), la pregunta del dolo ni siquiera se puede plantear.

VII. Perspectivas

Dar respuesta a la cuestión formulada al comienzo – ¿qué teoría de la intervención delictiva corresponde a la identidad normativa de la sociedad chilena actual? – es algo que excede mis pretensiones en esta contribución. Pero el objetivo se habría cumplido si ésta sirviera al menos como propuesta de algunos elementos para el debate. Resumo a continuación los que quisiera poner en primer plano.

⁵³ Sobre ello, pero considerando posible la subsunción en el tipo calificado, *Bascuñán*, “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1 (2002), p. 55 y ss. (p. 91).

⁵⁴ O para el intérprete, como ocurre por regla general en Chile, donde la legislación sólo excepcionalmente establece restricciones subjetivas respecto de la intervención delictiva (por ejemplo, la complicidad del propietario o encargado del local o establecimiento en que se cometen los delitos sancionados en los arts. 367, 367 ter o 374 bis CP debe ser dolosa, pues así lo exige expresamente el art. 368 bis CP para imponer la pena de clausura del local o establecimiento).

⁵⁵ Al respecto *van Weezel* (Fn.43), p. 171 y ss.

La tensión que se advierte en el planteamiento de Bustos, y que se traduce en una cierta incoherencia – pues primero proclama el ideal garantista de la concepción formal para luego dar paso a estructuras vinculadas al dominio del hecho que se apartan bastante de él –, podría ser el resultado de dos anacronismos de idéntica raigambre. Pues ni la concepción formal es sostenible, ya que trabaja con un concepto mecanicista de “ejecución” del hecho que no responde a la imagen actual del mundo; ni resulta dogmáticamente viable una teoría del dominio como “hecho” – como representación inmediata, i. e., sin mediación normativa –, por esa misma razón. El dominio puede ser un tópico útil, pero por sí mismo carece del potencial suficiente para explicar las relaciones de intervención delictiva en una sociedad que ha adquirido conciencia de la función de la autorresponsabilidad en el reparto de competencias. Una de las muestras más claras de ello es su necesidad de recurrir a un “autor detrás del autor”, donde la aplicación de la teoría implica echar por la borda la autorresponsabilidad. En definitiva, ambas concepciones – la teoría formal-objetiva y la teoría del dominio del hecho – prometen mucho más de lo que están en condiciones de cumplir. En el caso del dominio del hecho, por ejemplo, ni siquiera se cuenta con un criterio generalmente aceptado para resolver el “problema original”, distinguir (cualitativamente) a los cómplices de los coautores.

Las teorías de la intervención delictiva al uso se concentran con mayor o menor fortuna en la determinación de los elementos de la autoría, pero ofrecen una fundamentación más bien pobre de la punibilidad de los intervinientes. A ella se suma el postulado de una distinción cualitativa o esencial entre autores y partícipes, cuya plausibilidad también parece demasiado débil, si se tienen en cuenta las consecuencias que tal distinción debería tener. En estas circunstancias, puede resultar oportuno centrar los esfuerzos en identificar los elementos que justifican la imputación de un hecho a varias personas a partir de la autorresponsabilidad de cada una. Hasta donde alcanzo a ver, el resultado de ese esfuerzo debiera llevar a comprender que el fondo conceptual de la noción unitaria – el único hecho se imputa a todos por igual – y la accesoriadad normativamente entendida se complementan entre sí. Una noción unitaria de interviniente basada en la accesoriadad como mancomunidad de significado de los diversos aportes, podría estar en condiciones de resolver por lo menos el núcleo de la problemática de la intervención – la autorresponsabilidad – y de orientar en la búsqueda de los criterios normativos para determinar cuándo existe mancomunidad respecto de una determinada realización típica. Se trata de establecer cuándo, a juicio del ordenamiento jurídico, una persona declara mediante su aporte que el hecho delictivo le pertenece.

Un problema en sí mismo es la desvinculación de la intervención delictiva de las formas específicas de evitabilidad individual. La idea de que toda mancomunidad tiene que ser intencional o al menos dolosa está muy arraigada, pero no es correcta. Por un lado, las formas de intervención delictiva no son dolosas ni imprudentes. Lo que es doloso o imprudente es la clase de imputación subjetiva que se predicará de cada interviniente respecto de ese hecho.

Por otro lado, la determinación de cuál es el “hecho” o, lo que es igual, qué segmento de la realidad es de incumbencia de todos los actores y por consiguiente se les imputará en forma mancomunada, es en primer lugar un problema de imputación objetiva y, en segundo lugar, una cuestión de evitabilidad en general (el hecho deber haber sido evitable para todos los intervinientes). Sólo en tercer lugar – y sobre todo: una vez que ya se sabe si existe o no intervención delictiva – se plantea el problema de la forma concreta de evitabilidad (dolo o culpa) que concurre en cada interviniente. Por eso es que, por ejemplo, el dolo nunca recibe un tratamiento accesorio, y que en los casos de preterintencionalidad no es razonable dividir el hecho total para los efectos de afirmar intervención en el segmento doloso y luego negarla respecto del segmento culposo.⁵⁶

Aunque esta contribución se ocupa básicamente de la crisis dogmática de la teoría de la intervención (la teoría no explica lo que debería explicar, y por lo tanto está incompleta o es errónea, o ambas cosas a la vez), también parece conveniente echar un vistazo a la praxis. Por un lado se observa la incapacidad de la teoría de la intervención actual para explicar una responsabilidad mancomunada en el ámbito imprudente. En esto es acertado el diagnóstico de *Puppe*:⁵⁷ la intervención delictiva en el hecho imprudente es impensable o resulta incoherente a partir de las categorías actuales de la dogmática de la intervención delictiva. Por otro lado, la ampliación más allá de todo límite del dominio organizacional, la creación vertiginosa de deberes abstractos de supervigilancia,⁵⁸ la revitalización de las teorías del complot en el derecho penal internacional, y un largo etcétera, dan cuenta de los esfuerzos político-legislativos por aprehender formas de intervención que durante largos años han resultado invisibles para el derecho penal. En todos estos ámbitos, sin embargo, el discurso garantista convive con fuertes procesos de criminalización y con un severo relajamiento de las reglas positivas para la imposición de la pena de autor.

La propuesta insinuada en estas líneas viene a ser entonces la siguiente: la clave para hacer frente a los desafíos de las nuevas formas de criminalidad e intervención, resguardando a la vez el carácter garantista del derecho penal, no está en un concepto restrictivo de autor, sino en un concepto restrictivo del tipo penal y, por lo tanto, de la realización típica. Lo que hay que dejar de lado es la idea de que la causación dolosa o culposa de un resultado lesivo

⁵⁶ Al respecto últimamente y con referencias *Renzikowski*, „Die fahrlässige Mittäterschaft”, en: G. Dannecker (Fn. 41), p. 436.

⁵⁷ *Puppe*, „Wider die fahrlässige Mittäterschaft”, GA 2004, p. 129 y ss. Sobre el estado actual de la discusión véase *Renzikowski* (Fn. 41), p. 423 y ss.

⁵⁸ A favor de esta evolución *Roxin*, „Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft”, ZStR 2007, p. 20 y ss., siguiendo en parte planteamientos de *Tiedemann* y *Bottke*, al constatar la imposibilidad de aplicar el *topos* del dominio organizacional en la mayor parte de los casos de delincuencia desde la empresa.

funda responsabilidad penal, a no ser que se demuestre lo contrario. Este error naturalista es el que las teorías sobre la autoría y la participación han pretendido infructuosamente corregir por la vía de sumar requisitos fácticos a la causación consciente. Si, por el contrario, se precisa el alcance del tipo penal utilizando criterios normativos – el instrumental de la teoría de la imputación objetiva –, entonces dicho alcance se reduce considerablemente, pues la norma y la sanción aparecen en su contexto, ligadas a su función de asegurar una motivación predominante de respeto a las reglas básicas de convivencia en libertad. Este punto de vista resulta restrictivo en cuanto al alcance del tipo penal, ya que da cabida a la pregunta previa por el deber de evitar un determinado suceso. Sin la constatación de tal deber, la pregunta por una cierta causación consciente se encuentra suspendida en el vacío. Y en lo que aquí interesa: sin determinar el alcance y límites del deber implícito en el tipo, ¿cómo se podría establecer el alcance y límites de un deber mancomunado de evitar su realización? Esta determinación no tiene que ver con la cognoscibilidad de los presupuestos de la (no-)causación, sino con la definición de esferas de responsabilidad respecto de un suceso. La identificación y delimitación de tales esferas de responsabilidad es justamente la tarea de la imputación objetiva.

Cuando se asume que el derecho penal no se interesa por un brazo roto o una caja de caudales vacía, sino por la expresión de sentido de una o varias personas que con su hecho declaran que el orden social no les obliga, entonces resulta posible plantearse las preguntas que realmente importan: ¿cuál es el significado la conducta desde la perspectiva de las valoraciones sociales?; la prestación que realizó el sujeto, ¿tiene que interpretarse en esta sociedad – con su concreta estructura de expectativas, en parte contenida en su derecho positivo – como un involucramiento punible en el hecho delictivo que se cometió utilizando dicha prestación? No se afirma aquí que las respuestas a estas preguntas sean sencillas, sino sólo que ellas no se alcanzarán nunca si se abordan desde los prejuicios del naturalismo. Pues ellas dependen de que se reconozca – en paralelo al modelo de imputación del actuar en solitario – un modelo de imputación propio de la actuación conjunta. Semejante modelo no existe en la naturaleza, sino sólo como categoría estrictamente jurídica.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zur Ermittlungs- und Abschlusskompetenz in Steuerstrafsachen

1. Zum Zusammenwirken von Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Zu strafrechtlichen Folgen bei vorwerfbarer Verfahrensverzögerung. (Amtliche Leitsätze)
2. Die Finanzbehörde hat die Staatsanwaltschaft über alle bei der Steuerfahndung anhängigen Ermittlungsverfahren, bei denen eine Evokation nicht fern liegt, frühzeitig zu unterrichten. (Leitsatz des Verf.)

AO § 386 Abs. 4; StGB § 258a

BGH, Beschl. v. 30.4.2009 – 1 StR 90/09*

Der zu besprechende Beschluss des Bundesgerichtshofs ist schon deswegen von Interesse, weil die entscheidungsrelevante Vorschrift des § 386 AO den Brennpunkt steuerlicher und strafprozessualer Kompetenzen im Steuerstrafverfahren bildet.¹ In der Sache geht es zum einen um das gesetzlich nicht hinreichend klar geregelte Zusammenwirken von Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft und zum anderen um die Konsequenzen für den Fall einer hieraus resultierenden vorwerfbareren Verfahrensverzögerung.

Was war geschehen? Nach den Feststellungen der Strafkammer hatte der Angeklagte insgesamt € 2.439.888 an Einkommens- und Gewerbesteuer in den Veranlagungszeiträumen 1997 und 1998 hinterzogen.² Nachdem die Steuerfahndung am 27.8.1999 ein Ermittlungsverfahren eingeleitet und ihm dies am 14.1.2000 bekannt gegeben hatte, wurde die Angelegenheit im Juli 2002 der Bußgeld- und Strafsachenstelle zugeleitet. Zuvor hatte es – wie sich aus einem Bericht der Steuerfahndung vom 15.2.2002 ergibt – offenkundig Überlegungen gegeben, den Fall wegen seiner Bedeutung und Größenordnung an die Staatsanwaltschaft abzugeben, wobei sogar eine Inhaftierung im Raum stand. Nach Steuerneuberechnungen und sonstigen, laut Schilderung des Bundesgerichtshofs, weitgehend vom Angeklagten bzw. seiner Verteidigung veranlassten Verfahrensvorgängen wurden die Akten der Staatsanwaltschaft gleichwohl erst am 18.3.2004 zum Zwecke der Anklageerhebung vorgelegt, die sodann am 6.5.2004 erfolgte. Aufgrund der verspäteten Abgabe der Angelegenheit an die Staatsanwaltschaft stellte die Strafkammer eine konventionswidrige Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens von zwei Jahren fest. Sie verurteilte den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten, bestimmte aber zugleich, dass acht Monate der erkannten Strafe als verbüßt gelten.

* Abgedr. in: NJW 2009, 2319.

¹ So ausdrücklich Rüping, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Kommentar, (Bd. 10), 10. Aufl., 175. Lieferung, Stand: Oktober 2002, § 386 AO Rn. 1.

² BGH NJW 2009, 2319.

Dass in dieser Weise im Steuerstrafverfahren Kompetenzen von Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft konfliktieren können, erinnert an eine Zeit, in der der (Steuer-)Verwaltung selbständige Strafgewalt zukam, bis diese Ausprägung des früheren Verwaltungsstrafrechts im Jahre 1967 für verfassungswidrig erklärt wurde.³ Allerdings beschränken sich auch heute die Befugnisse der Finanzbehörden keineswegs auf die Realisierung des staatlichen Steueranspruchs, sondern sie sind in vielfältiger Weise in die Strafverfolgung von Steuerdelikten eingebunden. § 386 AO stellt insoweit eine zentrale Schnittstelle zwischen Steuerrecht und Strafrecht dar, als im Hinblick auf die strafrechtliche Verfolgung von Steuerstraftaten eine konkurrierende Kompetenz von Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft begründet wird. Damit ist zugleich die Möglichkeit von Kompetenzkonflikten gegeben, was umso mehr gilt, weil fiskalische und strafrechtliche Rationalität keineswegs kongruent zueinander sind. Hieraus ergibt sich ein Bedrohungspotential für die Rechtsstellung des Beschuldigten, für das die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende Fallgestaltung ein eindrucksvolles Beispiel ist.

Bei § 386 AO handelt es sich um eine auf der Grundlage des § 385 Abs. 1 AO getroffene Spezialregelung für das Steuerstrafverfahren, die in Abweichung von §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO in bestimmten Grenzen die Zuständigkeit der Finanzbehörde für die Strafverfolgung von Steuerdelikten bestimmt. Während § 386 Abs. 1 AO eine allgemeine Ermittlungskompetenz statuiert, durch die die Finanzbehörde polizeiliche Funktionen samt der Rechte aus §§ 402, 403 AO ausübt, räumt ihr § 386 Abs. 2 AO eine selbständige Ermittlungs- und Abschlusskompetenz ein. Nach § 399 Abs. 1 AO nimmt sie dann jene Rechte und Pflichten wahr, die der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zustehen, und kann nach § 400 AO beim zuständigen Richter sogar den Erlass eines Strafbefehls beantragen. Obwohl sie organisatorisch nach wie vor in die Finanzverwaltung eingebunden ist, operiert sie funktional als (Straf-)Justizbehörde.⁴

Zwar weist die in § 386 Abs. 2 AO normierte selbständige Ermittlungs- und Abschlusskompetenz gegenüber der allgemeinen Ermittlungskompetenz aus § 386 Abs. 1 AO Ausnahmecharakter auf, jedoch hat sich dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Praxis weitgehend umgekehrt: Das selbständige Tätigwerden der Finanzbehörde stellt in Steuerstraf-

³ Vgl. BVerfGE 22, 49 (73 ff.). Zur Geschichte siehe Rüping (Fn. 1), § 386 AO Rn. 1 ff.; dens., ZStW 95 (1983), 894 (914). Zum Zusammenhang zwischen Evokationsrecht und BVerfGE 22, 49 siehe insbesondere Scheu, wistra 1983, 136 (137).

⁴ Dumke, in: Schwarz (Hrsg.), Kommentar zur AO, 128. Lieferung; Stand: April 2008, § 386 Rn. 5; Muhler, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 7; Wannemacher/Seipl, Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2004, § 386 Rn. 18.

verfahren den rechtstatsächlichen Normalfall dar.⁵ Dafür, der Finanzbehörde eine selbständige Ermittlungs- und Abschlusskompetenz einzuräumen, lassen sich prima vista gute Gründe finden: Neben der Wahrung des Steuergeheimnisses⁶ vor allem die Nutzung ihres Sachverstandes und die Vermeidung unnötiger und doppelter Ermittlungen einerseits im Besteuerungs- und andererseits im (Steuer-)Strafverfahren, denn steuerliche und strafrechtliche Ermittlungen lassen sich schon wegen des Blankettcharakters des materiellen Steuerstrafrechts im Regelfall nicht trennen.⁷

Ungeachtet der aus § 386 Abs. 2 AO resultierenden selbständigen Ermittlungs- und Abschlusskompetenz der Finanzbehörde bleibt aber – worauf der Bundesgerichtshof ausdrücklich hinweist –⁸ die Staatsanwaltschaft Herrin des Verfahrens,⁹ da sie im Grundsatz ihr Ermittlungs- und Anklagemonopol behält.¹⁰ Die Finanzbehörde übt für die Staatsanwaltschaft allenfalls ein „Mandat des öffentlichen Rechts“ aus.¹¹ Dementsprechend kann sie die Steuerstrafsache nicht nur jederzeit an die Staatsanwaltschaft abgeben (§ 386 Abs. 4 S. 1 AO), sondern diese kann im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens die Strafsache jederzeit an sich ziehen (§ 386 Abs. 4 S. 2 AO), auch wenn dieses Evokationsrecht innerhalb der Finanzverwaltung, die offenbar teilweise den guten alten Zeiten des Verwaltungsstrafrechts nachtrauert, als „Bvormundung“ empfunden wird.¹²

Indes kam es in der dem Beschluss des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Fallgestaltung lange Zeit weder zu einer Abgabe noch zu einer Evokation: Nach der Sachverhaltsschilderung vergingen immerhin etwa viereinhalb Jahre bis die Staatsanwaltschaft erstmals auch nur Kenntnis von dem bei der Finanzbehörde anhängigen Ermittlungsverfahren hatte.¹³

Auch wenn man sich insoweit im Bereich des Spekultativen bewegt, liegt es zunächst nahe, dass die späte Abgabe der Angelegenheit auf eine zwischen beiden Institutionen praktizierte Übung zurückzuführen ist, nach der der Staatsanwaltschaft möglichst nur weitgehend „ausermittelte“ Verfahren vorgelegt werden sollten.¹⁴ Hierfür könnte die später äußerst zügige Anklageerhebung – zwischen dem Eingang der Akten bei der Staatsanwaltschaft am 18.3.2004 und der Anklage am 6.5.2004 lagen gerade einmal eineinhalb Monate – sprechen. Allerdings teilt der Bundesgerichtshof mit, dass die Staatsanwaltschaft bis zum Akteneingang weder in die Ermittlungen eingebunden noch „soweit ersichtlich“ über die Existenz eines Ermittlungsverfahrens informiert war.¹⁵

Weiter führt die Überlegung, mit welcher Zielsetzung die Finanzbehörde von den ihr in § 386 Abs. 2 AO eingeräumten Befugnissen Gebrauch macht, denn im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft ist ihr eigentliches Geschäft nicht die Aufklärung und Anklage von Straftaten, sondern die Realisierung des staatlichen Steueranspruchs. Selbst wenn sie im Rahmen von § 386 Abs. 2 AO als (Straf-)Justizbehörde fungiert, mag ihre nach wie vor gegebene organisatorische Einbindung in die Finanzverwaltung sie dazu verleiten, mit fiskalischer Motivation tätig zu werden und die ihr zugewiesenen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungs- und Abschlussbefugnisse unter Missachtung menschenrechtlicher oder rechtsstaatlicher Begrenzungen staatlicher Strafverfolgungsmacht einzusetzen.¹⁶ Neben dem rechtsmissbräuchlichen Einsatz jener Befugnisse¹⁷ kann das Ziel der Realisierung staatlicher Steueransprüche vor allem dazu führen, Ermittlungen zeitlich weiter auszudehnen als dies im Hinblick auf das Recht auf angemessene Verfahrensbeschleunigung zulässig ist. Dieses Recht, das sich zum einen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK und zum anderen aus dem Anspruch auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ergibt,¹⁸ beinhaltet die rechtzeitige Übertragung einer Angelegenheit auf eine andere zur Strafverfolgung zuständige Institution – im konkreten Fall: von der Finanzbehörde auf die Staatsanwaltschaft.¹⁹ Selbstverständlich ist die Verletzung des Rechts auf angemessene Verfahrensbeschleunigung – die Judikatur zur rechtswidrigen Verfahrensverzögerung durch die Strafjustiz ist Legion (!) – keineswegs die ausschließliche Domäne von Finanzbehörden, die auf der Grundlage ihrer selbständigen Ermittlungs- und Abschlusskompetenz tätig werden. Aber ebenso wie die Strafjustiz dieses Recht aus den Augen zu verlieren droht, sofern für sie nur noch das Ziel einer Verurteilung handlungsleitend ist, kann dies der Fall

⁵ *Joecks*, in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Hrsg.), *Steuerstrafrecht*, 7. Aufl. 2009, § 386 Rn. 12; *Hardtke/Westphal*, *wistra* 1996, 91 (92).

⁶ So insbesondere *Joecks* (Fn. 5), § 386 Rn. 8; *Wannemacher/Seipl* (Fn. 4), § 386 Rn. 6.

⁷ *Bohnert*, in: Volk (Hrsg.), *Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 2006, § 30 Rn. 159; *Dumke* (Fn. 4), § 386 Rn. 4; *Gast-de Haan*, in: Klein/Orlopp (Hrsg.), *Abgabenordnung*, 10. Aufl. 2009, § 386 Rn. 2; *Himsel*, in: Koch/Scholz (Hrsg.), *Abgabenordnung*, 5. Aufl. 1996, § 386 Rn. 3; *Klos/Weyand*, *DStZ* 1988, 615 (617); *Kummer*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl. 2007, 18. Kap., Rn. 147.

⁸ BGH NJW 2009, 2319.

⁹ OLG Stuttgart *wistra* 1991, 190; *Hardtke/Westphal*, *wistra* 1996, 91 (92); *Joecks* (Fn. 5), § 386 Rn. 4; *Kummer* (Fn. 7), Kap. 18, Rn. 194; *Scheu*, *wistra* 1983, 136 (137); *Weyand*, *wistra* 1994, 87. Anders *Dumke* (Fn. 4), § 386 Rn. 18c, d, der aber darauf verweist, dass die finanzbehördliche Verfahrensherrschaft unter Vorbehalt steht. Ähnlich *Klos/Weyand*, *DStZ* 1988, 615 (618); *Liebsch/Reifelsberger*, *wistra* 1993, 325.

¹⁰ *Gast-de Haan* (Fn. 7), § 386 Rn. 9.

¹¹ So ausdrücklich *Rüping* (Fn. 1), § 386 AO Rn. 8.

¹² Vgl. etwa *Joecks* (Fn. 5), § 386 Rn. 41.

¹³ BGH NJW 2009, 2319.

¹⁴ Vgl. *Kummer* (Fn. 7), Kap. 18, Rn. 201.

¹⁵ BGH NJW 2009, 2319.

¹⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang *Kummer* (Fn. 7), Kap. 18, Rn. 198; *Weyand*, *wistra* 1994, 87 (89 f.).

¹⁷ Vgl. die Hinweise bei *Kummer* (Fn. 7), Kap. 18, Rn. 164; *Rüping* (Fn. 1), § 386 AO Rn. 10.

¹⁸ *Himsel* (Fn. 7), § 386 Rn. 12; *Krawczyk*, JR 2009, 172 (173); *Rüping* (Fn. 1), § 385 AO Rn. 14 Fn. 5; *Wannemacher/Seipl* (Fn. 4), § 385 Rn. 16 f.; *Wohlers*, JR 1994, 138 (139 ff.).

¹⁹ Vgl. *Krehl/Eidam*, *NStZ* 2006, 1 (5).

sein, wenn die Finanzbehörde ausschließlich die Erzielung eines steuerlichen Mehrergebnisses anstrebt.

Das eigentliche Problem besteht darin, dass durch die Abgabenordnung weder die Voraussetzungen der Abgabe (§ 386 Abs. 4 S. 1 AO) noch der Evokation (§ 386 Abs. 4 S. 2 AO) konkretisiert werden. Damit besteht eine Situation, in der zwei Institutionen, die im Hinblick auf das Steuerstrafverfahren zwar dieselbe Funktion ausüben sollen, aber organisatorisch unterschiedlich eingebunden sind und deswegen im Einzelfall mit diametral entgegengesetzter – fiskalischer versus strafrechtlicher – Motivation tätig werden, kooperieren oder sich aber zumindest wechselseitig informieren müssten.

Der Bundesgerichtshof geht der Frage, wie dieses Verhältnis der Kooperation oder Information auszugestalten ist, vornehmlich aus der Perspektive der Staatsanwaltschaft und des ihr zustehenden Evokationsrechtes nach, indem er hervorhebt, dass die sachgerechte Ausübung dieses Rechts jedenfalls eine Kenntnis von den durch die Finanzbehörde betriebenen Ermittlungsverfahren voraussetzt.²⁰ Allerdings wird man davon auszugehen haben, dass der Abgabe und Evokation inhaltlich dieselben Voraussetzungen zugrunde liegen: Konstellationen, in denen die Staatsanwaltschaft ein Steuerstrafverfahren von der Finanzbehörde zu evozieren hat, sind damit stets zugleich Konstellationen, in denen die Finanzbehörde ein solches Verfahren ohnehin abzugeben hat. Es geht deshalb darum, generell jene Voraussetzungen zu formulieren, unter denen de lege lata eine Kompetenz der Finanzbehörde oder Staatsanwaltschaft besteht.

Aus der Abgabenordnung, die sowohl die Abgabe als auch die Evokation in das Ermessen („kann“) von Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft stellt, ist zunächst allenfalls eine Pflicht zur rechtmäßigen Ausübung dieses Ermessens zu extrahieren. Zwar empfiehlt Nr. 72 Abs. 1 der Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren (Steuer) (AStBV) Kontaktgespräche zwischen Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft, während deren Nr. 18 Angaben dazu enthält, in welchen Konstellationen die Finanzbehörde eine Steuerstrafsache an die Staatsanwaltschaft abgeben soll.²¹ Insoweit handelt es sich jedoch um bloße Verwaltungsvorschriften der Finanzbehörde, die als Innenrecht keinerlei Ansprüche der Staatsanwaltschaft auf Kooperation oder Information gewähren. Umgekehrt enthält Nr. 267 Abs. 1 RiStBV aus Sicht der Staatsanwaltschaft Angaben dazu, wann von dem Evokationsrecht aus § 386 Abs. 4 S. 2 AO Gebrauch gemacht werden soll, was aber – wie der Bundesgerichtshof treffend hervorhebt – notwendig die entsprechende Kenntnis der Staatsanwaltschaft von einem bei der Finanzbehörde geführten Steuerstrafverfahren voraussetzt, an der es in der Rechtswirklichkeit bereits oftmals fehlt.²²

Versucht man, das § 386 Abs. 4 AO zugrunde liegende Kooperations- oder Informationsverhältnis inhaltlich zu konturieren, muss man trotz der Herrschaft der Staatsanwaltschaft über das Ermittlungsverfahren zunächst davon ausgehen, dass die Finanzbehörde nicht auf die Rolle eines bloßen Hilfsorgans zu reduzieren ist, da § 386 Abs. 2 AO eine selbständige Ermittlungs- und Abschlusskompetenz statuiert. Dementsprechend dürfen ihr durch die Staatsanwaltschaft keine rechtlich bindenden Weisungen erteilt oder bestimmte Ermittlungen vorgeschrieben werden.²³ Darüber hinaus besteht gegenüber der Staatsanwaltschaft keine allgemeine Informationspflicht der Finanzbehörde,²⁴ die ebenfalls kaum mit der Einräumung einer selbständigen Ermittlungs- und Abschlusskompetenz in Einklang zu bringen wäre.

Indes sind damit allenfalls gewisse Leitlinien für die Abgrenzung der jeweiligen Kompetenzen formuliert, die wenig Anhaltspunkte dafür liefern, in welchen Konstellationen denn sonst ein durch die Finanzbehörde betriebenes Steuerstrafverfahren abzugeben oder zu evozieren ist. Der Bundesgerichtshof nähert sich der Problematik, indem er eine der Finanzbehörde obliegende Unterrichtungspflicht für alle „in Betracht kommenden Fälle“ annimmt, „bei denen eine Evokation nicht fern liegt“.²⁵ Da die Voraussetzungen, unter denen ein Verfahren abzugeben oder zu evozieren ist, identisch sind, wird der Finanzbehörde damit zwar nicht abverlangt, sich in die Rolle der Staatsanwaltschaft zu versetzen. Viel Klarheit schaffen die Ausführungen des Bundesgerichtshofs aber nicht, zumal der Umstand, dass die Wendung der „in Betracht kommenden Fälle“ in Anführungszeichen steht, den Verdacht nahe legt, der Bundesgerichtshof traue seiner eigenen Abgrenzungsformel nicht. Ein solcher Verdacht findet eine gewisse Bestätigung darin, dass anschließend durch den Bundesgerichtshof einige Konstellationen benannt werden, in denen in jedem Falle die Kompetenz der Staatsanwaltschaft begründet sein soll: die besondere öffentliche Aufmerksamkeit der Sache, die Erledigungsfähigkeit im Wege des Strafbefehlsverfahrens, die Erforderlichkeit einer Anklage beim Landgericht aufgrund ihrer Größe oder Bedeutung und schließlich die Schwierigkeiten der Beweislage.²⁶ Diese Beispiele basieren letztlich auf der Prämisse, dass es offenbar Angelegenheiten gibt, die in einem Rechtsstaat in die originäre Kompetenz einer Staatsanwaltschaft und eben nicht einer Finanzbehörde fallen, weil ihnen eine gewisse Bedeutung eigen ist. Die Klarstellung, nach der für die Staatsanwaltschaft – eine entsprechende öffentliche Aufmerksamkeit vorausgesetzt – die Übernahme einer „auch kleineren Sache“ in Betracht

²⁰ BGH NJW 2009, 2319.

²¹ *Dumke* (Fn. 4), § 386 Rn. 25; *Kummer* (Fn. 7), Kap. 18, Rn. 161, 196. Kritisch zu den AStBV *Hellmann*, wistra 1994, 13; *Joecks* (Fn. 5), § 385 Rn. 16; *Rüping* (Fn. 1), § 385 AO Rn. 7 f.

²² BGH NJW 2009, 2319.

²³ OLG Stuttgart wistra 1991, 190; *Hardtke/Westphal*, wistra 1996, 91 (92); *Erb*, in: *Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 160 Rn. 12.

²⁴ *Hardtke/Westphal*, wistra 1996, 91 (92); *Klos/Weyand*, DStZ 1988, 615 (620); *Weyand*, wistra 1994, 87 (89).

²⁵ BGH NJW 2009, 2319.

²⁶ BGH NJW 2009, 2319.

kommt,²⁷ kann als Hinweis darauf gedeutet werden, dass das Vertrauen der Bevölkerung in das Wirken einer Staatsanwaltschaft im Zweifel größer sein wird als in das einer Finanzbehörde, die sich aufgrund ihrer originär fiskalischen Orientierung im Zweifel weniger dem Ziel der Realisierung des staatlichen Straf- als dem des staatlichen Steueranspruchs verpflichtet fühlt. Dies gilt umso mehr, wenn man an Fallgestaltungen denkt, in denen die Finanzbehörde eine Absprache mit dem Betroffenen des Inhalts erzielt, im Gegenzug für die Anerkennung und Begleichung der Steuerschuld strafrechtliche Ermittlungen einzustellen oder Vorgänge von einer Straftat zu einer bloßen Ordnungswidrigkeit herabzustufen, sofern nur ein steuerliches Mehrergebnis erzielt wird.²⁸ Weiter scheinen jedenfalls Vorgänge in die originäre Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zu fallen, bei denen dem Beschuldigten eine hohe Strafe droht, worauf der Rekurs auf die Erledigungsfähigkeit im Wege eines Strafbefehls oder die Erforderlichkeit einer Anklage beim Landgericht hindeutet. Im konkreten Fall war hiervon schon wegen der Höhe der hinterzogenen Summe – es ging immerhin um € 2.439.888 – auszugehen. Offenbar besteht somit ein Zusammenhang zwischen der zu erwartenden Strafhöhe und der prozessualen Ermittlungs- und Abschlusskompetenz. Der Verweis auf die Schwierigkeit der Beweislage deutet an, dass der Bundesgerichtshof einer Staatsanwaltschaft aufgrund eines entsprechenden Erfahrungshorizontes eher zutraut, mit komplexen Beweissituationen fertig zu werden, zumal sich die Bedeutung einer Angelegenheit im Regelfall überhaupt erst nach einer Aufklärung des Sachverhalts zeigt. Der vorliegende Fall hätte überdies einen weiteren Anhaltspunkt für die Übernahme des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft geboten: Zumindest zu Beginn der Ermittlungen stand offenbar eine Inhaftierung des Beschuldigten im Raum, was sich aus jener Bemerkung im Bericht der Steuerfahndung vom 15.2.2002 ergibt.²⁹ Nach § 386 Abs. 3 AO endet die selbständige Ermittlungs- und Abschlusskompetenz der Finanzbehörde an sich zwar erst, „sobald gegen einen Beschuldigten wegen der Tat ein Haftbefehl oder ein Unterbringungsbeehl erlassen ist“. Indes kann man hieraus schließen, dass jedenfalls bei strafprozessualen Maßnahmen mit erheblicher Eingriffsintensität die Kompetenz der Staatsanwaltschaft begründet ist. Dementsprechend macht die Finanzbehörde in der Praxis von der Befugnis auf Beantragung eines Haftbefehls kaum Gebrauch, sondern gibt die Sache nach Nr. 18 Abs. 1 (Steuer) AStBV im Regelfall schon vorher an die Staatsanwaltschaft ab.³⁰

Auch wenn das nach dem Grad öffentlicher Aufmerksamkeit, zu erwartender Strafhöhe, bestehender Beweisschwierigkeiten und Eingriffsintensität konkretisierbare Kriterium der Bedeutung einer Angelegenheit offenbar der dem Bundesgerichtshof vorschwebende Maßstab für die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Finanzbehörde und Staats-

anwaltschaft ist, bleiben Zweifel. Auf einer abstrakten begrifflichen Ebene wird man sich auf ein solches Kriterium ebenso einigen können, wie man die vom Bundesgerichtshof geschilderten Beispiele der alleinigen Kompetenz der Staatsanwaltschaft schon deshalb zuweisen wird, weil es sich sämtlich um „klare Fälle“ handelt. Die Probleme beginnen jenseits abstrakter Begrifflichkeiten und eindeutiger Fallkonstellationen. Der Versuch, die Abgrenzung über abstrakte Begrifflichkeiten oder eine konkrete Kasuistik vorzunehmen, verdeckt den Umstand, dass eine auch in Grenzfällen trennscharfe Abgrenzung der Kompetenzen von Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft vielleicht gar nicht möglich ist.

Schließlich stellt sich die Frage, welche Konsequenzen an eine pflichtwidrige Ausübung des Ermessens in Bezug auf die Abgabe oder Evokation zu knüpfen sind, denn der Abgabenordnung lassen sich insoweit keine Anhaltspunkte entnehmen. Die Frage ist schon deswegen von Bedeutung, weil die Sanktionierung einer pflichtwidrigen Ermessensausübung das einzige Instrument ist, um Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft zu einer pflichtgemäßen Ausübung ihres Ermessens anzuhalten.

Neben der auch mit Blick auf diejenigen politischen und ministeriellen Entscheidungsträger, die der an einem chronischen personellen und sachlichen Ressourcenmangel leidenden Strafjustiz fortwährend die an sich zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Mittel vorenthalten, nicht unbrisanten Mahnung, im Falle unzureichender Personalausstattung drohe eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB),³¹ verweist der Bundesgerichtshof vor allem auf die Rechtsfolgen im Falle einer Verletzung des Rechts auf angemessene Verfahrensbeschleunigung.³² Hierbei stellt er klar, dass konkret keine über das von der Strafkammer festgestellte Ausmaß hinausgehende konventionswidrige Verfahrensverzögerung vorlag, da „die fehlende frühzeitige Unterrichtung der Staatsanwaltschaft hier zu keiner (weiteren) Verfahrensverzögerung (während des Ermittlungsverfahrens) geführt hat“, was insbesondere auf die rasche Anklageerhebung nach Eingang der Akten zurückzuführen sei.³³

Daran ist zunächst richtig, dass sich das Recht auf angemessene Verfahrensbeschleunigung auch auf das Ermittlungsverfahren erstreckt, selbst wenn die Untersuchung des Tatverdachts hier nicht denselben Grad finaler Zielgenauigkeit aufweist wie in späteren Verfahrensstadien, da sich strafprozessuale Ermittlungen gerade zu Beginn im Wege von „trial and error“ vollziehen.³⁴ Anders als Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG, die von vornherein keine zeitliche Begrenzung enthalten,³⁵ stellt Art. 6 Abs. 1 EMRK seinem Wortlaut nach zwar auf eine „erhobene strafrechtliche Anklage“ ab. Jedoch

³¹ Vgl. hierzu auch *Fischer*, jurisPR-SteuerR 31/2009 Anm. 1 C.

³² BGH NJW 2009, 2319 (2320).

³³ BGH NJW 2009, 2319 (2320).

³⁴ *Gaede*, wistra 2004, 166 (168); *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1 (3); *Wohlers*, JR 1994, 138 (140). Vgl. in diesem Zusammenhang BVerfG NJW 1993, 3254 (3255); BVerfG, NJW 2006, 672 (673).

³⁵ In diesem Sinne auch *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1 (5).

²⁷ BGH NJW 2009, 2319.

²⁸ Vgl. *Kummer* (Fn. 7), Kap. 18, Rn. 161, 196.

²⁹ BGH NJW 2009, 2319.

³⁰ *Dumke* (Fn. 4), § 386 Rn. 25; *Kummer* (Fn. 7), Kap. 18, Rn. 161, 196.

wird die Vorschrift nicht in diesem rein technischen Sinne interpretiert, stattdessen kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem der Beschuldigte von einem ihn betreffenden Strafverfahren in Kenntnis gesetzt wird.³⁶

Ob im konkreten Fall eine Überlänge vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, wobei neben Schwere und Art des Vorwurfs, Umfang und Schwierigkeit des Verfahrens, Art und Weise der Ermittlungen sowie Ausmaß der Belastungen für den Beschuldigten grundsätzlich auch dessen Prozessverhalten von Bedeutung sein kann.³⁷ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren betont, dass allenfalls rechtsmissbräuchliches Prozessverhalten für die Beurteilung einer Überlänge Relevanz hat.³⁸ Vor diesem Hintergrund wirft jene im Beschluss des Bundesgerichtshofs enthaltene Mitteilung Zweifel auf, nach der die späte Zuleitung der Akten von der Buß- und Strafsachenstelle an die Staatsanwaltschaft „nach Steuerneuberechnungen und sonstigen (weitgehend vom Angeklagten bzw. seiner Verteidigung veranlassten und in der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft im Einzelnen dargestellten) Verfahrensvorgängen“ erfolgt sei.³⁹ Die Veranlassung von Steuerneuberechnungen oder anderen Verfahrensvorgängen verdient kaum das Verdikt des Rechtsmissbrauchs, sondern ist angesichts der Bewertungsoffenheit steuerlicher Festsetzungen zulässiges Verteidigungshandeln.

Die Ablehnung einer weiteren konventionswidrigen Verfahrensverzögerung aufgrund der schnellen Anklageerhebung

³⁶ Zum Ganzen siehe *Gaede*, wistra 2004, 166 (168); *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1 (5); *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, Art. 6 EMRK Rn. 8; vgl. ferner BVerfG NJW 1993, 3254 (3256). Teilweise wird darüber hinausgehend darauf abgestellt, ab wann sich das Strafverfahren beeinträchtigend auf den Beschuldigten auswirkt, vgl. etwa *Schädler*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, Art. 6 EMRK Rn. 11. Im Regelfall werden die beeinträchtigende Auswirkung – etwa durch Durchsuchung, Festnahme oder Arrestierung von Vermögenswerte – und die Inkenntnissetzung zeitlich zusammenfallen. Indes wird man mit Blick auf die besondere Bedeutung des Rechts auf angemessene Verfahrensbeschleunigung keinesfalls isoliert auf eine beeinträchtigende Auswirkung abstellen können, denn ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von einem Strafverfahren hat der Beschuldigte einen Anspruch auf eine zügige Behandlung der Angelegenheit.

³⁷ *Schädler* (Fn. 36), Art. 6 EMRK Rn. 34 f.; BGH NStZ 2005, 579.

³⁸ BVerfG NJW 2006, 668 (670); BVerfG NJW 2006, 672 (676 f.); anders BVerfG StV 1993, 352 (353).

Auch der EGMR betont, dass ausholendes Prozessverhalten eines Beschuldigten keineswegs der Annahme eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK entgegensteht, vgl. EGMR EuGRZ 1983, 371; EGMR NJW 1986, 647. Kritisch *Schädler* (Fn. 36), Art. 6 Rn. 34 f. Mit Blick auf die EMRK siehe *Gaede*, wistra 2004, 166 (173 f.).

³⁹ Vgl. BGH NJW 2009, 2319.

durch die Staatsanwaltschaft verdient ebenfalls Beachtung. Eine solche „Verrechnung“ fügt sich in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein, der die Frage einer konventionswidrigen Überlänge am Maßstab einer ideellen Gesamtverfahrensdauer beurteilt.⁴⁰ Zwar taucht dieser Begriff in dem Beschluss des Bundesgerichtshofs nicht auf, er liegt aber implizit seinen Ausführungen zugrunde, da Bezugspunkt einer Verrechnung von zögerlich und zügig geführten Verfahrensabschnitten nur eine ideelle Gesamtverfahrensdauer sein kann. Eine solche Verrechnung erscheint von vornherein unzulässig in Konstellationen, in denen ein Strafverfahren zunächst zügig, dann aber zögerlich geführt wird, da frühe Eile keine spätere Untätigkeit legitimieren kann.⁴¹ Im hier vorliegenden umgekehrten Fall einer zunächst zögerlichen, dann aber zügigen Behandlung ist die Verrechnung ebenfalls bedenklich, da dem Beschuldigten in jedem einzelnen Verfahrensabschnitt das Recht auf angemessene Verfahrensbeschleunigung zusteht, selbst wenn damit aus Sicht der Strafjustiz die Möglichkeiten einer Heilung früherer Untätigkeit gegen Null tendieren.⁴² Dies muss insbesondere bei einer konkurrierenden Ermittlungs- und Abschlusskompetenz angesichts drohender Verzögerungen aufgrund unklarer Kompetenzabgrenzungen gelten, die sich nicht zum Nachteil des Beschuldigten auswirken dürfen. Demgegenüber verleitet die Rechtfertigung eines zögerlich betriebenen Verfahrensabschnitts am Maßstab einer ideellen Gesamtverfahrensdauer vor allem in notorisch lang andauernden Steuerstrafverfahren dazu, Verletzungen des Rechts auf angemessene Verfahrensbeschleunigung zu kaschieren.

Auch wenn er im konkreten Fall eine über die von der Strafkammer festgestellte weitere konventionswidrige Verfahrensverzögerung ablehnt, erinnert der Bundesgerichtshof an die nunmehr praktizierte Vollstreckungslösung.⁴³ Die Kompensation des objektiv erlittenen Verfahrensrechts durch die Verletzung des Rechts auf angemessene Verfahrensbeschleunigung erfolgt danach nicht länger über die Strafzumessung, sondern wird in die Strafvollstreckung eingegliedert: Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens kann somit ein konkret zu bestimmender Teil der Strafe als vollstreckt gelten.⁴⁴ Allerdings offenbart der vorliegende Fall einen Schwachpunkt der Vollstreckungs- gegenüber der vormaligen Strafzumessungslösung:⁴⁵ Im Be-

⁴⁰ Zur insoweit zurückhaltenderen Anwendung des Kriteriums der Gesamtverfahrensdauer durch den EGMR siehe *Gaede*, wistra 2004, 166 (172).

⁴¹ *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1 (4); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Gaede*, wistra 2004, 166 (171 f.).

⁴² Für die Beurteilung der Überlänge am Maßstab des jeweiligen Verfahrensabschnitts auch *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1 (4); *Wohlers*, JR 1994, 138 (139 f.).

⁴³ BGH NJW 2009, 2319 (2320). Der Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats findet sich in JR 2008, 31; kritisch *Roxin*, StV 2008, 14.

⁴⁴ BGHSt 52, 124 (137).

⁴⁵ Zur Strafzumessungslösung siehe auch *Paeffgen*, StV 2007, 487.

streben, die Kompensation des objektiven Verfahrensverstößes aus dem Vorgang der Strafzumessung herauszulösen, kann das Gericht nicht länger einen Strafabschlag vornehmen, sondern muss in einem ersten Schritt die schuldangemessene Strafe festsetzen, bevor es in einem zweiten Schritt einen bezifferten Teil der Strafe für vollstreckt erklären kann. Dies hat zur Folge, dass im Vergleich zur früheren Strafzumessungslösung weniger Fälle zur Bewährung ausgesetzt werden können.⁴⁶ Der Strafkammer, die den Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt hatte, dabei aber aufgrund einer konventionswidrigen Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens von zwei Jahren insgesamt acht Monate der erkannten Strafe als verbüßt bestimmte,⁴⁷ war der Rückgriff auf die Bewährungsvorschriften verwehrt. Eine Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 Abs. 2 StGB) schied aus, weil das Gericht den Konventionsverstoß nicht strafmildernd berücksichtigen und damit zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten gelangen konnte, was unter der Geltung der Strafzumessungslösung ohne weiteres möglich gewesen wäre. Abgesehen von der der Vollstreckungslösung zugrunde liegenden Prämisse, dass rechtswidriges Verhalten der Strafjustiz den staatlichen Strafanspruch als solchen nicht tangiert und der Staat die uneingeschränkte Legitimation zum Strafen behält,⁴⁸ wirft eine solche Konsequenz Bedenken im Hinblick auf den auch für Steuerstraftäter geltenden Strafzweck positiver Spezialprävention auf. Davon unberührt bleibt jedoch – auch hierauf weist der Bundesgerichtshof richtigerweise hin –,⁴⁹ dass ein großer zeitlicher Abstand zwischen Tat und Urteil sowie die Belastung des Beschuldigten durch ein lang andauerndes Verfahren selbständige Strafmilderungsgründe darstellen und deshalb auch ohne den Verstoß gegen das Recht auf angemessene Verfahrensbeschleunigung strafzumessungsrelevante Faktoren sind, die im Urteil kenntlich gemacht werden müssen (§ 267 Abs. 3 S. 1 StPO).⁵⁰

So begrüßenswert die mahnenden Worte des Bundesgerichtshofs sind, bleibt doch die Frage, ob derartige rein strafrechtlicher Rationalität entsprechende Sanktionen eine Finanzbehörde dazu anhalten, das Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Im Hinblick auf ihre originär fiskalische Orientierung, die weniger auf strafrechtliche Verurteilungen als auf die Erzielung eines steuerlichen Mehrergebnisses gerichtet ist, wäre eine fiskalische Sanktion im Zweifel wirksamer. Ein möglicher Ansatz (dies würde ein Tätigwerden des Gesetzgebers voraussetzen) könnte darin bestehen, bei pflichtwidriger Ermessensausübung durch die Finanzbehörde den Steueranspruch als verwirkt anzusehen und den verwirkten und einzu-

treibenden Betrag der Justizkasse zuzuweisen. Allerdings würde damit die Gesamtsituation noch verworrener, indem die an sich strafjustizielle Funktionen ausübende Finanzbehörde nunmehr mit fiskalischen Sanktionen zu rechnen hätte.

Abschließend: Die in § 386 Abs. 2 AO ermöglichte Ausübung strafjustizieller Funktionen durch die Finanzbehörde wirft Bedenken auf, weil abgesehen von eindeutigen Fallgestaltungen eine trennscharfe Abgrenzung der Kompetenz von Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft kaum möglich ist. Kompetenzfragen sind jedoch immer Gewaltenteilungsfragen, hinter denen sich die Frage nach dem Schutz des Einzelnen vor einem übermächtigen staatlichen Zugriff verbirgt. Die Brisanz dieser Fragen wird mit Blick auf die vorliegende Problematik nicht dadurch gemildert, dass die Finanzbehörde im Rahmen der selbständigen Ermittlungs- und Abschlusskompetenz an sich Funktionen der Strafjustiz ausübt. Denn das aus Sicht des Beschuldigten gegebene Bedrohungspotential resultiert daraus, dass sich die Finanzbehörde trotz Ausübung strafjustizieller Funktionen schon wegen der nach wie vor gegebenen organisatorischen Einbindung in die Finanzverwaltung nicht von ihrer fiskalischen Orientierung löst. Vor diesem Hintergrund wird man de lege ferenda zu überlegen haben, ob die in §§ 386 Abs. 2, 399 Abs. 1 AO erfolgende Übertragung staatsanwaltlicher Kompetenzen auf die Finanzbehörde richtig ist und – ungeachtet aller Zweckmäßigkeiten, die mit einem solchen Modell verbunden sind – Steuerstrafverfahren nicht doch ausschließlich von der Staatsanwaltschaft als der nach §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO hierzu originär berufenen Institution durchzuführen sind. Selbstverständlich ist nicht zu leugnen, dass die Finanzbehörde eine erhebliche Kompetenz in steuerrechtlichen Fragen hat. In strafrechtlichen Fragen fehlt ihr diese Kompetenz aber, so dass einiges dafür spricht, ihre Kompetenz in steuerrechtlichen Fragen ausschließlich für die Realisierung des staatlichen Steuer-, nicht aber des staatlichen Strafanspruchs zu nutzen.

Nachdem es (zu) lange gedauert hat, bis man erkannte, dass der (Steuer-)Verwaltung im Rechtsstaat keine Strafgewalt zukommt, ist es Zeit, die Ermittlungs- und Abschlusskompetenz hinsichtlich Steuerstraftaten allein bei der Staatsanwaltschaft zu konzentrieren.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

⁴⁶ Vgl. BGH JR 2008, 31 (34); BGHSt 52, 124 (141); kritisch *Schädler* (Fn. 36), Art. 6 EMRK Rn. 39. Ähnlich *Ignor/Bertheau*, NJW 2008, 2209 (2213); *Leipold*, NJW-Spezial 2008, 152.

⁴⁷ BGH NJW 2009, 2319.

⁴⁸ Zutreffend *Ignor/Bertheau*, NJW 2008, 2209 (2212 f.).

⁴⁹ BGH NJW 2009, 2319 (2320).

⁵⁰ Vgl. BGHSt 52, 124 (131); BGH NJW 1999, 1198; BGH JR 2008, 31 (34); *Meyer-Goßner* (Fn. 36), Art. 6 EMRK, Rn. 9b; *Schädler* (Fn. 36), Art. 6 EMRK Rn. 39; *Weber*, JR 2008, 36 (37).

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Die Zurückhaltung von „haftbefehlsreifen“ Tatvorwürfen durch die Staatsanwaltschaft zur Erlangung eines gesonderten Haftbefehls ist jedenfalls dann unzulässig, wenn die Taten ohne weiteres bereits Gegenstand eines parallel als Haftsache geführten Strafverfahrens hätten sein und abgehandelt werden können.

§ 121 StPO

OLG Dresden, Beschl. v. 31.3.2009 – 2 AK 6/09

Die Entscheidung ist die letzte in einer langen Reihe von Entscheidungen gegen die unzulässige „Reservehaltung“ von Haftbefehlen. Im Kern geht es darum, zu verhindern, dass mehrere Tatvorwürfe gegen den Beschuldigten so aufgespalten werden, dass ein Haftbefehl den anderen „ablösen“ könnte, ohne dass es je zu der von § 121 StPO vorgeschriebenen 6-Monats-Prüfung kommen würde, weil kurz vor Ablauf der 6-Monats-Frist des § 121 StPO stets ein neuer, frischer Haftbefehl an die Stelle des alten, verbrauchten treten würde – und das obwohl die Haft zumindest im Ergebnis auch die Ermittlungen hinsichtlich der weiteren Taten sichert.¹

Es wird befürchtet, dass Staatsanwaltschaft und Gericht durch „Aufsparen von Vorwürfen“ und Vorhalten von „Reservehaftbefehlen“ den § 121 StPO und damit die Kontrolle durch das Oberlandesgericht umgehen könnten.² Statt von „Umgehung“ wird mittlerweile auch von „Rechtsmissbrauch“ gesprochen.³ Es besteht daher über alle Auslegungsdifferenzen⁴ hinweg Einigkeit, dass es im Ergebnis nicht möglich sein darf, das Oberlandesgericht durch „Staffelung“ von Haftbefehlen „auszubooten“ und von der – rechtsstaatlich gebotenen – Kontrolle abzuhalten, ob die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein

anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen. Wenn ein solcher Grund besteht, der auch darin liegen kann, dass ein weiterer Vorwurf erst vor kurzem hinzugetreten ist,⁵ braucht die Staatsanwaltschaft die Vorlage nicht zu fürchten.⁶ Allerdings ist die 6-Monats-Kontrolle auch dazu da, den „Missbrauch“ der Untersuchungshaft als „Quasi-Strafe“, wo die ausgeurteilte Freiheitsstrafe später zur Bewährung ausgesetzt werden wird,⁷ oder als Umgehung von im Jugendstrafrecht nicht vorgesehenen Möglichkeiten zu verhindern.⁸ Es mag sein, dass solche „apokryphen Haftgründe“⁹ auch hier eine Rolle gespielt haben, denn das OLG Dresden will den Haftbefehl auch deshalb als unverhältnismäßig aufheben, weil „die einschneidendste Strafe, die der Angeklagte bisher erfahren musste, ein Jugendarrest von einer Woche war“, er mit Gewaltdelikten bisher kaum in Erscheinung getreten sei und die Tatvorwürfe im vorliegenden Verfahren (für sich allein) daher kaum die Erwartung einer empfindlichen Freiheitsstrafe rechtfertigten.

Entgegen einer landläufigen Fehlinterpretation bedeutet das „Verbot der Reservehaltung“ von Tatvorwürfen aber nicht, dass ein zweiter Haftbefehl niemals und unter keinen Umständen erlassen werden dürfte.¹⁰ Unlängst hat das LG Berlin entschieden, dass ein weiterer Haftbefehl nicht aufgrund von Tatvorwürfen erlassen werden dürfe, die bei einer vorangegangenen Haftentscheidung bereits bekannt waren.¹¹ Auch das OLG Dresden schreibt: „Der Haftbefehl in vorliegender Sache ist aufzuheben, weil er [...] wegen [...] § 121 Abs. 1 StPO nicht mehr hätte ergehen dürfen“.

Dagegen hat das LG Rostock richtig entschieden: „Auch die Existenz des Haftbefehls vom [...] und dessen derzeitiger Vollzug stehen der Rechtmäßigkeit des Haftbefehls vom [...] nicht entgegen. Zwar handelt es sich [...] ‚um dieselbe Tat‘ [...] Hieraus folgt aber nicht, dass der Erlass eines separaten

¹ Vgl. *Schultheis*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 121 Rn. 10.

² Vgl. schon *Rebmann*, NJW 1965, 1752 f.; s. auch *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 2209 (2211), der die Aufhebung des zunächst erlassenen Haftbefehls und seine Ersetzung durch einen neuen, weitere Taten umfassenden Haftbefehl für eine Umgehung des § 121 Abs. 1 StPO halten wollte – auch OLG Karlsruhe StV 2000, 513 = StraFo 2000, 276 (277) spricht von Umgehung. Nach OLG Koblenz StV 2001, 297 (298) = NSStZ-RR 2001, 124 (125) ist der „erweiterte Tatbegriff“ entwickelt worden, um der „Reservehaltung von Tatvorwürfen vorzubeugen“ und so „eine Umgehung der §§ 121, 122 StPO zu vereiteln“.

³ Etwa *Haller/Conzen*, *Das Strafverfahren*, 5. Aufl. 2008, Teil II § 6 Rn. 971; *Lange*, NSStZ 1998, 606 (607); aus der Rspr.: OLG Jena NSStZ-RR 1999, 347 f. = bei *Paeffgen*, NSStZ 2000, 81 = StV 1999, 329 m. Anm. *Schlothauer*.

⁴ Siehe dazu *Fahl*, *Rechtsmissbrauch im Strafprozess*, 2004, S. 202 ff.; *ders.*, JR 1997, 177; *ders.*, NSStZ 1997, 98; *ders.*, JA 1999, 631; *Paeffgen*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 59. Lfg., Stand: Oktober 2008, § 121 Rn. 8 ff.

⁵ *Wendisch*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 26. Aufl. 2007, § 121 Rn. 16; indes meint *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 2209 (2211), es sei der StA nicht „zuzumuten“, im Vertrauen darauf vorzulegen, dass das OLG aus dem gerade ermittelten dringenden Tatverdacht Anlass zur Anordnung der Haftfortdauer herleiten werde.

⁶ So schon *Fahl*, JR 1997, 177 (180).

⁷ So war es hier: Die aufgrund des ersten – durch Haftbefehl gesicherten – Verfahrens ergangene Freiheitsstrafe von 2 Jahren wurde gem. § 56 Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt.

⁸ Vgl. nur *Beulke*, in: BMJ (Hrsg.), *Verteidigung in Jugendstrafsachen*, 2. Aufl. 1987, S. 170 (S. 174); *Dünkel*, StV 1994, 610 (613); *Hassemer*, StV 1984, 38 (39); *Heinz*, BewHi 1987, 5 (24 f.); *Kühne*, StV 1996, 684 (689); *Walter*, ZStW 113 (2001), 743 (762); *ders.*, GA 2002, 431 (453); s. auch *Schaffstein/Beulke*, *Jugendstrafrecht*, 14. Aufl. 2002, § 39 I 1, S. 268 f.; ausführlich *Seiser*, *Untersuchungshaft als Erziehungsstrafe im Jugendstrafrecht?*, 1987.

⁹ Dazu *Fahl* (Fn. 4), S. 198 ff.

¹⁰ Richtig: *Schlothauer*, StV 2009, 364.

¹¹ LG Berlin, Beschl. v. 22.7.2008 – 530 Qs 33/08 = StV 2008, 588 m. krit. Anm. *Schlothauer*, StV 2009, 364.

Haftbefehls unzulässig war. Zwar bestand [...] bei Bekanntwerden der neuen Vorwürfe auch die Möglichkeit, den Haftbefehl [...] um die Vorwürfe des hier in Rede stehenden Haftbefehls zu erweitern oder einen Haftbefehl, der sämtliche Tatvorwürfe umfasst hätte, zu erlassen. Dies schließt jedoch die dritte Möglichkeit, wie geschehen einen neuen Haftbefehl zu erlassen, nicht aus.¹² Und weiter: „Der Rechtmäßigkeit des Haftbefehls [...] steht auch der Sinn und Zweck des § 121 StPO nicht entgegen. Aus der Rechtmäßigkeit des Haftbefehls folgt nämlich nicht, dass im Falle der Invollzugsetzung dieses Haftbefehls eine Vorlage an das OLG erst nach Ablauf von 6 Monaten vorzunehmen ist. Aufgrund des Verbots der ‚Reservehaltung von Haftbefehlen‘ wird aufgrund der bislang erlittenen U-Haft unter Berücksichtigung des Zeitpunktes des Bekanntwerdens des dringenden Tatverdachts eine Vorlage [...] schon mit dessen Invollzugsetzung erfolgen müssen.“¹³

In der Tat: Dem Erlass eines zweiten Haftbefehls beim Auftreten neuer Vorwürfe im Zuge der Ermittlungen gegen einen in U-Haft befindlichen Beschuldigten steht auch dann nichts entgegen, wenn es sich um dieselbe Tat i.S. von § 121 StPO handelt. Die Frist des § 121 StPO beginnt in diesem Fall von dem Moment an zu laufen, in dem der Vorwurf in den ersten Haftbefehl hätte aufgenommen werden können.¹⁴ Dem Verbot der Reservehaltung ist dadurch Genüge getan.¹⁵

Auch bei der Veranstaltung unzulässiger „Schiebeterminne“ ist Folge des Missbrauchs ja nicht, dass solche Termine „unzulässig“ wären, wie oft verkürzend gesagt wird.¹⁶ Die Folge ist lediglich, dass ein danach nicht geeigneter Verhandlungstag zu dem Zeitraum der tatsächlichen Unterbrechung des Verfahrens hinzuzurechnen ist, als ob eine Unterbrechung für die gesamte Zeit erfolgt wäre.¹⁷ Ergibt sich daraus eine längere Unterbrechung als drei Wochen, so muss mit der Hauptverhandlung von neuem begonnen werden.¹⁸ Ergibt sich aber keine längere Unterbrechung als drei Wochen, so ist das Abhalten eines solchen Schiebetermins, bei dem nur

„formal“ und „zum Schein“ zur Sache verhandelt wird, unerschädlich. So ist das nun einmal mit Fristen. Mehr als deren Einhaltung kann auch bei versuchter Umgehung der Fristvorschrift nicht verlangt werden.

Dem Beschuldigten entsteht dadurch kein Nachteil – ob der bestehende Haftbefehl auf die im Laufe der Ermittlungen neu aufgetauchte Tat ausgeweitet („erweitert“) wird, wie das OLG Rostock¹⁹ forderte, das die Entscheidung des LG Rostock aufhob,²⁰ oder ob ein zweiter Haftbefehl beantragt und erlassen wird, ist danach nicht entscheidend. Eine „Manipulation“ durch „Nachschieben“ oder „Aufsparen“ von Vorwürfen ist auch bei Erlass eines zweiten Haftbefehls nicht zu befürchten, sofern die aufgrund des ersten Haftbefehls erlittene Haftzeit angerechnet wird. Das gleichzeitige Bestehen zweier Haftbefehle (sog. „Überhaft“) kann schon deshalb nicht allgemein ausgeschlossen werden, weil sich bei Unkenntnis der Gerichte von dem Bestehen eines weiteren Haftbefehls dessen Erlass gar nicht verhindern ließe und im Übrigen wegen Dezernatswechsels usw. bei der zuständigen Staatsanwaltschaft auch keine „böse“ Absicht unterstellt werden kann.²¹

Das „Verbot der Reservehaltung“ von Tatvorwürfen kann dem Erlass eines weiteren Haftbefehls daher nur dann entgegenstehen, wenn gegen den Beschuldigten schon aufgrund des ersten Haftbefehls sechs Monate Untersuchungshaft vollzogen worden sind *und* das Oberlandesgericht im Verfahren nach §§ 120, 121 StPO wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 StPO von der Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft abgesehen hat.²² In diesem Fall steht die „Sperrwirkung“ der den früheren Haftbefehl aufhebenden Entscheidung auch dem Erlass eines neuen Haftbefehls wegen „derselben Tat“ i.S. des § 121 Abs. 1 StPO entgegen.²³ Eine „Sperrwirkung“ für den Erlass eines Haftbefehls „vor Ablauf einer Vollzugsdauer von sechs Monaten kann dagegen aus den Vorschriften zur Regelung des besonderen Haftprüfungsverfahrens nach §§ 120, 121 StPO nicht abgeleitet“ werden. „Ein generelles Verbot der Reservehaltung von Tatvorwürfen, das schon bei Erlass eines (weiteren) Haftbefehls mit der Folge seiner Unzulässigkeit zum Zuge kommen könnte, lässt sich nicht auf das diesbezügliche Verbot [...] stützen.“²⁴

¹² LG Rostock, Beschl. v. 29.7.1996 – I KLS 82/96 = NSStZ 1997, 97 m. Anm. Fahl; s. auch OLG Zweibrücken StV 1998, 556 (557) = NSStZ-RR 1998, 182 m. Bespr. Fahl, JA 1999, 631 („an sich nicht zu beanstanden“).

¹³ LG Rostock NSStZ 1997, 97 – diese Entscheidung ist vom OLG Rostock allerdings ebenfalls bereits mit der unrichtigen Begründung aufgehoben worden, ein zweiter Haftbefehl habe nicht erlassen werden dürfen.

¹⁴ So schon Fahl, JR 1997, 177; ebenso KG, Beschl. v. 2.7.1998 – (5) 1 HES 152/98 (33/98) = bei Kotz/Rahlf, NSStZ-RR 2000, 65 (74).

¹⁵ Fahl, JR 1997, 177.

¹⁶ Siehe Fahl (Fn. 4), S. 297.

¹⁷ BGH NJW 1996, 3019, 3020 = BGHR § 229 I StPO Sachverhandlung 2 = JA 1997, 187 m. Anm. Fahl = StV 1996, 528 m. zust. Anm. Wölfl, NSStZ 1999, 43; so schon BGH NJW 1952, 1149 m. zust. Anm. Linnenbrink; s. auch Julius, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2001, § 229 Rn. 10; Lilie, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 483 (S. 486).

¹⁸ Fahl (Fn. 4), S. 297; ders., JA 1997, 187 (188).

¹⁹ Siehe oben Fn. 13.

²⁰ In diesem Fall stellt sich das Problem in gleicher Weise, wie der Streit innerhalb des OLG Koblenz zeigt, dessen 1. Strafsenat die Ansicht vertrat, die 6-Monats-Frist des § 121 Abs. 1 StPO beginne in diesem Fall neu, so etwa OLG Koblenz StV 2000, 629; ferner Beschl. v. 14.11.2000 – (1) 4420 BL – III – 83/00 (unveröffentlicht); Beschl. v. 3.1.2001 – (1) 4420 BL – III – 71/00 = StV 2001, 298 = NSStZ-RR 2001, 152; a.A. OLG Koblenz, Beschl. v. 4.12.2000 – (2) 4420 BL – III – 97/00 = StV 2001, 297 = NSStZ-RR 2001, 124 = bei Paeffgen, NSStZ 2002, 82.

²¹ Fahl, (Fn. 4), S. 206; s. bereits ders., JR 1997, 177 (180).

²² Schlothauer, StV 2009, 364 (365).

²³ Schlothauer, StV 2009, 364 (365); s. auch Schlothauer/Wieder, Untersuchungshaft, 3. Aufl. 2001, Rn. 1087.

²⁴ Schlothauer, StV 2009, 364 (365).

Besteht noch kein Haftbefehl, so sind – aus Gründen der prozessualen Fairness und Klarheit – alle mutmaßlichen Taten des Beschuldigten, für die bereits ein i.S.d. § 112 StPO „dringender Tatverdacht“ besteht, in einen – einzigen – Haftbefehl aufzunehmen.²⁵ Besteht dagegen bereits ein Haftbefehl, so darf bei späterem Bekanntwerden weiterer Vorwürfe, ab dem Zeitpunkt, in dem dringender Tatverdacht besteht, ein weiterer Haftbefehl beantragt und auch erlassen werden. Stattdessen kann aber auch ein neuer Haftbefehl beantragt werden, der auch die neu aufgetretenen Vorwürfe enthält, oder beantragt werden, den alten zu ergänzen. Dafür können gewichtige Gründe bestehen, z.B. wenn nur beide Vorwürfe zusammen,²⁶ einer allein aber nicht, die Haftfortdauer rechtfertigen. Das kann auch hier aus Gründen der Fairness (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und mit Rücksichtnahme auf die „seelischen Belastungen“ des Beschuldigten geboten sein,²⁷ „ein zwingender Rechtssatz des Inhalts, dass grundsätzlich ein weiterer Haftbefehl... nicht erlassen werden darf“, lasse sich aus diesen Erwägungen aber nicht ableiten, meint auch *Schlothauer*,²⁸ und begründet dies ausdrücklich mit „ermittlungstaktischen Gründen“ (Geheimhaltung), die dem entgegenstehen könnten.

Freilich kann das dazu führen, dass u.U. ein Haftbefehl vorgelegt werden muss, aufgrund dessen der Gefangene gar nicht gefangen gehalten wird²⁹ – dann nämlich wenn die aufgrund des ersten Haftbefehls erlittene Untersuchungshaft anrechenbar bereits länger als sechs Monate gedauert hat. Dann muss sofort vorgelegt werden, d.h. bevor der neue Haftbefehl in Vollzug gesetzt wird. Um keine „Lücke“ entstehen zu lassen, muss dies aber geschehen, bevor der alte Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wird. Außerdem kann das Oberlandesgericht dem vorgelegten Haftbefehl ohne weitere Erklärung nicht ansehen, dass bereits eine 6-Monats-Prüfung veranlasst ist. All das bereitet aber kein ernst zu nehmendes Problem.

Im vorliegenden Fall befand sich der Angeklagte seit seiner Verhaftung am 27.8.2008 zunächst aufgrund eines Haftbefehls vom 18.8., der in einem von der StA Dresden gesondert geführten Verfahren erlassen worden war, in U-Haft. Sodann erging am 17.2.2009 ein weiterer Haftbefehl, der nach anfänglicher Überhaftnotierung seit dem 5.3.2009 vollzogen wurde, als das erste Verfahren durch Verurteilung des Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren auf Bewährung abgeschlossen wurde. Das AG Dresden legte die Akten

dem OLG Dresden zur Haftprüfung nach §§ 121, 122 StPO vor, obwohl noch keine 6 Monate seit dem 5.3.2009 verstrichen waren, weil die in dem Haftbefehl genannten Taten bereits in den früheren Haftbefehl hätten aufgenommen werden können. – Damit hat sich das AG genau so verhalten, wie es geboten war. Von einem „Rechtsmissbrauch“ durch Beantragung und Erlass eines weiteren Haftbefehls, der „Hinauszögerung“ der 6-Monats-Prüfung, der „Ausbootung“ des Oberlandesgerichts oder einer „Umgehung“ des § 121 StPO kann vorliegend also überhaupt gar keine Rede sein.

Wenn das OLG Dresden trotzdem den Haftbefehl aufhebt, dann kann es das jedenfalls nicht auf das Verbot der „Reservehaltung“ von Tatvorwürfen stützen, wie es das tut. Es mag sein, dass – entgegen der Meinung des Amtsgerichts, der Staatsanwaltschaft und der Generalstaatsanwaltschaft – keine besondere Schwierigkeit oder ein besonderer Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund die Fortdauer der Haft rechtfertigen. Ein besonderer Grund sich darüber zu empören, dass eine „unzulässige Vorratshaltung“ stattfindet, indem „haftbefehlsreif“ bekannte Tatvorwürfe „vorgehalten“ würden, statt sie „schnellstmöglich einer gerichtlichen Entscheidung durch Aufnahme in bestehende Haftbefehle zugänglich“ zu machen, besteht aber auch nicht. Es kann sein, dass diese Taten dann „heute nicht mehr Gegenstand eines eigenständigen Haftbefehls, sondern – auch angesichts der übersichtlichen Beweislage – im gesondert geführten Strafverfahren spätestens am 5.3.2009 mit abgehandelt worden“ wären, wer will das schon so genau beurteilen können,³⁰ aber auch dieser Vorwurf betrifft weniger die Umgehung von §§ 121, 122 StPO als den Verstoß gegen den Beschleunigungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK). Wenn überhaupt etwas an diesen Vorwürfen „dran“ ist und sie in dem ersten, am 5.3.2009 abgeschlossenen Verfahren nicht berücksichtigt wurden, dann ist auch klar, dass der Angeklagte durch die gewählte Vorgehensweise jedenfalls nicht belastet wird, denn dann hätte die damals ausgeworfene Freiheitsstrafe von 2 Jahren wegen des Überschreitens der absoluten Obergrenze der Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 56 Abs. 2 StGB nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden können – und dann würde sich der Angeklagte nunmehr bereits in Strafhaft befinden.

Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock

²⁵ *Fahl*, JR 1997, 177 (180). So soll es hier bezüglich eines Teils der Tatvorwürfe gelegen haben. Schon *Kleinknecht*, JZ 1968, 341 (342) sah es als einen Verstoß gegen die prozessuale Fairness an, wenn ein Haftbefehl nur auf eine von mehreren (bekannten) Taten gestützt würde.

²⁶ Etwa wegen der aus der hohen Straferwartung zu folgernden Fluchtgefahr, vgl. *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, § 112 Rn. 23 f.

²⁷ So auch *Schlothauer*, StV 2009, 364 (365).

²⁸ *Schlothauer*, StV 2009, 364 (365).

²⁹ *Fahl*, NSTZ 1997, 98; s. auch OLG Düsseldorf StV 1989, 256 (257).

³⁰ Und was der Hinweis darauf soll, die StA habe es, was die Bedeutung der noch ausstehenden Tatvorwürfe angehe, „offenbar“ genauso wie das OLG gesehen, „hat sie doch über Monate hinweg von der Beantragung eines Haftbefehls abgesehen“, bleibt angesichts der Tatsache, dass sich der Angeklagte gerade seit seiner Verhaftung ohnehin ununterbrochen in U-Haft befand, unerfindlich.

B u c h r e z e n s i o n

Kai Ambos, Internationales Strafrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, 2008, XLVIII, 555 S., kart., € 34,90

Das im Jahr 2008 in überarbeiteter und erweiterter 2. Auflage erschienene Lehr- und Studienbuch zum Internationalen Strafrecht hat die Grundkonzeption der ersten Auflage beibehalten. Das Buch gliedert sich in drei große Teile, die dem Überbegriff „Internationales Strafrecht im weiteren Sinn“ entsprechen: Der erste Teil ist dem Strafanwendungsrecht (oder Internationales Strafrecht im engeren Sinn) auf 80 Seiten gewidmet; im zweiten Teil behandelt *Ambos* auf nicht weniger als 260 Buchseiten das durch den ICC immer mehr an Bedeutung gewinnende Völkerstrafrecht; der dritte Teil befasst sich mit dem Europäischen Strafrecht und umfasst knapp 200 Seiten.

Gleich vorweg: Das Buch ist enorm inhaltsreich und beeindruckt durch die Vielfalt der behandelten Materien und die gewaltige Informationsfülle. Es ist methodisch vorzüglich aufgebaut, indem es den Leser zunächst in die Grundlagen einführt, ehe Einzelfragen in der jeweiligen Materie entsprechender unterschiedlicher Ausführlichkeit behandelt werden.

Im ersten Teil zum Strafanwendungsrecht behandelt *Ambos* nach grundlegenden Hinweisen zum Verhältnis zum Allgemeinen Teil des Strafrechts und zum Schutzbereich der Straftatbestände alle anerkannten Prinzipien, die eine nationale Strafgewalt zu begründen vermögen. *Ambos'* Forderungen nach vertraglicher Festlegung einer „Anknüpfungspunktehierarchie“ für die häufigen Überschneidungen der staatlichen Strafgewalt (§ 4 Rn. 24 f.) und nach Schaffung einer Entscheidungsinstanz, die bei Jurisdiktionskonflikten verbindlich die Zuständigkeit eines Staates bestimmt, sind nach Ansicht des Rezensenten voll zu unterstützen.

Im zweiten Teil zum Völkerstrafrecht schildert der *Verf.* zunächst die aktuellen Entwicklungen: Er gibt u.a. einen anschaulichen Überblick über den Fortgang der Implementierung des Romstatuts in die nationalen Rechtsordnungen (§ 6 Rn. 52 ff.) und informiert über die Schaffung neuer Sondertribunale, etwa für den Libanon im Jahr 2007 (§ 6 Rn. 62a).

Dieser zweite Teil ist praktisch ein eigenes Buch für sich, in dem *Ambos* sein besonderes Interesse für diese Materie demonstriert: Nach einem ausführlichen Allgemeinen Teil bespricht der *Autor* eingehend und detailreich die materiellen Tatbestände des Romstatus, wobei auch zahlreiche Fälle aus der Judikatur des ICTY und ICTR einbezogen werden. Schließlich folgt noch ein über 60 Seiten langer Abschnitt über das Völkerstrafprozessrecht und die strafrechtliche Zusammenarbeit der nationalen Gerichte mit dem ICC. Mit Recht ausführlich wird auf die formellen Zuständigkeitsvoraussetzungen eingegangen (§ 8 Rn. 5 ff.), sind sie doch Dreh- und Angelpunkt der Bedeutung des ICC.

Im dritten Teil schildert *Ambos* vorab wiederum die Entwicklung der Europäischen Union mit dem gescheiterten Verfassungsentwurf hin zum Reformvertrag von Lissabon. Der *Verf.* stellt mit aller gebotenen Deutlichkeit klar, dass die EU – wenigstens derzeit – keine originäre Strafrechtsset-

zungskompetenz besitzt und eine solche insbesondere auch nicht aus Art. 280 Abs. 4 EGV abzuleiten ist (§ 11 Rn. 7 ff.).

Im Abschnitt „Europaratsebene“ berichtet *Ambos* u.a. über die aktuelle Judikatur des EGMR zur Tatprovokation (§ 10 Rn. 17 ff., 54a). Erfreulich klar erteilt er der Strafzumessungslösung, die sowohl vom BGH als auch vom österreichischen OGH vertreten wird, eine Absage. Von den materiell-strafrechtlichen Abkommen des Europarats werden inhaltlich nur die Geldwäsche-Konvention und die Cybercrime-Konvention kurz behandelt. Eher weniger Raum gibt *Ambos* auch den verfahrensrechtlichen Abkommen betreffend die Rechtshilfe im weiteren Sinn, weil sie durch Rechtsakte der EU massiv überlagert sind.

Ungeachtet der fehlenden Befugnis der EU zur Schaffung von supranationalem Kriminalstrafrecht wurde und wird das nationale Strafrecht massiv durch Gemeinschaftsrecht beeinflusst, insb. durch Richtlinien und Rahmenbeschlüsse. Trefend kritisch bewertet der *Verf.* die Entscheidung des EuGH zum Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, weil die Annahme einer Strafrechtsharmonisierungskompetenz als Annex zur Sachregelungskompetenz die 3. Säule massiv zugunsten der 1. Säule schwächt und die Gefahr der Ausweitung auf andere Bereiche in sich birgt (§ 11 Rn. 30a).

Erfreulich ist auch *Ambos'* klare Position, der zufolge sich die gemeinschaftsrechtliche Anweisungskompetenz durch Richtlinien auf Zielvorgaben zu beschränken habe und nicht detaillierte Tatbestandsmerkmale und Strafhöhen vorgeben darf, so dass für den nationalen Gesetzgeber kein Umsetzungsspielraum mehr besteht (§ 11 Rn. 32).

Ebenso positiv hervorzuheben sind *Ambos'* Kommentar zur Pupino-Entscheidung des EuGH (§ 12 Rn. 4a), die eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung des nationalen Rechts verlangt, obwohl Rahmenbeschlüsse nicht unmittelbar anwendbar sind, sowie die kritischen Worte des *Verf.* zur Festlegung von Mindestvorschriften, die als Normierung von Mindeststrafen für Mindestverhaltensweisen verstanden werden und damit der Sache nach klar eine Ausweitung der Strafbarkeit anstreben (§ 12 Rn. 7). Bemerkenswert sind auch die aktuellen Ausführungen zur Terrorismusbekämpfung durch das Europäische „Blacklisting“-System (§ 12 Rn. 11-17), das gravierende Rechtsschutzdefizite aufzeigt.

Im hinteren Teil des Buches wird von *Ambos* in schon gewohnt ansprechender Art die Reichweite des Verbots der doppelten Strafverfolgung gemäß § 54 SDÜ diskutiert. Es geht primär um die Auslegung der Begriffe „abgeurteilt“ und „idem“. Die Judikatur des EuGH, die auch Einstellungen durch die Staatsanwaltschaft mit Sanktionscharakter als Erledigung ansieht, hält *Ambos* für unbefriedigend und tritt dafür ein, auf Entscheidungen mit Rechtskraftwirkung abzustellen, die nur durch eine förmliche Wiederaufnahme wieder beseitigt werden können. Zum Fall 19 (§ 4 Rn. 7) wäre in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass das SDÜ seit 12.12.2008 für die Schweiz in Kraft ist und damit auch dessen Art. 54 anzuwenden ist.

Den Abschluss des Buches bilden die Darstellung der Instrumente zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen: insb. der Rah-

menbeschluss über den Europäischen Haftbefehl sowie die aktuellsten Entwicklungen betreffend den europäischen Beweistransfer. Verständlicherweise besonders eingehend beschäftigt sich *Ambos* mit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl durch Deutschland, zumal das deutsche Bundesverfassungsgericht das erste Umsetzungsgesetz für nichtig erklärt hat. Wohltuend sind *Ambos*' kritische Worte zum „Straftaten“-Katalog des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (§ 12 Rn. 60) und die abschließende Bewertung der Bestrebungen der Europäischen Union zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, die vernünftigerweise der Harmonisierung der materiell- und prozessrechtlichen Grundlagen nachfolgen müsste.

Zusammenfassend kann das Buch als äußerst informative und tiefeschürfende Darstellung aller Bereiche des internationalen Strafrechts uneingeschränkt empfohlen werden. Es zeichnet sich durch eine gewaltige Informationsdichte aus. Für den Leser besonders wertvoll sind der beeindruckende Anmerkungsapparat, in der eine große Zahl von Entscheidungen der europäischen Höchstgerichte zu finden ist, und die umfangreichen Literaturangaben am Beginn der Kapitel (z.B. S. 447 bis 452 zur 3. Säule der EU). Dabei hat der *Verf.* ohnehin nur Zeitschriften, Aufsätze und Festschriftbeiträge seit Ende des Jahres 2005 aufgenommen; ältere Literatur kann auf der Homepage des *Verf.* nachgelesen werden. Der *Verf.* legt auch regelmäßig seine eigene Auffassung dar, die er sorgsam nach Information über Grundlagen und verschiedene Positionen in Lehre und Rechtsprechung entwickelt.

Das Buch ist durch die Aufnahme zahlreicher Fälle samt Lösungshinweisen und eine ganze Reihe von Schaubildern auch sehr studentenfreundlich. Allerdings hat es einen solchen Umfang und Tiefgang, dass die Studierenden kaum mehr die Hauptzielgruppe sein dürften. Die Bezeichnung „Kurz-Lehrbuch“ auf dem Umschlag ist jedenfalls eine maßlose Untertreibung.

Es fällt schwer, über das Buch irgendwelche kritischen Bemerkungen zu machen. Aus Sicht des Besprechers erscheint allenfalls von der praktischen Bedeutung her das Völkerstrafrecht mit insgesamt 260 Seiten langen Ausführungen gegenüber dem Europäischen Strafrecht etwas zu stark gewichtet. Dieser zweite Teil hätte als eigenes Lehrbuch zum Völkerstrafrecht veröffentlicht und dafür diese Materie im vorliegenden Buch etwas komprimierter dargestellt werden können.

Prof. Dr. Klaus Schwaighofer, Innsbruck

B u c h r e z e n s i o n

Emmanuel Decaux/Adama Dieng/Malick Sow (Hrsg.), From Human Rights to International Criminal Law – Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama/Des droits de l'homme au droit international pénal – Etudes en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïty Kama, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007, 776 S., € 194,-/\$ 273,-

Der am 6.5.2001 in Nairobi verstorbene *Laïty Kama*, der erste Präsident des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda, wurde im Jahr 1939 in Dakar geboren. Er war neben anderen Aufgaben, etwa im Rahmen der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen, über fünfzehn Jahre als Staatsanwalt – zuletzt am Obersten Gerichtshof Senegals – tätig, bevor er 1995 zum Präsidenten des Gerichtshofs in Arusha berufen wurde. Dieses Amt hatte er bis zum Jahr 1999 inne.

Während seiner Amtszeit war *Kama* Vorsitzender der 1. Strafkammer des Gerichtshofs, die u.a. mit dem Verfahren gegen den „bourgmestre“ der Gemeinde Taba, Jean Paul Akayesu, als auch mit dem Verfahren gegen den ruandischen Premierminister Jean Kambanda befasst war und in beiden Vorgängen Entscheidungen traf, denen ein Platz in der Geschichte des Völkerstrafrechts sicher sein dürfte. Das Urteil vom 2.9.1998 in der Sache Prosecutor v. Akayesu war die erste Entscheidung eines internationalen Strafgerichtshofs, in der eine Verurteilung wegen Völkermordes erfolgte. Das nur zwei Tage später am 4.9.1998 ergangene Urteil in der Sache Prosecutor v. Kambanda war die erste Verurteilung eines Staatsoberhauptes wegen Völkermordes. Wenig überraschend ist es daher, dass diese beiden Verfahren auch in der 2007 erschienenen Gedächtnisschrift für *Laïty Kama* immer wieder in den Blick geraten.

Insgesamt 30 Beiträge in englischer und französischer Sprache haben *Emmanuel Decaux* – Professor an der Universität Panthéon-Assas Paris II –, *Adama Dieng* – Kanzler des Ruandastrafgerichtshofs – und *Malick Sow* – Richter am Strafgerichtshof für Sierra-Leone – zusammengestellt, um an den ersten Präsidenten des Ruandastrafgerichtshofs zu erinnern.

Der Person *Kamas* widmen sich die einleitenden Beiträge von *Joinet*, *Aptel/Niang* sowie *Klann/McKenzie*. *De los Reyes* beschäftigt sich mit den Problemen der vertikalen Rechtshilfe („state cooperation“), während *Schomburg/Nemitz* den Grundrechtsschutz der vom Ruandastrafgerichtshof Beschuldigten beleuchten. Trotz einzelner Defizite, die in der Darstellung angesprochen werden, gehen die *Autoren* davon aus, dass die Praxis des Gerichtshofes einen erheblichen Einfluss auf die Praxis nationaler Strafrechtsordnungen auf dem afrikanischen Kontinent haben wird. Dem Problem mangelnder Bestimmtheit der Anklageschriften vor dem Ruandastrafgerichtshof wendet sich der Beitrag *Klanns* zu. *Meisenberg* beschreibt die Praxis des Gerichtshofs im Hinblick auf das Recht des Beschuldigten auf anwaltlichen Beistand. Mit der Frage einer Abgabe von Verfahren an die ruandische Justiz beschäftigen sich *Marong/Jalloh/Kinnecome*. Die *Autoren* kommen dabei zu dem Ergebnis, dass eine solche Abgabe nicht in Frage komme, da ein faires Verfahren in Ruanda nicht gewährleistet sei. Dem Völkermord in Ruanda und der Tätigkeit des

Gerichtshofs widmet sich der Beitrag von *Aspegren/Williamson*, während *Laucci* sich den Kriegsverbrechen im nicht-internationalen Konflikt zuwendet. Sexuelle Gewalt als Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist Gegenstand der Beiträge von *Vaz* und *Bensouda*. Der Frage kumulativer Verurteilung widmet sich *Rapneau* in einer Anmerkung zum Urteil in der Sache Prosecutor v. Semanza. Eboe-Osuji setzt sich kritisch mit der Vorgesetztenverantwortlichkeit in Art. 6 Abs. 3 des Statuts auseinander. Der Beitrag *Fométés* befasst sich mit der „completion strategy“, der zu Folge der Gerichtshof seine Tätigkeit bis zum Ende des Jahres 2010 beenden sollte. Überraschender als die überaus kritischen Einschätzungen des *Autors* selbst – die zumindest für interessierte Beobachter kaum Erstaunen hervorrufen dürften – ist vor allem die Tatsache, dass ein entsprechender Beitrag nicht der offiziellen Zensur zum Opfer gefallen ist und Aufnahme in den Sammelband gefunden hat. Die Funktion der Vorverfahrenskammer am Internationalen Strafgerichtshof untersuchen *Jorda/Saracco*. Mit den Besonderheiten der Verfolgung von Völkerstrafaten befasst sich *Jallow*, während sich *Alexis* der Annäherung von „common law“ und „civil law“ im Bereich des Internationalen Strafrechts zuwendet. Den Grundsatz ne bis in idem untersucht *Jegede*. Dem Verhältnis des Humanitären Völkerrechts zu den Menschenrechten widmet sich der Beitrag von *Lattanzi*. Kritisch mit der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter an Internationalen Strafgerichtshöfen setzt sich *Schabas* auseinander. *Knoops* untersucht die Verfolgung von Straftaten im Militärgefängnis von Abu Graibh und die sich hierbei ergebenden Probleme der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung von Vorgesetzten. Auf Probleme von Söldnertätigkeiten gehen *Dieng/Eboe-Osuji* ein. Weitere Beiträge befassen sich mit Friedensverhandlungen (*Mubiala*), ausgewählten Aspekten menschenrechtlicher Fragestellungen (*Nyanduga, Melo, Khan, Zerrougui* und *de Gouttes*) sowie dem Verhältnis von Recht und Zeit (*Egorov*).

Wie bei einer Gedächtnisschrift für den ersten Präsidenten des Ruandastrafgerichtshofes zu erwarten gehen die Beiträge, die sich mit der Tätigkeit des Gerichtshofes auseinandersetzen, wohlwollend und anerkennend mit dem Tribunal um. Kritische Stimmen – wie etwa die von *Fomété* oder *Schabas* – bleiben die Ausnahme. Wer also nach einer umfassenden Aufarbeitung der nicht wenigen Probleme und Versäumnisse im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Ruandastrafgerichtshofs sucht, wird in dem vorliegenden Sammelband nicht fündig werden. Ungeachtet dessen enthält der Band aber zahlreiche interessante Beiträge, von denen manche ihren Platz in der weiteren Diskussion einnehmen werden. Darüber hinaus gibt die Gedächtnisschrift einen ausgezeichneten Einblick in die Art und Weise des gegenwärtigen Umgangs mit dem Völkerstrafrecht und menschenrechtlichen Fragestellungen.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main

B u c h r e z e n s i o n

Antonio Cassese (Hrsg.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford 2009, 1096 S., GBP 45,- (Paperback); GBP 130,- (Hardcover)

Nur von wenigen Büchern kann man schon kurz nach ihrem Erscheinen behaupten, dass Sie zu den Standardwerken eines Rechtsgebietes gehören. Zweifellos zu diesen wenigen Werken gehört das unter der Verantwortung des ersten Präsidenten des Jugoslawienstrafgerichtshofes *Antonio Cassese* herausgegebene Handbuch zum Internationalen Strafrecht, an dem über 130 Autoren mitgewirkt haben.

Das bei Oxford University Press erschienene Nachschlagewerk besteht aus drei Teilen, von denen nur der zweite und dritte Teil in der Art eines Lexikons Erläuterungen zu einzelnen Stichworten enthalten, während der erste Teil insgesamt 21 kurze Aufsätze einschließt.

Kernstück des Handbuchs sind die im zweiten Teil enthaltenen Erläuterungen wichtiger Grundbegriffe des Internationalen Strafrechts, die in alphabetischer Folge angeordnet sind. Als hilfreich für eine schnelle Orientierung erweisen sich dabei neben den durch Fettdruck kenntlich gemachten Verweisen auf weitere Artikel in der Regel – eine Ausnahme betrifft etwa den praktisch wenig förderlichen Verweis auf das Archiv der Bibliothèque de documentation internationale contemporaine in Paris („835 files containing 3,306 documents“) bei dem Artikel zum dem französischen Richter am IMTFE *Benard Henri* – auch die den Erläuterungen beige-fügten Hinweise auf weiterführende Literatur. Eine erste Durchsicht durch diesen Teil des Handbuchs, der auch Informationen zu bedeutenden Personen enthält, ergibt daher einen rundum positiven Eindruck.

Gleiches gilt für die im dritten Teil des Handbuchs enthaltenen Zusammenfassungen bedeutender nationaler und internationaler Strafverfahren auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts. Zwar dürfte mit dem Inkrafttreten des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs die Bedeutung des Völkergewohnheitsrechtes – und damit auch entsprechender Präjudizien – im Bereich des Völkerstrafrechts schwinden. Dennoch wird der Einfluss der im anglo-amerikanischen Recht vorherrschenden Methodik des Fallrechts auf das Völkerstrafrechts auch in Zukunft sicherstellen, dass die Kenntnis wichtiger Vorentscheidungen von erheblicher Bedeutung für die Praxis sein wird. So zeigen auch erste Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofes, dass diese sich nicht auf eine Interpretation von Wortlaut und Systematik des Römischen Statuts beschränken, sondern regelmäßig auch dann eine Orientierung an entsprechenden Vorentscheidungen suchen, wenn sie diesen nicht folgen. Gerade die im dritten Teil des Handbuchs enthaltenen Zusammenfassungen wichtiger Verfahren und Entscheidungen – die in vergleichbarer Weise bis zum heutigen Tage nicht zugänglich waren – stellen daher eine eindrucksvolle Verdichtung wichtiger Quellen des Völkerstrafrechts dar. Als richtig muss daher nicht zuletzt aus Gründen der praktischen Handhabbarkeit auch die Entscheidung der Herausgeber angesehen werden,

die entsprechenden Erläuterungen einem eigenen Abschnitt zuzuweisen.

Im Gegensatz zu diesen beiden hervorragenden Teilen des Handbuchs eher gemischte Eindrücke hinterlassen dagegen die im ersten Teil versammelten kurzen Aufsätze. Denn die Stärke zumindest der besseren Beiträge, die darin besteht auf der Höhe der Zeit pointierte Einsichten zu einzelnen Aspekten des Internationalen Strafrechts zu vermitteln – als Beispiele zu nennen wären etwa die Darstellungen von *Sassoli* zu Konflikten zwischen Humanitärem Völkerrecht und Völkerstrafrecht oder von *Damaška* zu Problemen internationaler Strafverfahren –, konfligiert erkennbar mit dem Anspruch eines auf lange Lebensdauer angelegten Publikationsprojekts, das sich die leidenschaftslose Erklärung der gesamten Welt der Völkerstrafrechts zur Aufgabe gemacht hat. Zwar glaubt man die Angst der Herausgeber spüren zu können, allein die lexikographische Aufarbeitung wichtiger Grundbegriffe sei „zu wenig“ für ein anspruchsvolles Handbuch, und man muss im Grunde dankbar dafür sein, dass diese Angst nicht zur Abfassung einer systematischen Einführung angeleitet hat, die letztlich nur zu einer Verdopplung der Inhalte des zweiten Teils geführt hätte. Doch darf man schon heute gespannt sein, welche der Beiträge man – in welcher Form – in der mit Sicherheit zu erwartenden zweiten Auflage wiederfinden wird.

Trotz allem aber ist der „Oxford Companion“ schon heute zu einem unverzichtbaren Berater geworden. Wer schnelle Orientierung zu Einzelheiten des Völkerstrafrechts sucht, dem kann er trotz seines hohen Preises nur empfohlen werden.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main

Buchrezension

Klaus Bernsmann/Norbert Gatzweiler, Verteidigung bei Korruptionsfällen, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2008, XV, 302 S., € 42,-

Über „Korruption“ als strukturelle Erscheinung wird hierzulande (erst) seit etwa Anfang der 1990er Jahre diskutiert. Obwohl der Blick auf Aufsehen erregende Korruptionsverfahren, aus jüngerer Zeit etwa Siemens, MAN oder Ikea, und das so gewonnene – stets *punktuell* – empirische Wissen mitunter Glauben machen könnte, dass Korruption im Bereich der öffentlichen Hand und in der (Privat-) Wirtschaft gleichermaßen eine omnipräsente Erscheinung darstellt, fehlt uns hinreichend differenziertes Material über den Umfang und die „Struktur“ von Korruption und über hierdurch ggf. verursachte Schäden – materieller und immaterieller Natur – noch immer.¹ Mit Recht ist deshalb festzuhalten, dass „die allgemeine Aufgeregtheit über Korruption [...] jedenfalls im umgekehrten Verhältnis zum Stand empirisch gesicherten Wissens“ steht.² Erstaunlicherweise unternehmen auch diejenigen Apologeten, welche die Existenz eines Korruptionsdunkelfeldes in „beachtlicher Größe“ proklamieren³, soweit ersichtlich keine Anstrengung, Dunkelfeldforschung zu betreiben oder in Auftrag zu geben, um dadurch einen Beitrag zur Versachlichung des Diskurses zu erreichen. Auch die moderne Sozialforschung unter Einbeziehung der Kriminologie hat sich der Frage nach Ausmaß und Entwicklung von Korruption in Deutschland bislang nicht angenommen. Dies ist umso erstaunlicher bedenkt man, dass sich der viel beschriebene „Rückzug“ des Staates aus angestammten hoheitlichen Bereichen, auch, aber nicht nur, der Daseinsvorsorge, gerade *nicht* in einem analogen Rückzug des Korruptionsstrafrechts widerspiegelt, sondern umgekehrt die Korruptionstatbestände stetig erweitert wurden.⁴

Auf den ersten Blick mag der vorstehende Befund für die Befassung mit dem Korruptionsstrafrecht und dabei insbesondere mit der Verteidigung auf diesem Gebiet ohne größere Relevanz sein. Bei genauerem Hinsehen indes werden gesetzgeberische Entscheidungen wie der Erlass des Korrupti-

onsbekämpfungsgesetzes v. 13.8.1997 oder der „Entwurf [...] eines Strafrechtsänderungsgesetzes der Bundesregierung v. 10.08.2007“⁵ gerade wegen fehlender Empirie als Maßnahmen lediglich subjektiven Überzeugtseins, nicht verobjektivierbaren Wissens entlarvt. Dies mag dann auch für die Praxis als Erkenntnis von Relevanz sein, zwar nicht für die Auslegung des jeweiligen korruptionsrechtlichen Tatbestandes, wohl aber für die Rechtsfolgen, abgesehen von etwaigen rechtspolitischen Stellungnahmen der Berufsverbände.

Bernsmann und *Gatzweiler* haben ihr Werk „Verteidigung bei Korruptionsfällen“ in der „gelben Reihe“ des Verlages C.F. Müller vorgelegt und dieser Reihe – die auch qualitativ ein heterogenes Bild bietet – damit sicherlich zu weiterem Glanz verholfen. Um es vorwegzunehmen: Die Arbeit von *Bernsmann* und *Gatzweiler* bietet einen so reichhaltigen Fundus an innovativen Argumenten und Gedanken zum Korruptionsstrafrecht, dass nicht nur jeder Verteidiger, sondern eigentlich jeder Strafrechtler, der sich mit einem korruptionsstrafrechtlichen Problem befasst sieht, zu der hier vorliegenden Arbeit als Ergänzung zu der strafrechtlichen Standardliteratur greifen sollte. Weil die Ausführungen auch und gerade im materiell-rechtlichen Teil der Publikation (vgl. dazu sogleich) mit Blick auf die herrschende Meinung (nicht nur mit Blick auf die Rechtsprechung!) häufig unkonventionell sind, empfiehlt es sich jedoch in jedem Einzelfall nach wie vor auf herkömmliche, dogmatisch-fundierte Kommentierungen (etwa: *Heine*, in: Schönke/Schröder bzw. *Kuhlen* und *Dannecker* [§ 299 StGB] in: *NomosKommentar*) zurückzugreifen, um den Argumentationsgang des – durchaus kritischen – Schrifttums im Ganzen zu überblicken und im Anschluss daran zu sehen, ob *Bernsmann/Gatzweiler* weitere Argumente liefern. Dies ist freilich nicht als Kritik an der hier zu besprechenden Arbeit zu verstehen, weil dieses Werk keine Kommentierung ersetzen kann und soll. Die folgende Rezension ist vielmehr vor dem Hintergrund einer grundsätzlichen Zustimmung zu den Ausführungen der *Verf.* zu verstehen.

Die Arbeit gliedert sich im Wesentlichen in zwei Teile: einen materiell-rechtlichen Abschnitt (Teile 1-5 sowie – überwiegend – Teil 8) und einen verfahrensrechtlichen Abschnitt (Teile 6-7). Teil 1 (S. 1-119) behandelt die „Korruptionsdelikte §§ 331-336 StGB“ und dabei freilich auch den „Amtsträger als Zentralbegriff“, d.h. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Teil 2 (S. 121-125) die „Bestechung und Bestechlichkeit von Abgeordneten, § 108e StGB“; Teil 3 (S. 127-146) die „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, § 299 Abs. 1 und 2 StGB“; Teil 4 (S. 147-162) die „Untreue (§ 266 StGB) als Begleitdelikt in Korruptionsfällen“; Teil 5 (S. 163-180) die „Internationale Korruption“; Teil 6 (S. 181-194) das „Steuerstrafverfahren im Zusammenhang mit Korruptionsfällen“; Teil 7 (S. 195-271) „Prozessrechtliche Aspekte der Verteidigung in Korruptionsfällen“ und schließlich Teil 8

¹ Vgl. nur *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung* v. 15.11.2006, S. 248. Dass die zahlreichen belletristisch anmutenden Publikationen, die von „Korruptions-Netzwerken“ bzw. von einer „Wachstumsbranche“ etc. sprechen, dies nicht leisten (und nicht leisten wollen), bedarf keiner Hervorhebung.

² *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung* (Fn. 1), S. 248.

³ Etwa Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Bundeslagebild Korruption 2004*, S. 8; sowie – formelhaft – nahezu sämtliche Äußerungen seitens Transparency International; vgl. weiter *Clausen/Ostendorf*, *Korruption im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 2002, S. 12; *Korte*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2006, § 331 Rn. 12.

⁴ Vgl. dazu etwa jüngst *Durynek*, *Korruptionsdelikte* (§§ 331 ff. StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2009.

⁵ BR-Drs. 548/07, dem ging der Referentenentwurf „eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“ v. 19.6.2006 voran; vgl. zum jetzigen „Entwurf“ nur *Nestler*, *StV* 2009, 313.

(S. 273-280) „Strafrechtliche und außerstrafrechtliche Nebenfolgen in Korruptionsfällen“.⁶

I. Dass bereits der „Amtsträgerbegriff als Zentralbegriff“ des deutschen Korruptionsstrafrechts, namentlich die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, zahlreiche Schwierigkeiten aufwirft, ist hinlänglich bekannt. Ebenso offensichtlich ist, dass diese Schwierigkeiten in Ansehung des Normtextes auftreten *müssen*, wenn Amtsträger auch sein soll, wer „im Auftrag“ „einer sonstigen Stelle“ „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnimmt. Die definitorische Weite des Amtsträgerbegriffs ist augenscheinlich. Der Ansatzpunkt der *Rspr.*, es handle sich bei einer Einrichtung dann um eine „sonstige Stelle“, wenn diese „derart staatlicher Steuerung unterliegt, dass sie bei Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale gleichsam als verlängerter Arm des Staates erscheint“⁷, ist – darin ist *Bernsmann/Gatzweiler* zu folgen (Rn. 38 ff.) – nicht griffig und führt zu kaum vorhersehbaren Einzelfallentscheidungen, die weitgehend ohne übergeordnete Systematik sind. Dies liegt meines Erachtens aber weniger am gewählten begrifflichen Ausgangspunkt der *Rspr.*, sondern vielmehr darin begründet, dass die Obergerichte eine *inhaltliche* Querverbindung zu anderen Entscheidungen kaum herstellen.⁸ Eine Einzelfallentscheidung ist dann zwar leicht zu treffen, Systematik wird dadurch aber verfehlt. Gleichwohl ist namentlich der BGH im Ergebnis ersichtlich bemüht, das Tatbestandsmerkmal der „sonstigen Stelle“ einschränkend auszulegen. Ein Blick auf die Kasuistik verdeutlicht dies:

Nicht als „sonstige Stelle“, die „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnimmt, angesehen wurden etwa

- die Flughafen Frankfurt/Main AG (jetzt Fraport AG), (BGHSt 45, 16 = NJW 1999, 2373), der Blutspendedienst des BayRK (BGH NJW 2001, 2102) mangels Eingliederung in die staatliche Verwaltung;
- Kommunale Abfallbeseitigungsunternehmen wegen Sperrminorität einer rein privaten GmbH, sodass wesentliche unternehmerische Entscheidungen mitbestimmt werden können (BGHSt 50, 299 = NSTz 2006, 210; LG Köln NJW 2004, 2173; vgl. auch *Saliger* NJW 2006, 3379);
- kommunale Wohnungsbaugesellschaft, wenn diese nur eine von mehreren Anbietern von solchem Wohnraum ist,

⁶ Im Folgenden wird bei Bezugnahme auf die Arbeit von *Bernsmann/Gatzweiler* nicht auf die dortigen Seitenzahlen, sondern auf entsprechende Randnummern verwiesen.

⁷ Ständige *Rspr.* seit BGHSt 43, 370 (377) – GTZ.

⁸ Der *Zweite Strafsenat* hat diese Problematik der „Scheinbezugnahme“ jüngst anhand seiner beiden Entscheidungen zum Problemkreis der sog. „schwarzen Kassen“ (Fall Kanther – BGHSt 51, 100 sowie Fall Siemens/ENEL – NSTz 2009, 95) offenbart; die Judikate sind hinsichtlich des Merkmals Vermögensnachteil schlicht – entgegen *Fischer*, in: NSTz 2009, 8 – nicht in Einklang zu bringen, vgl. nur *Rönnau*, StV 2009, 246; *Satzger*, NSTz 2009, 297, *Schlösser*, HRRS 2009, 19.

der mit städtischen Belastungsrechten belastet ist (BGH NSTz 2007, 461);

- Deutsche Bahn AG (BGH NJW 2004, 3129, vgl. aber BGH NSTz 2008, 560: Bahn-Tochter als sonstige Stelle),
- Waldorfschule als Privatschule (OLG München NJW 2008, 1174; *Beulke/Ruhmannseder* HRRS 2008, 322), mangels staatlicher Steuerung, da aliud zur öffentlichen Schule,
- medizinisch-psychologische Beratungsstelle (BGH wistra 2009, 229), weil die Entscheidung über die Eignung des Betroffenen nach der Begutachtung der Fahrerlaubnisbehörde vorbehalten bleibe,
- die evangelische Landeskirche in Baden (BGHSt 37, 194 = NJW 1991, 367).

Ich sehe nicht, dass die durch die *Autoren* so genannte „praktikable Alternative“ (Rn 82 ff.) mit Blick auf das Vergaberecht zu mehr Gewinn an Rechtssicherheit führt, zumal der durch *Bernsmann* und *Gatzweiler* vertretene Ansatz zu (bewussten) Friktionen mit dem Tatbestandsmerkmal „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ führt, die letztlich nicht aufgelöst werden können. Auch wenn der Hinweis zutrifft, dass der Gesetzgeber des *KorrBekG* von 1997 mit diesem Merkmal eine „Klarstellung“ intendierte (Rn. 32)⁹, was freilich misslungen ist, muss im Wege der Rechtsauslegung in Ansehung des Wortlautes der Norm zunächst konstatiert werden, dass die jeweilige Organisationsform nicht mehr entscheidend sein kann. Möglicherweise ist der Normtext klüger (oder zumindest extensiver) als das Motiv des Gesetzgebers. Ungeachtet dessen teile ich jedenfalls die Einschätzung der *Verf.*, dass die Verteidigung gerade in Konstellationen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen¹⁰ und darüber hinaus bei allen privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand großen Argumentationsspielraum (Rn. 140) – und umgekehrt Staatsanwaltschaften und Gerichte großen Begründungsaufwand – haben. Die durch den Gesetzgeber – wohl unbewusst – geschaffenen Auslegungsschwierigkeiten, neben § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB gilt dies auch für die §§ 331 ff. StGB insgesamt, stellen daher, bei aller Herausforderung für Rechtstheorie und –praxis gleichermaßen, für die Verteidigung, auch eine Chance dar, weil es hier wirklich noch um Argumentation geht. Das bereits erwähnte durchweg hohe Niveau der Arbeit *Bernsmanns* und *Gatzweilers* lässt sich im „Amtsträgerkapitel“ exemplarisch zeigen anhand der Ausführungen zur Frage, ob öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnehmen (Rn. 152 ff.), was dogmatisch fundiert verneint wird.

II. Die Ausführungen zur Vorteilsannahme (§ 331 StGB) zeigen gegen die *Verf.*, dass eine – zwingend gebotene – Einschränkung dieses nahezu konturenlosen Tatbestandes nicht anhand des Merkmals „Vorteil“ vorgenommen werden sollte (Rn. 172 ff.). Dies gilt meines Erachtens sowohl für die Fall-

⁹ Mit Blick auf die als zu restriktiv empfundene Entscheidung BGHSt 38, 199.

¹⁰ Vgl. insoweit BGHSt 50, 299.

gruppe der Informations- und Weiterbildungsveranstaltungen (Rn. 175) wie auch für die Frage des Vorliegens eines Vorteils, wenn ein entsprechender Anspruch besteht bzw. bei Äquivalenz (Rn. 178). Das wird neben *Bernsmann* und *Gatzweiler* bekanntlich auch durch weitere Stimmen im Schrifttum anders gesehen.¹¹ Solange Ansatzpunkt des Vorteilsbegriffs aber die „Besserstellung“¹² ist, sind die aufgeführten Problemkreise (und weitere mehr) zutreffenderweise unter der Frage der „Unrechtsvereinbarung“ zu erörtern. Dass die Auslegung des Merkmals der sog. „Unrechtsvereinbarung“ restriktiv vorzunehmen ist (Rn. 257 ff.), findet *im Ausgangspunkt* wohl allseitige Zustimmung.

Das Beziehungsverhältnis zwischen Vorteilszuwendung und Dienstaussübung („für“ die Dienstaussübung) wird als *Unrechtsvereinbarung* bezeichnet, obwohl die Vollendung der §§ 331 ff. StGB in den Tathandlungen des Forderns (§§ 331, 332 StGB) bzw. des Anbietens (§§ 333, 334 StGB) bereits eintritt, wenn durch den Handelnden eine inhaltliche Verknüpfung nur angestrebt wird. Weil seit Inkrafttreten des Korruptionsbekämpfungsgesetzes zum 20.8.1997 Bezugspunkt nicht mehr eine *Diensthandlung* sein muss, sondern allgemeiner die *Dienstaussübung* des Amtsträgers ausreicht, wird diese Verknüpfung als gelockerte Unrechtsvereinbarung bezeichnet. In diesem Zusammenhang wird nahezu unisono darauf hingewiesen wird, es sei ausreichend, dass durch den Vorteil das „allgemeine Wohlwollen“ bzw. die „Klima- oder Stimmungspflege“ erreicht werden soll. Diese Nicht-Rechtsbegriffe ersetzen jedoch nicht den Nachweis dafür, dass die jeweiligen Zuwendungen für irgendeine vergangene oder künftige *Tätigkeit* gewährt werden (so zu Recht auch *Bernsmann/Gatzweiler*, Rn. 270).¹³ Denn auch nach der jetzigen – weiten – Gesetzesfassung liegt keine Vorteilsannahme bzw. -gewährung vor, wenn der Vorteil nur allgemein „im Zusammenhang mit dem Amt“¹⁴ gewährt wird (werden soll), also an den *Status* des Amtsträgers anknüpft. Zuwendungen mit Rücksicht auf die *Dienststellung* ohne den Nachweis eines Bezugs zur *Dienstaussübung* sind nicht tatbestandsmäßig (vgl.

auch Rn. 264).¹⁵ Ich hätte mir die Ausführungen zur Abgrenzung „Dienstaussübung“ versus „im Zusammenhang mit dem Amt“ durch *Bernsmann/Gatzweiler* ausführlicher gewünscht, weil gerade dieser Bereich höchstrichterlich noch nicht geklärt ist und auch jüngst durch den BGH – in der Entscheidung Claasen/EnBW – keiner Klärung zugeführt wurde.¹⁶ Dasselbe gilt für die Behandlung der Konstellation der Sozialadäquanz durch die *Verf.* (im Wesentlichen Rn. 292 ff.). Es sollte dem Schrifttum möglich sein, in der kommenden Zeit Konturen und ggf. Fallgruppen hierzu zu entwickeln, die über die (gleichsam unproblematischen wie nichts sagenden) Beispiele der Kategorie „Weihnachtsgabe iHv € 5,00 für Postboten“ hinausgehen. Erste (durchaus entwickelte) Gedanken zur gewinnbringenden Konturierung der Rechtsfigur der Sozialadäquanz liegen bereits vor.¹⁷

Eine Fundgrube an Argumenten bietet das Kapitel zur „Genehmigung“ gem. Abs. 3 des § 331 StGB (Rn. 319 ff.). Insbesondere zeigen *Bernsmann/Gatzweiler* hier einmal mehr die Inkompatibilität zwischen Strafrecht und Dienstrecht auf und ferner, dass die Erstreckung des Amtsträgerbegriffs in die Privatwirtschaft (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB) ohne – entlastende – Entsprechung ist bei der Frage der Zuständigkeit für die Genehmigung in diesen umstrittenen Konstellationen. Die gem. Abs. 3 für die Erteilung der Genehmigung „zuständige Behörde“ – in der Terminologie des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB die „sonstige Stelle“ – ist bei juristischen Personen des Privatrechts kaum sinnvoll zu bestimmen. *Bernsmann/Gatzweiler* plädieren dafür, „bei Mitarbeitern „sonstiger Stellen“ ohne Behördenbezug einer fehlende Genehmigung keine entscheidende Bedeutung zuzumessen und insoweit bei Einhaltung etwa des Dokumentations- und Transparenzprinzips den Tatbestand der Vorteilsannahme auszuschließen“ (Rn. 331). Mag dieser Ansatz auch freiheitlich sein, dogmatisch überzeugend ist er wohl nicht, zumal den aus der Drittmittelrechtsprechung bekannten „Zauberbegriffen“ (Rn. 467) „Transparenz“ und „Dokumentation“ bestenfalls eine kriminalistische, jedoch keine dogmatische Bedeutung zukommt, weil das geschützte Rechtsgut auch und erst recht verletzt sein kann, wenn die Vorteilszuwendung transparent, also für die Allgemeinheit erkennbar, erfolgt.¹⁸

III. Vollumfänglich zuzustimmen ist den Ausführungen der *Verf.* zum „Ermessens-Amtsträger“ bei § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB (Rn. 370 ff.). Es ist gänzlich fehlgehend, wenn der 5. *Strafsenat* auch den Geschäftsführer einer kommunalen GmbH als einen solchen mit Ermessen ausgestatteten Amtsträger ansehen will.¹⁹ Der Begriff des „Ermessens“ ent-

¹¹ Vgl. nur *Lüderssen*, JZ 1997, 114; *Zieschang*, WissR 32 (1999), 119.

¹² Unter Vorteil ist nach h.M. jede Leistung materieller oder immaterieller Art zu verstehen, die den Betroffenen oder einen Dritten wirtschaftlich, rechtlich oder auch nur persönlich besser stellt und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat, BGHSt 31, 279; 47, 295, 304; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 331 Rn. 11; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 331 Rn. 17.

¹³ *Schlösser/Nagel*, wistra 2007, 211; *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 331 Rn. 75; *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 (344).

¹⁴ So der Gesetzesvorschlag des Landes Berlin, BT-Drs. 13/3353; vgl. auch *Hettinger*, NJW 1996, 2269; *Kerner/Rixen*, GA 1996, 381; ausführlich *Schünemann*, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 777.

¹⁵ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 331 Rn. 10a.

¹⁶ BGH NJW 2008, 3580; vgl. dazu *Trüg*, NJW 2009, 196 m.w.N. und einem Prüfungsvorschlag für die Konstellation des Veranstaltungssponsoring.

¹⁷ Vgl. nur *Thomas*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 973.

¹⁸ *Trüg*, NJW 2009, 196 (198); *Hettinger*, JZ 2009, 370 (372), Anm. zu der BGH-Entscheidung im Fall *Claasen*, NJW 2008, 3580.

¹⁹ BGH wistra 2007, 302.

stammt dem Verwaltungs- nicht dem Gesellschaftsrecht. „Unternehmerische Gestaltungsfreiheit“ meint etwas ganz anderes als die Staatstreue und die Verwirklichung des Staatswillens durch den Mitarbeiter einer Behörde im jeweiligen Einzelfall (Rn. 378). Es geht also bei § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB „um Handlungs- und Entscheidungsspielräume [...] die konkrete Normen einräumen, nicht aber um den generellen Freiheits-(Spiel-)Raum, den das Gesellschaftsrecht der Leitung einer GmbH oder AG zubilligt“ (Rn. 378).

Interessant ist auch die erörterte Konstellation (vgl. Rn. 391 ff.), dass dem Betroffenen in Bezug auf seine Amtsträgerstellung ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zugebilligt werden kann, er jedoch im übrigen die Voraussetzungen des § 332 StGB und des § 299 StGB erfüllt. Weil das Unrechtsbewusstsein richtigerweise eine tatbestandsbezogene und daher teilbare Größe ist²⁰, ist zu prüfen, ob der Handelnde, der davon ausgeht, kein Amtsträger zu sein, ein anderes für diesen Fall ebenfalls eingreifendes strafrechtliches Verbot kennt. Dies ist abhängig von der Frage der Unterscheidbarkeit der jeweils geschützten Rechtsgüter (Rn. 394). Angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke von § 332 StGB auf der einen und § 299 Abs. 1 StGB auf der anderen Seite, macht sich der Betreffende daher trotz des in Bezug auf § 332 StGB wirkenden Verbotsirrtums gem. § 299 StGB strafbar (Rn. 396).

IV. Auch die Ausführungen zur Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) verdienen Zustimmung (Rn. 397 ff.). Insbesondere arbeiten *Bernsmann/Gatzweiler* heraus, dass die (weitgehende) Spiegelbildlichkeit der Tatbestände §§ 331, 333 StGB rechtssystematisch einen Missgriff darstellt. Weil die §§ 331, 332 StGB echte Amtsdelikte sind, hätte der Gesetzgeber bzgl. der §§ 333, 334 StGB dem Rechtsgedanken des § 28 Abs. 1 StGB Rechnung tragen müssen (Rn. 401). Dies ist nicht erfolgt und mit Blick auf das zu schützende Rechtsgut, die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit, nicht zu rechtfertigen, weil derjenige, der eine Vorteilszuwendung an einen Amtsträger tätigt, dieses Rechtsgut weniger stark tangiert als der Amtsträger, der diesen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt (ebenso Rn. 401). Mit Blick auf die Genehmigung gem. Abs. 3 des § 333 StGB ist durch *Bernsmann/Gatzweiler* eine sog. „geberfreundliche Auslegung“ dergestalt angedacht, dass aus Sicht des Gebers auch das berechnete Vertrauen auf das unverzügliche Einholen einer Genehmigung durch den Amtsträger jedenfalls dann ausreichen soll, wenn dieses Vertrauen mit der Erwartung verknüpft wird, der Amtsträger werde den Vorteil ansonsten zurückgewähren (Rn. 422). In der Praxis wird sich hierbei freilich die Schwierigkeit stellen, inwieweit dieses „berechnete Vertrauen“ nachprüfbar ist. Aus Sicht des Vorteilszuwendenden hat es sich insoweit bewährt, Vorteile zu gewähren mit einem Begleitschreiben, dass der Vorteilsgeber davon ausgehe, der Vorteilsnehmer werde eine entsprechende Genehmigung gem. Abs. 3 einholen.

²⁰ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 16; *Haft*, NJW 1995, 1113 (1118).

V. Unter der Bezeichnung „Sonderprobleme §§ 331 ff. StGB“ (Rn. 456 ff.) werden die Themenkreise Sponsoring, Wahlkampfspenden und Drittmittelforschung behandelt. Mit dem Begriff „Sonderprobleme“ sind daher solche Bereiche des Korruptionsstrafrechts gemeint, anhand derer sich die Notwendigkeit tatbestandseinschränkender Auslegung in besonderem Maße zeigt. Der Bereich der Drittmittelleinwerbung im Hochschulbereich kann aufgrund der Leitentscheidungen des BGH²¹ als weitgehend geklärt gelten. Das Einhalten hochschulrechtlich vorgeschriebener Verfahren führt zu einer tatbestandseinschränkenden Auslegung (vgl. Rn. 487). In Bezug auf Drittmittelforschung außerhalb von Hochschulen bleiben freilich Fragen offen, die noch nicht abschließend geklärt sind.²² Hinsichtlich des Bereichs der Wahlkampfspenden ist auf die insoweit einschlägige BGH-Rechtsprechung zu verweisen.²³ Nähere Betrachtung verdient das Sponsoring. Gerade im Rahmen von Sponsoring wird die unter I. dargestellte Abgrenzung zwischen „Dienstausübung“ auf der einen und Tätigkeiten „im Zusammenhang mit dem Amt“ auf der anderen Seite virulent. Meines Erachtens ist die Frage der Strafbarkeit von Sponsoring zunächst danach zu beurteilen, ob ein dienstlicher Bezug zwischen Sponsor und bedachtem Amtsträger besteht. Fehlt es an einem solchen dienstlichen Bezug zwischen Sponsor und Amtsträger, ist eine Unrechtsvereinbarung regelmäßig ohne weiteres zu verneinen.²⁴ Besteht hingegen ein dienstlicher Bezug zwischen Sponsor und bedachtem Amtsträger, so wird bedeutsam, dass hochrangige Amtsträger namentlich aus der Politik bei herausgehobenen kulturellen und sportlichen Ereignissen als Repräsentanten des Staates in der Öffentlichkeit auftreten können (und sollen). Ist dies der Fall – wofür an anderer Stelle Kriterien aufgestellt wurden²⁵ –, so stellt die Teilnahme an der betreffenden Veranstaltung gerade die Wahrnehmung von Dienstaufgaben dar. Entsprechende Einladungen erfolgen dann „zur“ Dienstausübung, nicht „für“ dieselbe. An einer Strafbarkeit fehlt es dann.

VI. Auch die Ausführungen von *Bernsmann/Gatzweiler* zur Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) verdienen im Wesentlichen Zustimmung (Rn. 551 ff.). Auch wenn die Einschätzung, § 299 StGB spiele in der Praxis nach wie vor keine nennenswerte Rolle (Rn. 558), sicher als überholt zu gelten hat in Ansehung einer Flut entsprechender strafrechtlicher Ermittlungsverfahren, zeigt sich gerade anhand der Vorschrift des § 299 StGB, die eine strukturelle Ähnlichkeit zu den §§ 332, 334 StGB aufweist (Rn. 562), dass das *fragmentarische* Strafrecht quasi

²¹ BGHSt 47, 295 (303); BGH NJW 2003, 763 f.

²² Vgl. hierzu *Trüg*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 15.6.2009, § 331 Rn. 35

²³ BGHSt 49, 275; BGH NSTz 2008, 33.

²⁴ Dazu und im Weiteren *Trüg*, NJW 2009, 196 (197 f.).

²⁵ *Trüg*, NJW 2009, 196 (197).

unter Dauerbeschluss steht.²⁶ In zahlreichen Fällen wird durch die Strafverfolgungsbehörden gerade die strukturelle Ähnlichkeit zu §§ 332, 334 StGB negiert und eine, tatsächlich nicht vorhandene, Nähe zu §§ 331, 333 StGB insinuiert. Dies liegt daran, dass die Unrechtsvereinbarung des § 299 StGB – der Vorteil muss als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung gefordert etc. werden – häufig ungeprüft bleibt (vgl. demgegenüber aber *Bernsmann/Gatzweiler* Rn. 616 ff.). Zutreffend zeigen die *Verf.* auch, dass Kassenärzte nicht „Beauftragte“ des geschäftlichen Betriebs von Krankenkassen sind (Rn. 577), ferner, dass die Kenntnis des Prinzipals zur Straflosigkeit des „Angestellten oder Beauftragten“ führen muss (Rn. 625)²⁷ sowie weiter, dass auch insoweit die Sozialadäquanz von Zuwendungen Berücksichtigung finden muss (Rn. 595) und hierbei die Wertbeschränkungen die für Amtsträger im Zusammenhang mit den §§ 331, 332 StGB gelten (vgl. dazu aber oben), deutlich überschritten werden können (ebenfalls Rn. 595).

VII. In Ansehung einer Vielzahl sog. Begleitdelikte in Korruptionsfällen – über die Untreue hinaus wäre etwa zu denken an die Strafvorschriften der §§ 263 (Einpreisen von Schmiergeldzahlungen), 298, 202a, 203, 204, 353b StGB; §§ 17, 18 UWG – beschränken sich *Bernsmann/Gatzweiler* auf die Darstellung der Untreue als Begleitdelikt in Korruptionsfällen (Rn. 655 ff.). Sicherlich ist die Untreue ein typisches Korruptionsbegleitdelikt, auch wenn nicht immer schon bei erfolgtem Vermögenstransfer auf beiden Seiten der Korruption „regelmäßig auch der Verdacht einer Untreue nach § 266 StGB“ naheliegt (so aber Rn. 655). Dies gilt in dieser Regelmäßigkeit wohl für § 299 StGB, nicht jedoch für die §§ 331 ff. StGB. Zu Recht führen die *Autoren* weiter das Sonderproblem der „Kick-Back“-Zahlungen (Rn. 664 ff.) sowie dasjenige der sog. „Schwarzen Kassen“ (besser: Verdeckte Kassen) aus.

Weiter problematisieren *Bernsmann/Gatzweiler* die Rechtsprechung des BGH zu Sachverhaltskonstellationen, in denen das in Frage stehende Geschäft trotz Zahlung einer Provision wirtschaftlich ausgewogen ist (Rn. 667 ff.). Der BGH geht hier davon aus, Schmiergeldzahlungen seien beliebig gegen Preisnachlässe austauschbar, so dass eine Ausnahme hiervon nur in Betracht komme, „wenn Umstände erkennbar sind, die es nicht unbedingt nahe legen, dass die Leistungen in die Kalkulation zu Lasten des Geschäftsherrn eingestellt wurden“.²⁸ Es gibt, entgegen der Rechtsprechung des BGH, betriebswirtschaftlich eine Vielfalt von Gründen, Provisionen zu bezahlen, so dass die durch den BGH behauptete Vermutung, Provisionen würden regelmäßig „eingepreist“, sicherlich unzutreffend ist (Rn. 673 f.). Auch an dieser Stelle zeigt sich, wie wichtig für die Strafrechtsdogmatik die Wirtschafts-Kriminologie wäre (vgl. oben). Dasselbe gilt eigentlich auch für den Bereich der sog. Schwarzen Kas-

sen. Gäbe es kriminologische Erkenntnisse, dass – wofür vieles spricht – die Betreiber Schwarzer Kassen diese regelmäßig und ausschließlich im Interesse des Vermögensinhabers unterhalten, spräche – neben einigem anderen – auch dies gegen die bereits erwähnte höchstrichterliche Rechtsprechung im Fall Kanther sowie im Fall Siemens/ENEL.

VIII. Es ist an dieser Stelle nicht der Ort, um über den Sinn des Versuchs zu rasonieren, mittels deutschen Strafrechts „internationale Korruption“ bewältigen zu wollen. Diese Diskussion müsste in erster Linie mit Blick auf die Vorschrift des Abs. 3 des § 299 StGB geführt werden. Den durchweg Zustimmungswürdigen Ausführungen von *Bernsmann/Gatzweiler* zur internationalen Korruption (Rn. 735 ff.) ist noch die jüngste Entscheidung des BGH im Fall Siemens/ENEL hinzuzufügen, wonach der Begriff des Amtsträgers eines ausländischen Staates im Sinne von Art. 2 § 1 Nr. 2a IntBestG richtigerweise nicht entsprechend der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, sondern *autonom* auf der Grundlage des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997 auszulegen ist.²⁹ Ebenfalls konform gehe ich mit den Ausführungen der *Verfasser* zum Merkmal des „internationalen geschäftlichen Verkehrs“ (Rn. 802 ff.). Aus dem Erfordernis der Auslandsbezogenheit folgt, dass eine Verbindung zwischen mindestens zwei Staaten bestehen muss. Diese Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn etwa die ausländische Tochter eines deutschen Mutterunternehmens von einer Zuwendung in Bezug auf ein Geschäft profitieren soll, das ausschließlich im Ausland durchgeführt wird. In diesem Fall wird kein *internationaler Wettbewerb* verletzt (Rn. 805).³⁰ Ferner ist zutreffend, dass sich der „unbillige Vorteil“ im Verhältnis zu Mitbewerbern auf dem internationalen Markt ergeben muss (Rn. 808). Die Korruptionstatbestände nach dem IntBestG sind daher eigentlich eher Wettbewerbsdelikte.

IX. Das Kapitel „Steuerstrafverfahren im Zusammenhang mit Korruptionsfällen“ (Rn. 835 ff.) führt über körperschaftsteuerrechtliche Ausführungen (im Hochschulbereich) zur Problematik des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG. Nach dieser Vorschrift sind Finanzbehörden, d.h. auch die Betriebsprüfung, verpflichtet, Tatsachen, die sie im Besteuerungsverfahren erfahren, der Staatsanwaltschaft mitzuteilen, wenn der Verdacht einer Straftat vorliegt. Nach überwiegender Auffassung soll ein Anfangsverdacht ausreichen.³¹ Die Vorschrift des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG ist von höchster Praxisrelevanz und wirft gravierende rechtliche Probleme auf (vgl. insoweit Rn. 865 ff.). Über die Darstellung der genuin rechtlichen Probleme in diesem Zusammenhang hinaus hätte ich mir gerade von diesen *Autoren* und gerade in diesem Werk einen stärkeren verfahrensrechtlichen Bezug gewünscht. Insbesondere ist für die Strafverteidigung von eminenter Bedeutung, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt nach erfolg-

²⁶ Etwa durch *Pragal*, NSTZ 2005, 133; völlig zu recht kritisch *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008, Rn. 561 Fn. 12.

²⁷ Vgl. auch *Wollschläger*, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb, 2009, S. 76 ff.

²⁸ BGHSt 49, 317 (332); 50, 299 (305).

²⁹ BGH NSTZ 2009, 95; *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57 (60 f.); *Nestler*, StV, 2009, 313.

³⁰ *Pelz*, StraFo 2000, 300 (305); unzutreffend hingegen: *Krause/Vogel*, RIW 1999, 488 (492); *Tinkl*, wistra 2000, 126 (130).

³¹ Vgl. jüngst BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VI B 92/08.

ter Betriebsprüfung und Vorlage möglicherweise korruptionsrechtlich relevanter Unterlagen durch die Steuerpflichtigen in Verhandlungen mit der Finanzverwaltung sowie den Strafverfolgungsbehörden zu treten. Dabei wird die Verteidigung auch zwingend auf die Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 4 Betriebsprüfungsordnung (BpO) hinweisen. Nach dieser Vorschrift müssen Betriebsprüfer bereits bei ersten Hinweisen auf mögliche Straftaten die Außenprüfung unterbrechen und die Verantwortlichen des jeweiligen Unternehmens darüber belehren, dass eine strafrechtliche Verfolgung in Betracht kommt. Ferner ist darüber zu belehren, dass die im Steuerrecht bestehenden Mitwirkungspflichten nicht mehr erzwungen werden können. Diese Belehrungen unterbleiben in der Praxis nahezu immer. Hierauf muss die Verteidigung achten und ein Beweisverwertungsverbot reklamieren.³²

X. Die „prozessrechtlichen Aspekte der Verteidigung in Korruptionsfällen“ (Rn. 876 ff.) sind nicht nur für Strafverteidiger von großem Gewinn, sondern bieten auch jedem, der an „law in action“ interessiert ist, d.h. auch für die Strafprozessrechtswissenschaft, tiefe Einblicke in (Korruptions-) *Strafverfahren* und dabei in ein Verständnis von Strafverteidigung – vollständig zu Recht – als kämpferische Form des Einsatzes für den Beschuldigten. Die Beschreibung der unterschiedlichen Ermittlungsbehörden (auch) in Korruptionsstrafverfahren (Rn. 876 ff.) möchte ich um den Hinweis ergänzen, dass gerade die Strafverteidigung bei Tätigwerden von Zollkriminalamt und Zollfahndungsämtern (insoweit Rn. 905 ff.) gesteigertes Augenmerk auf die Frage der Rechtsstaatlichkeit der Ausgestaltung von Ermittlungsverfahren mit Beteiligung dieser Behörden richten muss. Die Erfahrung zeigt, dass bei Behörden des Zolls häufig ein unterentwickeltes rechtsstaatliches Verständnis vorherrscht.

Im Rahmen der Ausführungen zu „beweisrechtlichen Problemen bei Korruptionsverdacht“ (Rn. 910 f.) findet sich der zutreffende Hinweis darauf, dass in Korruptionsstrafverfahren eine Beweisführung ohne Durchführung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen wie Durchsuchung, Beschlagnahme und insbesondere Untersuchungshaft häufig aussichtslos erscheint (Rn. 911). Dies führt bekanntermaßen und viel beschrieben zu der durch *Bernsmann/Gatzweiler* an anderer Stelle (Rn. 971 ff., insb. Rn. 979) behandelten, beinahe flächendeckenden, häufig *contra legem* verhängten Untersuchungshaft, insbesondere zu offenkundigen Fällen der Anwendung sog. apokrypher Haftgründe (Herbeiführung von Geständnissen). Wie auch in sonstigen Fällen des Wirtschaftsstrafrechts zeigt sich gerade auch in komplexen Korruptionsermittlungsverfahren, dass das Gefälle zwischen den zuständigen Staatsanwaltschaften, häufig Schwerpunktstaatsanwaltschaften, und „dem Ermittlungsrichter“, im Ermittlungsverfahren bekanntlich ein Richter am Amtsgericht, zu groß ist, um den Richtervorbehalt inhaltlich auszufüllen. Das

Konzept des Ermittlungsrichters läuft vollständig leer, gerade in Haftsachen, wenn mit dieser Tätigkeit ein Amtsrichter betraut ist, der in der Hauptsache keine Wirtschaftsstrafsachen bearbeitet, von einer ansonsten zu bearbeitenden Fallmenge erdrückt wird und deswegen nicht in der Lage ist, die Akten zu lesen, ehe er die Entscheidung über den Erlass sowie den Vollzug eines Haftbefehls trifft (*Bernsmann/Gatzweiler* sprechen dieses Problem in anderem Kontext, bezüglich Maßnahmen nach den §§ 111b ff. StPO, Rn. 1132, an). Insoweit wäre *de lege ferenda* zu überlegen, ob bei Zuständigkeit der Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftskriminalität sowie der Zuständigkeit der jeweiligen Wirtschaftsabteilungen in den örtlichen Staatsanwaltschaften entweder solche Richterpersonen mit der Tätigkeit des Ermittlungsrichters beauftragt werden, die Richter am Landgericht sind bzw. jedenfalls an einem Schöffengericht Wirtschaftsstrafsachen bearbeiten.

Möglicherweise könnten *Bernsmann* und *Gatzweiler* in der kommenden zweiten Auflage ihres Werkes die Ausführungen zum Zeugenbeistand (Rn. 960 ff.) noch um weitere Realitäten des Alltags ergänzen. Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Durchsetzung eines Rechts auf Zeugenbeistand sind für die Zeugen selbst, namentlich für „einfache“ Unternehmensmitarbeiter, häufig zu groß, um dieses Recht effektiv einzusetzen. Deswegen erscheinen mir auch und gerade in diesem Werk Ausführungen dazu sinnvoll, *wer* das Recht auf Zeugenbeistand *wann* effektiv durchsetzen kann. Die Darstellung des Zwischenverfahrens (Rn. 982 ff.) zeigt einmal mehr, dass auch dieser Verfahrensabschnitt nicht weniger als ein rechtsstaatliches Verfahren ist, in dem häufig viel zu wenig Aktivitäten, auch und gerade seitens der Verteidigung, entfaltet werden (exemplarisch seien erwähnt die weiterführenden Ausführungen zu den Verfahrenshindernissen, Rn. 1015 ff., insb. Rn. 1020 ff.).

Ein weiterer Höhepunkt der Arbeit von *Bernsmann/Gatzweiler* ist in der Darstellung des Hauptverfahrens (Rn. 1043 ff.), insbesondere in dem Kapitel „Besondere Beweiserhebungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Feststellung einer vermeintlichen Unrechtsvereinbarung in Korruptionsfällen“ (Rn. 1043-1060) zu sehen. Die Verzahnung von materiellem Recht und Verfahrensrecht und die insoweit bestehende Pflicht der Verteidigung, etwa auf eine Präzisierung des Tatbestandsmerkmals der Unrechtsvereinbarung im Einzelfall hinzuwirken (Rn. 1050), ist vorbildlich dargestellt. Schließlich runden die Ausführungen zur Organisation und Vorbereitung der Verteidigung im Korruptionsstrafverfahren, namentlich die „Anforderungsprofile an Verteidiger in Korruptionsstrafverfahren“ (Rn. 1063 ff.), die Ausführungen zum strafprozessualen Teil des Werkes ab. Richtigerweise muss Strafverteidigung (auch) in Korruptionsstrafverfahren geprägt sein durch Spezialisierung, Durchsetzungsfähigkeit, grundsätzliche Konfliktbereitschaft, durch kommunikative und strategische Kompetenz, ggf. durch Einbringung der vorstehend genannten Eigenschaften in Verfahrensabsprachen und schließlich durch einen bedachten Umgang mit Medien. Die Verfahrensabsprachen in Wirtschaftsstrafsachen sind ein so weites Feld, dass ich an dieser Stelle hierzu nicht dezidiert

³² Das Bundesministerium der Finanzen selbst geht mit Schreiben v. 10.10.2002 (IV A6 – S 2145 – 35/02), Tz. 30, davon aus, dass bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht die erlangten Kenntnisse grundsätzlich nicht verwertet werden dürfen.

ausführen möchte. Dass das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ welches am 4.8.2009 in Kraft getreten ist³³, die gravierendste und einschneidendste Änderung der StPO seit deren Inkrafttreten darstellt, ist offensichtlich, wird jedoch durch den Gesetzgeber, namentlich das zuständige Bundesjustizministerium, geflissentlich ignoriert, in dem so getan wird, als ob die Implementierung eines § 257c StPO und einiger weiterer Begleitvorschriften in ein autokratisch-vertikales Verfahrensmodell wie dasjenige der StPO die fundamentale Problematik im Zusammenhang mit Absprachen tatsächlich *regeln* könnte. Meine grundsätzliche Kritik an diesem Verständnis von Strafverfahrensrecht habe ich an anderer Stelle dargelegt.³⁴ Auch die Kritik von *Bernsmann/Gatzweiler* an diesem Gesetz (Rn. 1087) ist hervorzuheben.

Abgerundet wird die Bearbeitung der „Verteidigung bei Korruptionsfällen“ durch strafrechtliche und außerstrafrechtliche Nebenfolgen in Korruptionsfällen (Rn. 1125 ff.), von denen ich die Behandlung der „Eintragung in sog. Korruptionsregister“ (Rn. 1135 ff.) und die daran geäußerte rechtsstaatliche Kritik – Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Rn. 1142) – hervorheben möchte.

XI. *Bernsmann* und *Gatzweiler* haben „die Verteidigung bei Korruptionsfällen“ einer innovativen und umfassenden Bearbeitung unterzogen. Besonders positiv hervorzuheben ist der Umstand, dass namentlich auch die Ausführungen zum materiellen Korruptionsstrafrecht nicht eine „Wiederkehr des immer Selben“ sind, sondern – stets dogmatisch verankert – Argumente und – in Bezug auf die Rechtsprechung – Gegenargumente gefunden und begründet werden. Auch über den eigentlichen verfahrensrechtlichen Teil hinaus ist es *Bernsmann* und *Gatzweiler* gelungen, die materiell rechtlichen Ausführungen mit verfahrensrechtlichen Bezügen zu verzahnen. Auch deshalb stellt „die Verteidigung bei Korruptionsfällen“ einen echten Erkenntnisgewinn dar.

Dr. Gerson Trüg, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Tübingen, Freiburg im Breisgau

³³ BT-Drucks. 16/11736 = 16/12310 (16/13095).

³⁴ *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331.