

AUSGABE 4/2010

S. 301 - 356

5. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Gekaufte Strafverfolgung

Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung

Von Generalstaatsanwalt a.D. Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Kiel 301

Die Mitteilungspflichten bei Korruptionssachverhalten im Regelungsgefüge des Steuergeheimnisses

Von Wiss. Mitarbeiter Rechtsanwalt Christian Höll, Münster 309

Europäisches Strafrecht

Die Ungleichbehandlung eigener und fremder Staatsbürger im deutschen Auslieferungsrecht

Verstoß gegen das europäische Diskriminierungsverbot und gegen das grundgesetzliche Bestimmtheitsgebot

Von Rechtsanwältin Dr. Cristina Tinkl, Münster 320

Internationales Strafrecht

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional

VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional – Buenos Aires, 23 al 25 de marzo de 2009

De Salvador Herencia Carrasco, Lima 327

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht – Allgemeiner Teil

Helmut Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009

(Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg) 336

Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009

Christoph J.M. Safferling, Vorsatz und Schuld, 2008

Carl-Friedrich Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007

(Prof. Dr. Michael Pawlik, Regensburg) 339

Christoph Burchard, „Irren ist menschlich“ – Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen, 2008

(Ass. iur. Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe) 343

Andreas Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 2009

(Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, Köln) 349

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

AUSGABE 4/2010

S. 301 - 356

5. Jahrgang

Inhalt

BUCHREZENSIONEN (Forts.)

Wirtschaftsstrafrecht

Uwe Hellmann/Katharina Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008

(Wiss. Mitarbeiter Ass. jur. Marc Sitzer, Osnabrück) 351

Strafprozessrecht

Stephan Werner, Zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, 2008

(Rechtsanwalt Justizrat Prof. Dr. Egon Müller, Saarbrücken) 353

TAGUNGSBERICHTE

Aus Wissenschaft und Praxis – 2. Karlsruher Strafrechtsdialog

2. Karlsruher Strafrechtsdialog – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?

Von Wiss. Mitarbeiter Patrick M. Pintaske und Wiss. Mitarbeiter Marc Sitzer, Osnabrück 355

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

Gekaufte Strafverfolgung

Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung*

Von Generalstaatsanwalt a.D. Prof. Dr. **Heribert Ostendorf**, Kiel**

I. Der Sachstand

Nach Medienberichten hat die Wuppertaler Steuerfahndung von einem Informanten eine CD mit Daten von 1.500 deutschen Geldanlegern der Schweizer Bank Credit Suisse gegen ein Entgelt von 2,5 Millionen Euro aufgekauft und übergeben erhalten.¹ Es besteht der Verdacht, dass die deutschen Geldanleger die Einnahmen aus Kapitalvermögen bei ihren Steuererklärungen verschwiegen haben. Dieser Verdacht wurde auf Grund probeweise übermittelter Daten und entsprechender Steuerüberprüfungen erhärtet. Die Finanzbehörden erwarten auf diese Weise Mehreinnahmen von bis zu 400 Millionen Euro – von Selbstanzeigen gem. § 371 AO und demzufolge Steuerrückzahlungen in anderen Fällen abgesehen. Fast täglich wird von Länderfinanzministerien der aktuelle Selbstanzeigerstand mit geschätzten Steuereinnahmen der Öffentlichkeit mitgeteilt. In der Süddeutschen Zeitung vom 6.2.2010 wurde eine große Anzeige einer Kanzlei für Steuer-, Straf- und Wirtschaftsrecht publiziert mit dem Untertitel „Die intelligente Selbstanzeige“. Der Ankauf der Steuerdaten war politisch durch die nordrhein-westfälische Landesregierung sowie durch die Bundesregierung gedeckt. Der Bund will sich zur Hälfte an dem gezahlten Entgelt in Höhe von 1,25 Millionen Euro beteiligen.

Dieser Ankauf von offensichtlich illegal erworbenen Steuerdaten ist strafrechtlich und rechtspolitisch außerordentlich umstritten. Die baden-württembergische Landesregierung hat ein entsprechendes Angebot eines anderen Informanten aus rechtsstaatlichen Gründen ausgeschlagen. In der so genannten Liechtensteiner Steueraffäre aus den Jahren 2007/2008, in der ein namentlich bekannt gemachter Mitarbeiter des Liechtensteiner Finanzunternehmens „LGT Treuhand“ über die Einschaltung und Mithilfe des Bundesnachrichtendienstes Kunden-Daten an die ebenfalls Wuppertaler Steuerfahndung gegen Zahlung von ca. 4,2 Millionen Euro übergab, haben zwar das Amtsgericht Bochum und das Landgericht Bochum die Beschlagnahme von Unterlagen auf Grund der gewonnenen Informationen für rechtmäßig erklärt. Die Verwertbarkeit wurde vom Landgericht Bochum aber unter der Annahme ausgesprochen, dass bei Anwendung des deutschen Strafrechts „sich der Ankauf der DVD als Begünstigung im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB, weil die Vortat den Tatbestand der Betriebsspionage nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG ausfülle, und sich als Beihilfe zum Geheimnisverrat gem. § 17 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG, 27 Abs. 1 StGB darstelle.“²

* Für die Aufbereitung des Diskussionsstandes bedanke ich mich bei meinen Mitarbeitern *Felix Doege*, *Lorenz Frahm* und *Anne-Gwendolin Geismar*.

** Forschungsstelle für Jugendstrafrecht und Kriminalprävention an der Universität Kiel.

¹ Süddeutsche Zeitung v. 27.2.2010.

² LG Bochum, Beschl. v. 22.4.2008, Rn. 40 = HRRS 2009 Nr. 1111.

Dementsprechend wird ganz überwiegend in den strafrechtswissenschaftlichen Stellungnahmen zu der Liechtensteiner Steueraffäre von einer Strafbarkeit der beteiligten deutschen Datenaufkäufer ausgegangen.³ Es wurde Strafanzeige gegen Mitglieder der Bundesregierung und des BND gestellt⁴, dessen Ausgang zwar nicht bekannt ist, aber im Sinne einer Zurückweisung vermutet werden muss. Umgekehrt wurde zwischenzeitlich vom baden-württembergischen SPD-Bundestagsabgeordneten Christian Lange Strafanzeige wegen Strafvereitelung im Amt gegen die Landesregierung in Stuttgart erstattet, weil sie den Ankauf einer CD mit über 1748 mutmaßlichen Steuerhinterziehern abgelehnt hatte.⁵ Während die Verwertbarkeit der gewonnenen Daten entsprechend der von der Rechtsprechung des BGH formulierten Rechtskreistheorie, die mittlerweile zu einer allgemeinen Güterabwägungstheorie erweitert wurde, umstritten ist, hat sich die herrschende Meinung in der Rechtslehre zur Strafbarkeit auch in der Wortwahl verfestigt: „Der Ankauf der Bankdaten erfüllt zweifellos den Tatbestand der Beihilfe zu § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG“⁶; „eine Rechtfertigung der handelnden Behördenmitarbeiter erscheint ausgeschlossen.“⁷

Infolgedessen erscheint die Begründung, die einmal begonnene Praxis im Liechtensteiner Verfahren müsse fortgesetzt werden, ansonsten mache sich der Staat unglaubwürdig,⁸ wenig überzeugend. Es geht nicht um Kontinuität einer möglicherweise illegalen Praxis, es geht um Rechtmäßigkeit heute und für die Zukunft. Auch wenn das Verhalten der deutschen Finanzbehörden kein strafbares Tun darstellt, könnte es auf Dauer zu einem Anreiz für strafbares Verhalten Dritter führen. So angestoßene Straftaten zu eigenen Strafverfolgungszwecken zu nutzen, könnte die Strafverfolgung rechtsstaatlich delegitimieren. Das Sprichwort „pecunia non olet“ – Geld stinkt nicht⁹ – erscheint uns heute, in einem Rechtsstaat, nicht mehr überzeugend. Mag der Staat in seiner

³ *Kelnhöfer/Krug*, StV 2008, 660 (664); *Sieber*, NJW 2008, 881 (883); *Schünemann*, NStZ 2008, 305 (308); *Spatscheck*, in: Hassemer/Kempff/Maccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 780; *Stahl/Demuth*, DStR 2008, 600; *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (489), *dies.*, NJW 2008, 888; *Heine*, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, 2009, S. 921; *ders.*, HRRS 2009, 540; *Bruns*, StraFo 2008, 189 (190); vgl. auch *Beulke*, Jura 2008, 653 (664); anders *Kölbel*, NStZ 2008, 241 (244).

⁴ *Bruns*, StraFo 2008, 189.

⁵ Süddeutsche Zeitung v. 4.3.2010, S. 6.

⁶ *Heine*, HRRS 2009, 540; siehe auch *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (489).

⁷ *Bruns*, StraFo 2008, 189 (190).

⁸ So Bundesfinanzminister Schäuble nach Medienberichten.

⁹ So die Rechtfertigung des Kaisers Vespasian (9-79 n.Chr.) für die Steuer auf Bedürfnisanstalten.

Steuergestaltung erfinderisch frei sein, die Verknüpfung von Straftaten mit der Steuereintreibung deckt dieser Spruch nicht ab.

Bei der Diskussion gilt es, entsprechend dem zeitlichen Ablauf und inhaltlich voneinander abhängig folgende Ebenen auseinander zu halten:

- 1. Die Strafbarkeit der deutschen Geldanleger und ihrer Helfer,
- 2. die Strafbarkeit der – ausländischen – Datenkopierer und Datenanbieter,
- 3. die Strafbarkeit der deutschen Datenaufkäufer,
- 4. die prozessuale Verwertung in einem Strafprozess gegen Steuerhinterzieher,
- 5. die politisch-moralische Bewertung im Sinne von political correctness.

Hierbei soll die staats- und völkerrechtliche Besonderheit in der Liechtensteiner Steueraffäre mit der Einschaltung des Bundesnachrichtendienstes außen vor bleiben.¹⁰ Soweit ausländisches Strafrecht zur Anwendung kommt, wird die Diskussion aus aktuellem Anlass auf das schweizerische Strafrecht begrenzt. Allgemein soll vorgehend auf die Selbstverständlichkeit verwiesen werden, dass die am Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG sich ausrichtende restriktive Norminterpretation im Strafrecht auch dann einzuhalten ist, wenn es um eine potentielle Strafbarkeit der Strafverfolger geht und diese zur Unverwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse in einem Strafprozess gegen Steuerhinterzieher führen könnte. Moralische Bedenken und kriminalpolitische Zweckmäßigkeitserwägungen genügen auch hier nicht für Strafbarkeitsbegründungen.¹¹

II. Die Strafbarkeit der deutschen Geldanleger und ihrer Helfer

Ausgangstatbestand der Diskussion ist die offensichtliche Steuerhinterziehung der deutschen Geldanleger gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Gem. § 370 Abs. 7 AO gilt dieser Tatbe-

¹⁰ Nach Auffassung des LG Bochum führt eine Umgehung des Europäischen Übereinkommens über Rechtshilfe in Strafsachen nicht zu einem Verwertungsverbot, LG Bochum, Beschl. v. 7.8.2009 = HRRS 2009, Nr. 1112.

¹¹ S. hierzu zuletzt BVerfG StV 2010, 70 (73): „Für die Rspr. folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie (vgl. BVerfGK 4, 261 [265]). Dabei ist Analogie nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (vgl. BVerfGE 71, 108 [115]). Der mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (vgl. BVerfGE 71, 108 [115]; 87, 209 [224]; 92, 1 [12]). Damit wird jede Auslegung einer Strafbestimmung ausgeschlossen, die den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm erweitert und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einbezieht, die die Tatbestandsmerkmale der Norm nach deren möglichem Wortsinn nicht erfüllen (vgl. BVerfGE 85, 69 [73]).“

stand unabhängig von dem Recht des Tatorts auch für Taten, die außerhalb der Bundesrepublik Deutschland begangen werden. Ob die Bankangestellten in der Schweiz hierzu Beihilfe geleistet haben, ist eine Tatfrage, ob nämlich die Absicht der späteren Nichtangabe der Kapitaleinkünfte den kundenbetreuenden Bankangestellten in concreto bekannt war und sie insoweit beratend tätig geworden sind oder ob nur eine allgemeine Vermutung hinsichtlich der später durchgeführten Steuerhinterziehung bestand. Die Bankangestellten sind nicht verpflichtet, im Interesse der Bundesrepublik Deutschland den Geldanleger auf die Steuerehrlichkeit zu verpflichten. Selbst wenn dem einzelnen Bankangestellten eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung nachgewiesen werden könnte, würde insoweit das deutsche Strafrecht nicht zur Verfügung stehen, da kein Anwendungsfall der §§ 5-7 StGB vorliegt. Auch die Ausweitung des deutschen Strafrechts über § 129b StGB – Strafbarkeit ausländischer krimineller Vereinigungen – greift hier nicht ein, da keine organisatorischen Absprachen schweizerischer Banken zur systematischen Beihilfe zur Steuerhinterziehung von Seiten ihrer Angestellten bekannt sind. Nach der wohl herrschenden Meinung in der Rechtslehre wäre für eine Strafverfolgung gem. § 129b StGB i.V.m. § 129 StGB zudem Voraussetzung, dass das deutsche Strafrecht gem. den §§ 5-7 StGB gilt. Nach der Mindermeinung, nach der mit § 129b StGB der Zuständigkeitsbereich des deutschen Strafrechts ausgeweitet wird,¹² müsste die organisatorische Tätigkeit in dem jeweiligen EU-Land strafbar sein. Hieran fehlt es in der Schweiz in Wahrung des dortigen hochgehaltenen Steuergeheimnisses.

III. Strafbarkeit der – ausländischen – Datenkopierer und Datenanbieter

Für die in der Schweiz begangene elektronische Kopierung der Steuerdaten bei der Bank Credit Suisse gilt schweizerisches Strafrecht. Es soll auch davon ausgegangen werden, dass das Angebot und die Übergabe an die deutschen Steuerbehörden zur Datenauswertung aus der Schweiz getätigt wurden. Auch insoweit kommt das schweizerische Strafrecht zur Anwendung.

- Unrechtmäßige Aneignung (Art. 137 Schweiz StGB), Veruntreuung (Art. 138 Schweiz StGB), Diebstahl (Art. 139 Schweiz StGB).
Eine Strafbarkeit als unrechtmäßige Aneignung gem. Art. 137 Schweiz StGB (vergleichbar mit § 246 Abs. 1 StGB) als Veruntreuung gem. Art. 138 Schweiz StGB (vergleichbar mit § 246 Abs. 2 StGB) sowie als Diebstahl gem. Art. 139 Schweiz StGB (vergleichbar mit § 242 StGB) scheitert an der mangelnden Sachqualität der Daten. Das Schweizer Recht sieht von dem Begriff der Sache wie das deutsche Strafrecht im Hinblick auf § 90 BGB nur körperliche Gegenstände umfasst.
- Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 Schweiz StGB).

¹² S. Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, §§ 129a, 129b Rn. 9 m.w.N.

Gem. Art. 162 Schweiz StGB wird bestraft, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät oder wer den Verrat für sich oder einen anderen ausnutzt. Wenn der Informant im Rahmen seiner Beschäftigung bei der Bank Zugriff auf die Steuerdaten hatte, liegt die Täterqualifikation vor. Zwar handelt es sich bei den Bankdaten in erster Linie um Geheimnisse des Kunden; es sind aber gleichzeitig, wie der Begriff des Bankgeheimnisses ausdrückt, Geheimnisse der Bank. Im Hinblick auf die besondere Bedeutung des Bankgeheimnisses in der Schweiz – siehe Art. 47 Schweiz BankG¹³ –, wird auch kein Rechtfertigungsgrund für eine selbständige Information an ausländische Strafverfolgungsbehörden bzw. an eine ausländische Steuerfahndung in Betracht kommen. Vergleichbar ist diese Strafbarkeit mit der gem. den §§ 203, 204 StGB, die jedoch auf bestimmte Berufsgruppen bzw. den öffentlichen Dienst begrenzt ist; das Bankgeheimnis wird in Deutschland hiermit nicht geschützt.

- Unbefugte Datenbeschaffung (Art. 143 Schweiz StGB). Dieser Tatbestand entspricht im Wesentlichen § 202a StGB. Sollte somit der Informant sich den Zugriff zu den Daten verschafft haben, indem er seine Beschäftigung bei der Bank ausnutzte, ist der Tatbestand der unbefugten Datenbeschaffung erfüllt. Es kann davon ausgegangen werden, dass bei einer Bank besondere Sicherungen gegen den unbefugten Zugang erfolgt sind.
- Unlauterer Wettbewerb (Art. 23 i.V.m. Art. 6 Schweizer Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). Gemäß Art. 6 Schweiz UWG handelt unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonstwie unrechtmäßig erfahren hat, verwertet oder anderen mitteilt. Gem. Art. 23 Schweiz UWG wird ein solcher vorsätzlich begangener unlauterer Wettbewerb bestraft. Voraussetzung ist, dass sich der Informant den Zugriff auf die Daten verschafft hat. Insoweit entspricht die Bestimmung weitestgehend § 17 Abs. 2 Nr. 2 des deutschen UWG.
- Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 Schweizer Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen). Gem. Art. 47 Abs. 1 lit. a Schweizer BankG wird u.a. bestraft, wer als Angestellter einer Bank ein Geheimnis, das ihm anvertraut worden ist, offenbart. Auch insoweit ist entscheidend, dass der Informant im Rahmen seiner Beschäftigung Zugang zu den Daten hatte. Wenn er sich den Zugang erst verschaffen musste, scheidet eine Strafbarkeit gem. Art. 47 Schweizer BankG aus.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Strafbarkeit der Datenkopierung und Datenverwertung im Einzelnen davon abhängig ist, ob der Informant im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses Zugang zu den Daten hatte oder ob er sich diesen erst verschaffen musste. Bei befugtem Zugang ergibt sich eine Strafbarkeit aus Art. 162 Schweiz StGB, Art. 47 Schweiz BankG, wobei Art. 47 Schweiz BankG die spezielle Norm darstellt, bei unbefugter Zugangsverschaffung eine

Strafbarkeit aus Art. 143 Schweiz StGB, Art. 23 i.V.m. Art. 6 Schweiz UWG, die in Idealkonkurrenz stehen dürften.

IV. Die Strafbarkeit der deutschen Datenaufkäufer

Soweit der Datenaufkauf im Inland begangen wurde, gilt deutsches Strafrecht (§ 3 StGB). Soweit Teile des Datenaufkaufs im Ausland begangen wurden, gilt ebenfalls deutsches Strafrecht für die deutschen Datenaufkäufer, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Deutsches Strafrecht gilt auch für Teilnahmehandlungen, wenn die Haupttat im Ausland begangen wurde (§ 3 StGB, s. auch § 9 Abs. 2 S. 2 StGB).

1. Hehlerei (§ 259 StGB)

In der Öffentlichkeit und im „Umgangssprachegebrauch“ wird der Datenkauf häufig als Hehlerei eingestuft.¹⁴ Da davon ausgegangen werden kann, dass die brisanten Steuerdaten vom Informanten auf einen eigenen Datenträger kopiert wurden, scheidet der Tatbestand einer Hehlerei gem. § 259 StGB aus, da die Daten kein körperlicher Gegenstand im Sinne des Tatbestandsmerkmals „Sache“ sind.¹⁵

2. Begünstigung (§ 257 StGB)

Das LG Bochum¹⁶ sowie Teile in der Literatur¹⁷ gehen im Fall der Liechtensteinaffäre von einer Strafbarkeit der deutschen Steuerbeamten gem. § 257 StGB aus. Hierfür ist zunächst Voraussetzung, dass auch eine Vortat ausreicht, die nicht der deutschen Strafgewalt unterliegt.¹⁸

Auch wenn man diese Strafbarkeitshürde überspringt, ist als nächstes fraglich, ob mit dem Ankauf eine Hilfeleistung im Sinne des Begünstigungstatbestandes vorliegt. § 257 StGB ist zwar kein Erfolgsdelikt, insofern muss die Lage des Vortäters nicht tatsächlich verbessert werden. Es muss aber die Hilfeleistung objektiv geeignet sein, die Durchsetzung des Restitutionsinteresses der Bank zu erschweren.¹⁹ Da davon auszugehen ist, dass der Informant weiterhin die Daten bei sich gespeichert hat und insoweit jederzeit eine Reproduzierbarkeit möglich ist, bedeuten der Ankauf und die Übergabe eines Datensatzes keine wirkliche Hilfestellung für den

¹⁴ S. baden-württembergischer Justizminister Goll gem. Süddeutsche Zeitung v. 1.3.2010, S. 5.

¹⁵ Wie hier Sieber, NJW 2008, 881 (883); Trüg/Habetha, NStZ 2008, 481 (489); Schönemann, NStZ 2008, 305 (308); Altenhain, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Fn. 12), Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 259 Rn. 8.

¹⁶ S. oben Fn. 2.

¹⁷ S. Kelnhofer/Krug, StV 2008, 660 (662); Trüg/Habetha, NStZ 2008, 481 (489).

¹⁸ So Ruß, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 257 Rn. 9; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 257 Rn. 3; a.M. Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lfg., Stand: November 2009, § 257 Rn. 7; Altenhain (Fn. 15), § 257 Rn. 11.

¹⁹ Hoyer (Fn. 18), § 257 Rn. 18.

¹³ Hierzu anschließend unten.

Vortäter. Seine durch die Vortat erlangte Position „Verfügbarkeit fremder Steuerdaten“ verbessert sich durch die Tat handlung der deutschen Steuerbeamten nicht. Die Verwertbarkeit der Daten bleibt unabhängig von dem Ankauf weiterhin bestehen, so könnte der Informant die Daten einem Presseorgan anbieten. Allerdings verschlechtert sich die Position der Bank, da die Steuerbehörden die Daten nicht wieder „rausrücken“ werden.

Unabhängig davon, ob eine objektive Hilfeleistung vorliegt, ist die Absicht der deutschen Steuerbeamten zu verneinen, mit dem Ankauf dem Vortäter die Vorteile der Tat zu sichern. Dies aus zweifachem Grund. Einmal sollen nicht die unmittelbaren Vorteile der Tat im Sinne der Verfügungsmacht über fremde Steuerdaten gesichert werden. Die finanzielle Verwertung des Datenbestandes wird mit dem Datenankauf ermöglicht, dies ist aber nicht der unmittelbare Vorteil der Vortat. BGH: „Um ‚die‘ Vorteile der Tat handelt es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte zugewendet [...] werden sollen.“²⁰ Zum anderen geht die Absicht der Steuerbeamten in eine andere Richtung, nämlich um mit Hilfe der Steuerdaten Steuerfahndungsmaßnahmen zu ergreifen. Der Ankauf ist insoweit „notwendiges Übel“, das Motiv ist die Durchsetzung der Strafverfolgung. Eine Begünstigungsabsicht im Sinne der Vortat ist deshalb zu verneinen.²¹

3. Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB)

Da die Vortat des Informanten keinen Katalogtatbestand des § 140 StGB erfüllt, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 140 StGB aus, unabhängig davon, ob der Ankauf der Daten als Belohnung oder Billigung der Vortat gewertet werden kann.

4. Beihilfe zur Geheimnisverwertung (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG, § 27 StGB)

Sowohl vom LG Bochum²² als auch von der ganz überwiegen den Rechtslehre wird eine Beihilfe zur Geheimnisverwertung gem. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG bejaht. Auffällig an dieser Argumentation ist, dass zwar zum Teil die Ermittlungsbefugnisse der Steuerbeamten und infolgedessen die Zeugnispflicht des Informanten in einem Verfahren gegen die verdächtigen Kontoinhaber eingeführt werden²³, dass aber die sich insoweit aufdrängende Vorfrage, ob denn eine rechtswidrige Haupttat nach deutschem Strafrecht i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB vorliegt, unbeantwortet bleibt. Allzu schnell wird die Frage aufgeworfen, ob die Steuerbehörden mit finanziellen Zuwendungen ihre Ermittlungen betreiben dürften, ob sie sich auf

einen Rechtfertigungsgrund stützen können. Dies erscheint, wie noch auszuführen sein wird, in der Tat mehr als problematisch. Unabhängig von dem Kaufpreis, den der Informant bei diesem „Geschäft“ erzielt, bleibt aber die entscheidende Frage, ob denn der Informant unabhängig von der Kaufpreiszahlung, die im Kern erst die Beihilfehandlung ausmacht, zur „Verwertung“ seines Datenbestandes an die Strafverfolgungsbehörden, hier die Steuerfahndung, befugt war. Eine solche Befugnis ist zu bejahen.²⁴ Jeder Bürger, auch der an einer Straftat beteiligte Bürger, ist nach deutschem Strafrecht befugt, diese Straftat anzuzeigen bzw. Informationen für die Durchführung eines Strafverfahrens wegen dieser Straftat den Strafverfolgungsbehörden zu übergeben. Nur die besonderen Geheimnisträger gem. § 203 Abs. 1 StGB müssen eine Abwägung i.S.d. § 34 StGB vornehmen. Der Bankangestellte gehört nicht zu diesem privilegierten Personenkreis. Da dem Informanten kein Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen gem. § 53 StPO zusteht, wäre er bei Beachtung des Auskunftsverweigerungsrechts gem. § 55 StPO sogar im Rahmen eines Strafverfahrens verpflichtet, seine Kenntnisse preiszugeben. Da mit dem Ankauf keine Beihilfe zur bereits abgeschlossenen Beschaffung der Steuerdaten durch den Informanten mehr im Sinne des § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG geleistet werden kann und die „Verwertung“ gem. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG an die Steuerbehörden nicht rechtswidrig ist, insofern es an einer rechtswidrigen Haupttat im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB mangelt, scheidet eine Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 17 Abs. 2 UWG aus. Dass nach schweizerischem Recht eine solche Information rechtswidrig wäre und insoweit eine rechtswidrige Haupttat nach schweizerischem Strafrecht vorliegt, ist hier unmaßgeblich. Ein Rückgriff auf einen – zu verneinenden²⁵ – Rechtfertigungsgrund gem. § 34 StGB für die Steuerbehörden ist insoweit nicht geboten, ebenso wenig ein Rückgriff auf einen Verbotsirrtum gem. § 17 StGB,²⁶ der ja auch, wenn er relevant wäre, nur erstmalig vermeidbar wäre und nicht für weitere Ankäufe.

5. Anstiftung zur Geheimnisverwertung (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG, § 26 StGB)

*Schünemann*²⁷ bejaht nicht nur die Beihilfe zu § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG, sondern auch eine Anstiftung, indem dem In-

²⁰ BGH StV 2008, 520 (521).

²¹ A.M. *Kelnhöfer/Krug*, StV 2008, 660 (663): Notwendiges Zwischenziel reicht aus, unter Hinweis auf BGH NStZ 1992, 540; tendenziell wie hier *Altenhain* (Fn. 15), § 257 Rn. 54; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 257 Rn. 9, 25; *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl. 2009, § 257 Rn. 12.

²² S. oben Fn. 2.

²³ S. *Sieber*, NJW 2008, 881 (884); *Bruns*, StraFo 2008, 189 (190).

²⁴ A.M. *Sieber*, NJW 2008, 881 (884), wonach das „Recht zur Strafanzeige“ durch die Geheimnisschutzbestimmungen begrenzt wird.

²⁵ *Sieber*, NJW 2008, 881 (885); *Bruns*, StraFo 2008, 189 (190); s. bereits *Ostendorf*, RuP 1978, 137. Gemäß den Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung (Anlage D zu den RiStBV, II 2.2) darf ausdrücklich § 34 StGB nicht „als gesetzliche Generallermächtigung“ herangezogen werden.

²⁶ So *Sieber*, NJW 2008, 881 (885); dagegen *Schünemann*, NStZ 2008, 305 (309).

²⁷ *Schünemann*, NStZ 2008, 305 (308); s. auch *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (489).

formanten von Seiten der Steuerbehörden eine hohe Geldsumme für die Verwertung der Bankdaten angeboten wurde. Der Informant sei nicht ein endgültiger Entschlossener omnimodo facturus, sondern der Entschluss werde erst mit dem Angebot endgültig gefasst. Bis dahin sei der Entschluss unter die Bedingung gestellt, dass tatsächlich ein Geldbetrag für die Verwertung gezahlt werde. Diese Argumentation erscheint nicht überzeugend. Zwar sollte die Geheimnisverwertung nur gegen eine Geldzahlung erfolgen, dieser Bedingungseintritt hängt aber gerade von der kontaktierten Steuerbehörde ab. Der tatentschlossene Informant stiftet somit zur Geldzahlung und damit zum Bedingungseintritt, nicht umgekehrt die Steuerbehörde zur Verwertung an. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich der Informant von sich aus an die Steuerbehörden gewandt hat und dass nicht ein allgemeiner Aufruf von Seiten der Steuerbehörden erfolgt ist, Informationen gegen Entgelt an die Steuerbehörden weiterzugeben.

6. *Anstiftung bzw. Beihilfe zu zukünftigen Straftaten der Datenausspähung und Datenverwertung (§ 202 a StGB, § 17 Abs. 2 UWG, §§ 26, 27 StGB)*

Ob insoweit ernsthaft in der strafrechtlichen Diskussion eine Strafbarkeit begründet werden soll oder „nur“ auf kriminogene Wirkungen eines solchen Datenaufkaufs hingewiesen werden soll, ist unklar. Hinsichtlich einer potentiellen Strafbarkeit wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zu zukünftigen Datenausspähungen und Datenverwertungen fehlt es nach den bisherigen Ausführungen bereits an einer rechtswidrigen Haupttat, soweit die Verwertung an die Strafverfolgungsbehörden gerichtet ist. Ansonsten fehlt es an der hinreichenden Bestimmtheit einer Haupttat, da insoweit weder Tatzeit, Tatort noch Täter näher ins Auge gefasst werden.

7. *Öffentliche Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB)*

Insoweit käme nur eine öffentliche Aufforderung zu Straftaten gem. § 111 StGB in Betracht. Damit würde aber der Erklärungsinhalt des Ankaufs von Steuerdaten im Einzelfall weit überdehnt. Eine Aufforderung im Sinne dieses Straftatbestandes ist mit einem Appellcharakter verbunden.²⁸ Ein kriminogenes Anreizen, eine Verleitung zu Straftaten ist deutlich weniger als Auffordern und wird dementsprechend von § 111 StGB nicht umfasst.

8. *Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz gem. § 44 BDSG i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG*

Gem. § 44 Abs. 1 BDSG wird bestraft, wer einen Ordnungswidrigkeitenverstoß gem. § 43 Abs. 2 BDSG begeht gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Ordnungswidrig im Sinne des § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG handelt, wer unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, verarbeitet. Zwar erhalten die Steuerbeamten für ihre (Strafverfolgungs-)Arbeit Entgelt, das Gehalt wird aber nicht speziell für diese Datenverarbeitung gezahlt. Die Verarbeitung von Daten ist zudem gerade Aufgabe der Steuerbehör-

den, um Steuerhinterziehung aufzudecken. Auch hier ist nicht die Zahlung eines Geldbetrages an den Informanten der strafrechtsrelevante Anknüpfungspunkt, vielmehr ist entscheidend, ob eine Datenverarbeitung unbefugt erfolgt. Das ist zu verneinen, auch wenn für die Zahlung des Entgelts keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung stand.²⁹ Die Arbeit der Steuerfahnder mit dem erlangten Datenmaterial ist ebenso wenig tatbestandliches Unrecht i.S.d. § 44 BDSG wie die pflichtgemäße Arbeit eines Strafverteidigers tatbestandliches Unrecht einer Strafvereitelung i.S.d. § 258 StGB darstellt.³⁰

V. Prozessuale Bewertung

1. *Fehlende Ermächtigungsnorm*

Die Nichtstrafbarkeit der deutschen Datenaufkäufer führt nicht automatisch zur strafprozessualen Verwertbarkeit der so erlangten Steuerdaten in einem Prozess gegen die mutmaßlichen Steuerhinterzieher. Der BGH verlangt bei nicht korrekt erlangtem Beweismaterial eine Abwägung zwischen der Schwere des strafprozessualen Verstoßes und der Bedeutung der verfolgten Straftat.³¹ Gegen eine Verwertbarkeit ließe sich als erstes einwenden, dass es insoweit an einer speziellen Ermächtigungsnorm fehlt.³² Die Steuerbehörden können sich nur auf die allgemeine Aufgabenzuweisung stützen, bei Verdacht einer Straftat den Sachverhalt zu erforschen (§ 399 Abs. 1 AO, § 160 Abs. 1 StPO). Dementsprechend wird in der Diskussion auf die Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Missachtung von Ermächtigungsschranken verwiesen.³³ Herangezogen werden insbesondere Entscheidungen des BGH, wonach die bewusste Missachtung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts die Annahme eines Verwertungsverbotes rechtfertigen kann.³⁴ Zudem hat der BGH Beweisverwertungsverbote bei der Durchführung von Abhörmaßnahmen ohne richterliche Anordnung³⁵, der Einbeziehung eines Raumgesprächs zwischen Eheleuten in die Telekommunikationsüberwachung³⁶ oder der akustischen Wohnraumüberwachung in einem Krankenzimmer³⁷ angenommen. Die Übertragung dieses Rechtsgedankens auf die vorliegende Konstellation des Ankaufs privat-deliktisch erlangter Daten, in der sich ebenfalls die Missachtung von Ermächtigungs-

²⁸ S. Kindhäuser (Fn. 21), § 111 Rn. 4.

²⁹ A.M. Kelnhofer/Krug, StV 2008, 660 (664), die fälschlicherweise die Geldzahlung an den Informanten als „Entgelt“ i.S. des § 44 BDSG deuten.

³⁰ Fischer (Fn. 18), § 258 Rn. 17; s. bereits Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1346).

³¹ BGHSt 38, 214 (219 f.); 44, 243 (249). Zusammenfassend Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl. 2008, § 28 Rn. 11; Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 458; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, § 23 Rn. 16.

³² S. Bruns, StraFo 2008, 189 (190).

³³ Kelnhofer/Krug, StV 2008, 660 (666).

³⁴ BGH NJW 2007, 2289.

³⁵ BGHSt 31, 304.

³⁶ BGHSt 31, 296.

³⁷ BGHSt 50, 206.

schränken wieder fände, sei nur konsequent.³⁸ Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dürften mit „Blick auf die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verfahrens“ die aus der TKÜ gewonnenen Erkenntnisse nicht als Beweismittel verwertet werden, falls wesentliche sachliche Voraussetzungen für die Anordnung fehlten.³⁹ Beim Datenankauf von Steuerdaten fehle schon die strafprozessuale Ermächtigungsnorm, so dass hier erst recht eine Unverwertbarkeit anzunehmen sei.⁴⁰ Dagegen lässt sich allerdings vorbringen, dass die Rechtsprechung zum Einsatz von Vertrauenspersonen zeigt,⁴¹ dass das Fehlen einer Ermächtigungsnorm allein nicht zur zwangsläufigen Annahme eines Beweisverwertungsverbots führt. Nur grundrechtsrelevante Eingriffe im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens durch die Strafverfolgungsbehörden selbst bedürfen einer speziellen Ermächtigungsnorm.

2. Schwere des Delikts als Indiz für ein hohes Strafverfolgungsinteresse

Insbesondere die Schwere des in Frage stehenden Delikts wird im Rahmen der Abwägungslehre als Indiz für eine hohe Gewichtung des Strafverfolgungsinteresses herangezogen. Für die Annahme einer Verwertbarkeit spricht somit insbesondere der schwerwiegende Verlust von Steuereinnahmen, so dass dem Interesse des Betroffenen ein großes Strafverfolgungsinteresse entgegensteht. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass die Schwere des in Rede stehenden Delikts gem. § 370 AO individuell im Hinblick auf den konkreten Tatverdächtigen zu bemessen ist.⁴² Das strafprozessuale Vorgehen der Steuerbehörden ist explizit auf die Ermittlung möglichst vieler „Steuersünder“ ausgerichtet. Das Entgelt richtet sich nach dem erwarteten Steuergewinn. Von daher erscheint die Höhe des Steuerschadens insgesamt als ein Pro-Argument für den Datenkauf und damit für die Verwertbarkeit.

3. Lehre vom hypothetischen rechtmäßigen Ersatzeingriff

Als Argument für eine Verwertbarkeit der Daten ließe sich weiter anführen, dass die Informationen auch auf anderem Wege, also hypothetisch in zulässiger Weise, hätten erlangt werden können, etwa indem ehemalige Mitarbeiter der Bank von Ermittlungsbeamten in einem Ermittlungsverfahren als Zeuge vernommen und die Daten auf diesem Wege ebenfalls gewonnen werden.⁴³ Zum Teil werden bereits gegen die Lehre vom hypothetischen rechtmäßigen Ersatzeingriff verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, da sie eine unzulässige Analogie zu Lasten des Täters darstelle und damit gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoße.⁴⁴ Dieser Hinweis erscheint

jedoch nicht überzeugend, da das Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 Abs. 2 GG sich nur auf materielle Normen erstreckt, nicht auf strafprozessuale Normen.

Unabhängig davon setzt jedoch der Einwand einer hypothetisch zulässigen Beweismittelgewinnung voraus, dass tatsächlich nach den konkreten Umständen des Falles die Möglichkeit zu legalem Handeln bestand, eine bloß abstrakte spekulative Möglichkeit der Beweiserlangung auf legalem Wege somit nicht ausreichen kann.⁴⁵ Soweit man darauf abstellt, dass wegen des fehlenden Zeugnisverweigerungsrechts der Bankmitarbeiter das Inaussichtstellen der Bezahlung für die Herausgabe der Daten noch vom staatlichen Aufklärungsauftrag gedeckt sei, kann dies nicht überzeugen, da die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens stets einen konkreten Anfangsverdacht, also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO für eine verfolgbare Straftat voraussetzt. Hier wurden jedoch die Anhaltspunkte gerade erst aufgrund der Daten erworben, so dass der Verweis auf hypothetische Ermittlungsmöglichkeiten einen Zirkelschluss darstellt.⁴⁶

4. Private Beweisgewinnung

Ein möglicher Ansatzpunkt für eine Unverwertbarkeit wird in der unzulässigen Einschaltung von Privatpersonen zur Umgehung des prozessual Zulässigen gesehen, zumal sich der private Datenbeschaffer strafbar gemacht hat. Dies könnte einen Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip sein. Allerdings entspricht es der wohl herrschenden Auffassung, dass privatdeliktisch beigebrachtes Material prinzipiell genutzt werden darf: Verschafft sich eine Privatperson Beweismittel gegen den Beschuldigten und übermittelt diese an die staatlichen Behörden, so greifen die Vorschriften der StPO nicht für diese Beweisbeschaffung, so dass auch daraus resultierende Beweisverwertungsverbote regelmäßig nicht bestehen.⁴⁷ Ausnahmen sind nur in Sonderfällen anerkannt, in denen die Beweisbeschaffung des Privaten a) einen elementaren Verstoß gegen Menschenrechte darstellt, b) die Verwertung des privat besorgten Materials einen eigenen ungerechtfertigten Grundrechtseingriff bildet oder c) das privatdeliktische Vorgehen durch Ermittlungsbehörden gezielt ausgelöst wurde.⁴⁸

Für den Datenkauf bedeutet dies:

- Für die erste Konstellation fehlt es an der erforderlichen Rechtsverletzungsqualität, die Entwendung von Bankdaten reicht nicht an die anerkannten Menschenrechtsverstöße heran.⁴⁹

³⁸ *Kelnhöfer/Krug*, StV 2008, 660 (666).

³⁹ BGHSt 51, 1 (2); 31, 304 (308 f.); 32, 68 (70); 41, 30 (31).

⁴⁰ *Trüg/Habetha*, NSStZ 2008, 481 (490).

⁴¹ BGHSt 32, 115 (121 ff.); 45, 321 (324); s. aber auch BVerfG StraFo 2000, 190.

⁴² S. *Trüg/Habetha*, NSStZ 2008, 481 (490).

⁴³ *Bruns*, StraFO 2008, 189; s. auch *Sieber*, NJW 2008, 881 (884).

⁴⁴ *Jahn*, Beilage zu NJW 21/2008, 13.

⁴⁵ *Kelnhöfer/Krug*, StV 2008, 660 (666); ebenso *Heine*, HRRS 2009, 540 (545).

⁴⁶ *Kelnhöfer/Krug*, StV 2008, 660 (666).

⁴⁷ BVerfGE 34, 238; BGHSt 27, 355 (357); EGMR NJW 1989, 654; BayObLG NJW 1997, 3454.

⁴⁸ *Kölbel*, NSStZ 2008, 241; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 5. Aufl. 2008, Rn. 399 ff.; *Gleiß*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn. 10 ff.

⁴⁹ Offen *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2010, § 136a Rn. 3.

- Das Vorliegen der zweiten Konstellation wird ebenfalls abgelehnt, da die Verwertung des Materials als eigener Grundrechtsverstoß durch die Befugnisnorm des § 244 StPO gedeckt und angesichts des Interesses an der Verfolgung erheblicher Steuerdelikte auch verhältnismäßig sei.⁵⁰ Hierzu unter 5. mehr.
- Da die „Datendiebe“ auf eigene Veranlassung tätig wurden, kann hier ebenfalls von einer gezielten Veranlassung nicht die Rede sein.⁵¹

In einem Nachsteuerungsverfahren hat dementsprechend das Schweizerische Bundesgericht Tribunale federale in einem Urteil vom 2.10.2007, Az. 2 C 514/2007/Zga, entschieden, dass die von einem liechtensteinischen Treuhänder, möglicherweise aus einer Straftat stammenden Steuerdaten nicht einem Verwertungsverbot unterliegen. Auch das LG Bochum hat in der Liechtensteiner Steueraffäre im Hinblick auf obige Überlegungen ein Verwertungsverbot abgelehnt.⁵²

Im Hinblick auf zukünftige Fälle von Datenankäufen erscheint dies jedoch zweifelhaft: Auch wenn im aktuellen Fall die Datendiebe nicht auf gezielte Veranlassung hin tätig wurden, so kann doch durch das Dulden sowie das routinemäßige Zahlen einer Belohnung auf Dauer ein solcher Anreiz geschaffen werden, was einem gezielten Einsatz gleichkommt. Ein Indiz dafür ist auch die regelmäßige Berechnung eines 10%-igen Anteils. Hierzu abschließend mehr.⁵³

5. Rechtswidrige staatliche Beschaffung der Beweismittel

Allein auf die private Beweiserhebung abzustellen, greift jedoch zu kurz.⁵⁴ Auch wenn der durch die Rechtsprechung anerkannte Ausnahmefall einer gezielten Beauftragung mit der Datenbeschaffung unter Umgehung des strafprozessual Zulässigen nicht vorliegt, ist damit der Vorgang der Beweiserhebung nicht abgeschlossen, sondern erst mit dem Ankauf durch die deutschen Behörden.⁵⁵ Die Beweiserhebung ist ein zweistufiger Vorgang. Erst die Übernahme der Daten durch die Steuerbehörden macht das privat organisierte Material zum aktuellen Beweismittel.⁵⁶ Zwar ist nach der hier vorgetragenen Argumentation eine Strafbarkeit der deutschen Steuerbehörden zu verneinen, die verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO sind aber unabhängig hiervon zu beachten. So weist auch *Sieber* ausdrücklich auf die verbotene Vernehmungsmethode „Versprechen eines gesetzlich nicht

vorgesehenen Vorteils“ hin.⁵⁷ § 136a StPO gilt gem. § 69 Abs. 3 StPO auch für die Zeugenvernehmung. Zwar wird die Information über mutmaßliche Steuerhinterzieher nicht im Wege einer Vernehmung gewonnen. § 136a StPO dient aber sowohl dem Schutz der Menschenwürde der vernommenen Person als auch der Durchsetzung eines fairen Verfahrens.⁵⁸ Es könnte das fair-trial-Prinzip verletzt sein, wenn auf nicht „justizförmige“ Weise Informationen beschafft werden. § 136a StPO ist eine Konkretisierung des fair-trial-Prinzips, sodass eine analoge Anwendung des § 136a StPO in Betracht kommt.

„Üblich“ war es bislang nicht, dass die Strafverfolgungsbehörden zahlen, Informationen einkaufen. Allerdings werden durchaus im Rahmen von Strafverfolgung auch Geldgeschäfte getätigt. V-Personen werden entlohnt, im Rahmen der neuen Kronzeugenregelung des § 46b StGB kann die Strafjustiz auf Strafe, auch auf Geldstrafe verzichten, wenn sie gem. § 46b Abs. 1 S. 4 StGB von Strafe absieht; im Rahmen des so genannten Deals, der vom Gesetzgeber als „Verständigung im Strafverfahren“ bezeichnet wird (§ 257c StPO), verzichtet die Strafjustiz ebenfalls auf eine an sich auszureichende Geldstrafe. Weiterhin werden Geldbeträge zur Ergreifung von Tatverdächtigen von Schwerestrafkriminalität ausgelobt. Alle diese Einsatzbereiche von Geldzuwendungen im Rahmen von Strafverfolgung sind bis auf die Geldzuwendung zum Zwecke der Tataufklärung im Wege der Auslobung rechtsstaatlich umstritten. Sie sollten Ausnahmen einer geldunabhängigen Strafverfolgung sein. Die „Unüblichkeit“ einer solchen Strafverfolgung reicht aber nicht für den Vorwurf einer Verletzung des fair-trial-Prinzips aus. Hierfür ist auf die gesetzliche Regelung des Verbots eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils bei Vernehmung eines Beschuldigten oder Zeugen zurückzugreifen. Konkret könnte im Hinblick auf das fair-trial-Prinzip für die einer Steuerstraftat Beschuldigten der Eindruck entstehen, dass die Strafverfolgungsbehörde, die bereit war, größere Geldbeträge für die Strafverfolgung einzusetzen, in ihrem weiteren Vorgehen nicht mehr objektiv ist, sondern sich in der Pflicht sieht, strafrechtlich auch „etwas wieder reinzuholen“. Da hier Steuerbehörden aufgrund politischer Absegnung tätig geworden sind, würde auch ein Befangenheitsantrag gegen die konkreten Ermittler nicht aus dieser Situation befreien, abgesehen davon, dass nur die richterliche Zuständigkeit damit angegriffen werden kann (§§ 24 ff. StPO). Die Steuerbehörden, die in einem Bundesland federführend die Ermittlungen durchführen, begründen einen Generalverdacht wegen Verletzung des fair-trial-Prinzips. Mit der Zahlung haben sie sich gleichsam ihrer Rolle als objektive Strafverfolgungsbehörde beraubt. Zwar machen sich Strafverfolgungsbehörden im Rahmen ihrer Ermittlungen aus der Sicht der Beschuldigten auch sonst in vielfacher Form verdächtig, voreingenommen zu sein. Die Anklageerhebung, Zwangsmaßnahmen und hier insbesondere die Untersuchungshaft können einen solchen Verdacht begründen, wobei zum Teil auch Richter hieran beteiligt sind.

⁵⁰ *Kölbel*, NStZ 2008, 241 (242); Eisenberg (Fn. 48), Rn. 399 ff.

⁵¹ *Sieber*, NJW 2008, 881 (886); *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (490).

⁵² LG Bochum, Beschl. v. 22.4.2008, Rn. 41-49 = HRRS 2009 Nr. 1111.

⁵³ Unten Abschnitt VI.

⁵⁴ S. auch *Kölbel*, NStZ 2008, 241 (242). Demgegenüber stellt das LG Bochum (Beschl. v. 22.4.2008 = HRRS 2009 Nr. 1111) entscheidend auf die private Informationsgewinnung ab.

⁵⁵ Ebenso *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (490).

⁵⁶ *Kölbel*, NStZ 2008, 241 (242).

⁵⁷ *Sieber*, NJW 2008, 881 (884) unter Verweis auf BVerfG NJW 1984, 428.

⁵⁸ *Meyer-Gößner* (Fn. 49), § 136a Rn. 1.

Nur beruhen diese Verdachtsgründe auf einer Gesetzesanwendung. Die Vorteilsgewährung beruht nicht auf einer gesetzlichen Grundlage. Umgekehrt verbietet § 136a Abs. 1 S. 3 StPO das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Urteils. Die Unverwertbarkeit der Informationen, die unter Verletzung dieses Verbots gewonnen wurden, ist ausnahmslos vom Gesetzgeber festgeschrieben (§ 136a Abs. 3 StPO). Es spricht somit mehr für Unverwertbarkeit als für Verwertbarkeit der durch Ankauf erlangten Steuerdaten. § 136a Abs. 3 StPO ist insoweit analog anzuwenden.

VI. Die politisch-moralische Bewertung im Sinne von political correctness

Mit der vorgetragenen Begründung für eine Unverwertbarkeit ist auch die Richtung für die politisch-moralische Bewertung vorgegeben. Ein fair-trial-Verstoß ist politisch-moralisch verwerflich. Politische Korrektheit verbietet Strafverfolgung auf diesem Wege zu betreiben. Zwar überzeugt der Hinweis nicht, dass mit dem Ankauf eine Ermunterung zu weiteren Datenausspähungen gegeben werde, ein politischer Anreiz zu Straftaten begründet werde. Weitere Datenausspähungen werden „uninteressant“, wenn die hier vertretene Ansicht sich in der Rechtsprechung durchsetzt, dass derartige Daten im Strafprozess unverwertbar sind. „Interessant“ ist eine Datenausspähung nur, wenn damit „Geld gemacht werden kann“. Bei Unverwertbarkeit werden aber die Daten nicht mehr von den Steuerbehörden gekauft werden. Aber auch die gegenteilige Rechtsauffassung führt dazu, dass Datenausspähungen von mutmaßlichen Steuerhinterziehungen keinen Sinn machen. Steuerhinterziehungen auf diesem Wege werden dann zu risikoreich, sie werden zumindest in der Masse eingestellt werden. Damit ist Datenausspähungen in diesem Bereich die Grundlage entzogen. Entscheidend für die politisch-moralische Bewertung ist aber, dass die Rechtstreue der Bürger negativ beeinflusst wird, wenn Straftaten sich scheinbar doch lohnen, wenn der Staat selbst Belohnungen für begangene Straftaten austeilte. Strafverfolgung mit Hilfe von Straftaten ist ein rechtsstaatlicher Widerspruch.⁵⁹ Dem soll mit einer Entscheidung des Gesetzgebers vorgebeugt werden, die nach Zeitungsberichten vorbereitet wird.⁶⁰ In welche Richtung der Widerspruch zur Ankaufspolitik aufgelöst wird, muss sich zeigen. Präventiv effektiver wäre es, wenn über eine Anerkennung der Regeln der OECD hinaus die Banken verpflichtet werden, nur noch in den Heimatländern von den Anlegern versteuerte Gelder anzunehmen.⁶¹

⁵⁹ S. bereits *Ostendorf/Meyer-Seitz*, StV 1985, 73 (80) zu Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes.

⁶⁰ So die Ankündigung des Vorsitzenden des Rechtsausschusses im Bundestag, Siegfried Kauder, gem. Süddeutsche Zeitung v. 5.3.2010.

⁶¹ So ein bilaterales Abkommen zwischen Liechtenstein und Großbritannien gem. Süddeutsche Zeitung v. 11.3.2010.

Die Mitteilungspflichten bei Korruptionssachverhalten im Regelungsgefüge des Steuergeheimnisses

Von Wiss. Mitarbeiter Rechtsanwalt **Christian Höll**, Münster

I. Einführung

Das Thema Korruption steht im Fokus der öffentlichen Wahrnehmung. Bestechungsaffären wie z.B. Volkswagen, Siemens und MAN werden mit einem beträchtlichen öffentlichen Interesse verfolgt. Schon aus Imagegründen ist es für Unternehmen überlebenswichtig, offensiv mit möglichen Bestechungen im eigenen Betrieb umzugehen. Begriffe wie „Compliance“, „Forensic Services“, „Corporate Governance“ und „Tax Risk Management“ sind en vogue.

Die Betriebe reagieren mit der Einführung von Selbstüberprüfungsmechanismen nicht nur auf den Wandel der Wahrnehmung in der Öffentlichkeit, sondern auch auf die gesetzgeberischen Neuerungen der letzten Jahre. So sind beispielsweise zum 10. September 1998 das EUBestG und das IntBestG in Kraft getreten, welche für Bestechungsfälle¹ europäische bzw. ausländische Amtsträger den inländischen gleichstellen und damit den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB erweitern. Am 30. September 2002 wurde dem § 299 StGB ein neuer Absatz 3 hinzugefügt, so dass seither auch Bestechung im ausländischen Wirtschaftsverkehr erfasst ist. Dass dies noch nicht das Ende der Bemühungen ist, zeigt der aktuelle Gesetzesentwurf des Bundesjustizministeriums mit dem § 299 StGB ausgeweitet werden soll.²

Neben der Ausweitung der materiellen Normen hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von verfahrensrechtlichen Vorschriften zur Bekämpfung von Korruptionstaten und artverwandten Delikten geschaffen. Hier sind insbesondere die Mitteilungspflichten zu nennen, welche die Finanzbehörde dazu verpflichten, bei dem Verdacht auf Straftaten die Strafverfolgungsbehörde zu unterrichten. Diese Mitteilungsregelungen im Spannungsfeld zwischen Steuergeheimnis und strafrechtlicher Verfolgung werden im Folgenden beschrieben und kritisch gewürdigt.

II. Inhalt und Zweck des Steuergeheimnisses

Die Mitteilungspflichten und -befugnisse sind Ausnahmeregelungen zum Steuergeheimnis. Um deren Anwendungsbe- reich und ihre Auslegung bestimmen und ihre Einordnung in den gesetzlichen Kontext vornehmen zu können, ist es erforderlich, sich zunächst den Inhalt und Zweck des Steuergeheimnisses zu vergegenwärtigen.

Das Steuergeheimnis steht im Zusammenhang mit den Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen. Nach § 90 Abs. 1 S. 1 AO muss dieser bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken, der Grundlage der Steuerfestsetzung ist. Dieser Mitwirkungspflicht kommt der Bürger nach § 90 Abs. 1 S. 2 AO insbesondere dadurch nach, dass er die für die Besteuerung erheblichen Tatsachen mitteilt. Auf diesem Wege erhält die Finanzbehörde einen Einblick in die persönlichen Ver-

hältnisse des Einzelnen. Dem Schutz dieser Informationen vor widerrechtlichem Zugriff oder unbefugter Weitergabe dient das Steuergeheimnis nach § 30 AO.³ Dies gilt insbesondere, weil auch strafbare und gegen die guten Sitten verstoßende Handlungen mitgeteilt werden müssen, da diese ebenfalls besteuert werden.⁴ Der Steuergeheimnisschutz ist damit verfassungsrechtlich geboten.⁵ Letztlich ist § 30 AO also das Korrelat der steuerlichen Mitwirkungspflichten und verleiht dem Steuerpflichtigen ein disponibles subjektiv-öffentliches Recht.⁶

Neben diesem Individualinteresse auf Geheimnisschutz sind allerdings auch öffentliche Zwecke zu beachten. Der Bürger, der um das Steuergeheimnis weiß, ist eher bereit, die steuerlich relevanten Tatsachen mitzuteilen als derjenige, der eine Offenbarung seiner Angaben zu befürchten hat.⁷ Damit wird das Besteuerungsverfahren erleichtert und durch die vollständige Erfassung der Steuerquellen eine gesetzmäßige, das heißt insbesondere auch gleichmäßige Besteuerung sichergestellt.⁸ Folglich hat § 30 AO auch einen fiskalischen Zweck.

Insgesamt hat das Steuergeheimnis damit also einen privaten und einen öffentlichen Schutzzweck.

Das Steuergeheimnis umfasst nach § 1 Abs. 1 AO i.V.m. § 30 AO alle Steuern, inklusive der Realsteuern nach § 1 Abs. 2 AO. Die Kirchensteuer und Kommunalabgaben sind kraft landesrechtlicher Verweisung vom Steuergeheimnis erfasst.⁹ Inhaltlich bezieht sich § 30 AO auf Verhältnisse eines anderen und auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die einem Amtsträger oder einer gleichgestellten Person in einem der in § 30 Abs. 2 Nr. 1 AO genannten Verfahren bekannt geworden sind. Nicht unter das Steuergeheimnis fallen daher solche Tatsachen, die außerdienstlich wahrgenommen werden. Alles, was aus einem privaten Gespräch oder aus einem nicht genannten Verfahren, wie zum Beispiel einem ordentlichen Gerichtsverfahren, bekannt wird, ist nicht geschützt und darf offenbart sowie verwertet werden.¹⁰

³ BVerfGE 67, 100 (143); BFH BStBl. 1994, 552 (554).

⁴ OLG Hamm NJW 1981, 356; VG Saarlouis NJW 2003, 3431 (3433).

⁵ *Drüen*, in: Tipke/Kruse (Hrsg.), Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 118. Lfg., Stand: Februar 2009, § 30 AO Rn. 6, 8.

⁶ *Drüen* (Fn. 5), § 30 AO Rn. 9.

⁷ BFH BStBl. 1994, 552 (554); OLG Hamm NJW 1981, 356; LG Hamburg NJW 2002, 1216; VG Saarlouis NJW 2003, 3431 (3433).

⁸ BVerfGE 67, 100 (140); 84, 239 (281); BFH/NV 2003, 294.

⁹ In NRW über § 8 Abs. 1 KiStG NW und § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c KAG NW.

¹⁰ *Drüen* (Fn. 5), § 30 AO Rn. 38.

¹ §§ 332, 334 bis 336, 338 StGB nach dem EUBestG und §§ 335, 336, 337, 338 Abs. 2 StGB nach dem IntBestG

² Vgl. Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes, abrufbar unter <http://www.bmj.de/files/-/2223/GesESTrafr%C3%84ndG.pdf>.

III. Schutz des Steuergeheimnisses

Um die Einhaltung des Steuergeheimnisses zu gewährleisten, existieren verschiedene Schutzvorschriften, die den Geheimnisträger verpflichten, nicht gegen die Geheimhaltungspflicht zu verstoßen.

Zunächst ist hier der strafrechtliche Schutz in § 355 StGB zu nennen. Hiernach macht sich strafbar, wer zu der von § 30 AO genannten Personengruppe der Geheimnisträger (Amtsträger oder gleichgestellte Personen) gehört und die im Besteuerungsverfahren bekannt gewordenen Tatsachen unbefugt offenbart oder verwertet.

§ 393 Abs. 2 AO sieht ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Tatsachen und Beweismittel vor, die der Steuerpflichtige im Rahmen der Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten offenbart hat. Dieses soll dazu führen, dass der Steuerpflichtige im Vertrauen auf das Steuergeheimnis auch eigene Straftaten offenbart.¹¹

Nach dem Wortlaut des § 393 Abs. 2 S. 1 AO a.E. und S. 2 gilt dies nicht für Steuerstraftaten und solchen Taten, an deren Verfolgung ein öffentliches Interesse besteht. Darauf wird noch einzugehen sein.¹²

Neben der strafrechtlichen Ahndung kann die Verletzung des Steuergeheimnisses auch disziplinarrechtlich verfolgt werden. In NRW besteht diese Möglichkeit über § 2 LDG NW i.V.m § 83 LBG NW. Danach kann das in der Verletzung des § 30 AO liegende Dienstvergehen mit einem Verweis (§ 6 LDG NW), einer Geldbuße (§ 7 LDG NW), einer Kürzung der Dienstbezüge (§ 8 LDG NW), einer Zurückstufung (§ 9 LDG NW) oder der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (§ 10 LDG NW) geahndet werden. Im Hinblick auf das Strafverfahren nimmt das Disziplinarverfahren eine untergeordnete Rolle ein. Das Disziplinarverfahren ist nach § 22 Abs. 1 S. 1 LDG NRW in der Regel auszusetzen, wenn wegen des gleichen Sachverhaltes öffentliche Klage im Strafverfahren erhoben wird. Nach Abschluss des Strafverfahrens ist es dann wieder aufzunehmen. Nach § 23 Abs. 1 S. 1 LDG NRW besteht eine Bindungswirkung im Hinblick auf die tatsächlichen Feststellungen im Strafverfahren.

Ferner ist auch an eine Schadensersatzpflicht nach Amtshaftungsgrundsätzen zu denken. § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG sieht eine solche vor, wenn die Amtspflichtverletzung schuldhaft begangen wurde und dadurch Schäden entstanden sind. Denkbar sind hier finanzielle Nachteile im Zusammenhang mit Image- oder Vertrauensverlusten. Die Haftung ist allerdings nach § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, wenn der Anspruchsinhaber den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels hätte abwenden können (dazu sogleich).

Wie schon erwähnt, gewährt § 30 AO dem Steuerpflichtigen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung des Geheimnisschutzes.¹³ Damit geht ein Klagerecht einher, wenn die Verletzung des Steuergeheimnisses droht. Statthafte Kla-

geart ist nach § 40 Abs. 1 3. Alt FGO die allgemeine Leistungsklage in Form einer Unterlassungsklage,¹⁴ wobei in der Praxis aufgrund der unmittelbar bevorstehenden Beeinträchtigung regelmäßig der einstweilige Rechtsschutz nach § 114 FGO angezeigt ist. Das setzt voraus, dass der Kläger weiß, dass die Verletzung des Steuergeheimnisses droht. Soweit ihm dies bekannt ist, er aber die Unterlassungsklage nicht erhebt bzw. den einstweiligen Rechtsschutz nicht beschreitet, kann er sich wegen § 839 Abs. 3 BGB seines Amtshaftungsanspruchs berauben.

IV. Durchbrechung des Steuergeheimnisses

Der Schutz des Steuergeheimnisses ist nicht lückenlos. Vielmehr zählt § 30 Abs. 4 AO verschiedene Gründe auf, die zur Offenbarung befugen. Diese Aufzählung wird durch § 30 Abs. 5 AO und § 30 Abs. 6 AO ergänzt. An dieser Stelle sollen drei Mitteilungspflichten und eine Mitteilungsbefugnis, welche bei Korruptionssachverhalten in Betracht kommen können, näher beleuchtet werden.

Es handelt sich hierbei erstens um die Mitteilungspflicht bei Verdacht auf eine Straftat durch Zuwendung von Vorteilen gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG (nachfolgend: 1.), zweitens die Pflicht zur Mitteilung bei dem Verdacht auf Steuerhinterziehung gemäß § 10 BpO¹⁵ (nachfolgend: 2.) und drittens die Geldwäscheverdachtsanzeige nach § 31b AO (nachfolgend: 3.). Als Mitteilungsbefugnis ist insbesondere die aus § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO relevant (nachfolgend 4.).

Diese Mitteilungspflichten können bei Korruptionstaten im Sinne der §§ 299, 331-334 StGB konkurrierend vorliegen: Strafbare Zuwendungen werden originär von der Mitteilungspflicht des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG erfasst. Daneben stellen sie im Regelfall auch eine Steuerhinterziehung dar, wenn die Bestechungsgelder bewusst regelwidrig als Betriebsausgaben abgezogen werden. Damit ist der Anwendungsbereich des § 10 BpO eröffnet.

Schließlich sind sowohl Korruptionstaten nach §§ 332, 334 StGB als auch die Steuerhinterziehung in der gewerbs- und bandenmäßigen Begehungsweise Vortaten der Geldwäsche, so dass auch die Offenbarungspflicht nach § 31b AO greifen könnte.

Die Mitteilungsbefugnis aus § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO kommt in Betracht bei Wirtschaftsstraftaten, die aufgrund ihrer Begehungsart oder des Schadensumfangs geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen in die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs zu erschüttern. Darunter fällt insbesondere die Bestechung und Vorteilsgewährung.¹⁶

¹¹ Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Steuerstrafrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2009, § 393 AO Rn. 3 m.w.N.

¹² Vgl. zur Vereinbarkeit mit dem nemo-tenetur-Grundsatz: Punkt IV. 1. d) aa).

¹³ Vgl. Punkt II.

¹⁴ BFH, Urt. v. 13.9.1972 – I R 189/70 = BStBl. 73, 119; Tipke, in: Tipke/Kruse (Fn. 5), 108. Lfg., Stand: Oktober 2005, § 40 FGO Rn. 18.

¹⁵ Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Betriebsprüfung – Betriebsprüfungsordnung – (BpO 2000), BR-Drs. 748/99.

¹⁶ Intemann, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 30 Rn. 237.

1. Mitteilungspflicht nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG

Die Regelung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG stellt eine gesetzlich zugelassene Mitteilungspflicht i.S.d. § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO dar.¹⁷ Sie bestimmt, dass die Finanzbehörde Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit im Sinne des Satzes 1 begründen, der Staatsanwaltschaft oder der Verwaltungsbehörde mitteilen muss. Satz 1 der Vorschrift legt fest, dass Vorteile nicht abzugsfähig sind, deren Zuwendung den Tatbestand eines Gesetzes erfüllt, das die Ahndung mit Geldbuße zulässt. Die Regelung soll der Bekämpfung von Korruption dienen.¹⁸ Hinsichtlich des Regelungsinhaltes stellen sich mehrere Fragen, die im Folgenden einer Lösung zugeführt werden sollen.

a) Verdachtsstufe

Die erste Frage, die die Regelung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG aufwirft, ist diejenige, ab welcher Verdachtsstufe eine Mitteilung vorzunehmen ist. Der Tatbestand verwendet lediglich die Wendung „Verdacht einer Straftat“. Was damit gemeint ist, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Im Strafprozess sind die Begriffe des Anfangsverdacht, hinreichenden Tatverdacht und des dringenden Tatverdacht bekannt.

Der Anfangsverdacht besteht nach gängiger strafrechtlicher Auslegung, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat vorliegen.¹⁹ Hinreichender Tatverdacht besteht bei vorläufiger Tatbewertung, wenn eine spätere Verurteilung wahrscheinlich ist.²⁰ Dringender Tatverdacht wird hingegen angenommen, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Beschuldigte Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist.²¹

Die üblichen Auslegungen des Verdachtsbegriffs in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG greifen auf diese strafrechtlichen Begriffe zurück (mit Ausnahme des Begriffs des dringenden Tatverdacht).²² Hierbei wird vereinzelt vertreten, es reiche hinreichender Tatverdacht aus.²³ Hierfür spreche zunächst, dass auch der Gesetzgeber in seiner Begründung auf diese Verdachtsstufe rekurriert habe.²⁴ Außerdem stehe eine solche Auslegung auch im Einklang mit der Ansicht des

BMF,²⁵ wonach § 160 AO dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG vorzuziehen sei, so lange die Erfüllung eines Tatbestands einer Zuwendungstat nicht zweifelsfrei nachgewiesen sei.²⁶

Die überwiegende Gegenansicht lässt jedoch einen Anfangsverdacht ausreichen, um die Mitteilungspflicht auszulösen.²⁷ Hierfür wird vor allem auf die Eröffnungsvoraussetzungen eines Ermittlungsverfahrens nach § 152 Abs. 2 StPO hingewiesen, welche an den Anfangsverdacht anknüpfen. Ein Grund, die Mitteilungspflicht von einer höheren Verdachtsstufe abhängig zu machen, bestehe nicht.²⁸ Auch andere Mitteilungspflichten forderten keinen hinreichenden Tatverdacht. So verlange § 10 Abs. 1 S. 1 BpO für die Mitteilung von Steuerstraftaten ausdrücklich einen Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO. Die Regelung des § 31b S. 2 AO (Geldwäscheverdachtsanzeige) knüpfe sogar an Anhaltspunkte unterhalb eines strafrechtlichen Anfangsverdacht an.

Letztere Ansicht überzeugt. Es bleibt abzuwarten, ob die Vertreter der Gegenmeinung ihre Ansicht beibehalten, nachdem der BFH hinsichtlich der Streitfrage nunmehr erstmals höchstrichterlich klargestellt hat, dass nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG ab Vorliegen eines Anfangsverdacht mitzuteilen ist.²⁹ In der Sache ist kein Grund ersichtlich, wieso die Weitergabe von Informationen, die der Durchführung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens dienen sollen, von einer Verdachtsstufe abhängig gemacht werden sollen, die nach der StPO erst für die Anklageerhebung vonnöten ist. Eine schnellstmögliche Weiterleitung der relevanten Tatsachen an die Strafverfolgungsbehörden entspricht auch dem Zweck der Norm, nämlich einer bestmöglichen Korruptionsbekämpfung.

Der Verdacht im Sinne des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG entspricht damit dem Anfangsverdacht des § 152 Abs. 2 StPO.

²⁵ Vgl. BMF-Schreiben v. 10.10.2002, IV A 6 – S 2145 – 35/2, DStR 2002, 1990. Tz. 36.

²⁶ Preising/Kiesel, DStR 2006, 118 (119).

²⁷ BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VII B 92/08 = DStR 2008, 1734 = ZSteu 2008, R783; FG Baden-Württemberg, Beschl. v. 13.2.2008 – 4 V 630/07 = EFG 2008, 760 = PStR 2008, 183; Bahlau, in Herrmann/Heuer/Raupach (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 207. Lfg., Stand: August 2002, § 4 EStG Rn. 1873; Dörn, DStZ 2001, 736 (737); Klingelhöfer, StBp 1999, 309 (312); Nacke, in: Littmann/Bitz/Pust (Hrsg.), Einkommensteuerrecht, Kommentar, 77. Lfg., Stand: Dezember 2007, §§ 4, 5 Rn. 2041; Randt, BB 2000, 1006 (1013); Söhn, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 76. Lfg., Stand: November 1999, § 4 Rn. Q 120; Stapf, DB 2000, 1092 (1099); Wichterich/Glockemann, INF 2000, 40 (42); Wied, in Blümich (Hrsg.), EStG, KStG, GewStG, Kommentar, 103. Lfg., Stand: Mai 2009, § 4 EStG Rn. 911

²⁸ So auch schon Randt, BB 2000, 1006 (1013).

²⁹ BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VII B 92/08 = DStR 2008, 1734 = ZSteu 2008, R783.

¹⁷ Drüen (Fn. 5), § 30 AO Rn. 101.

¹⁸ BT-Drs. 14/443, S. 21; Stapf, DB 2000, 1092 (1099).

¹⁹ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 152, Rn. 4, 4b.

²⁰ Meyer-Goßner (Fn. 19), § 203 Rn. 2.

²¹ Meyer-Goßner (Fn. 19), § 112 Rn. 5.

²² Anders: Gotzens, DStR 2005, 673 (677), der einen Verdachtsbegriff eigener Art zugrunde legt, der inhaltlich dem Anfangsverdachtsbegriff ohne die rechtliche Wertung der prozessualen Verfolgbarkeit entspricht.

²³ OFD München, VfG. v. 28.12.1999 – S 2144 – 66St 41/42M = DB 2000, 178; Frotscher, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 146. Lfg., Stand: September 2008, § 4 Rn. 868; Meurer, in: Lademann/Söffing/Brockhoff (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, Kommentar, 124. Lfg., Stand: April 1999, § 4 Rn. 766.

²⁴ BR-Drs. 910/98, S. 170.

b) Mitteilungspflicht, wenn auf Abzug verzichtet wird?

Außerdem ist bei der Regelung der Mitteilungspflicht im Zusammenhang mit dem steuerlichen Abzugsverbot die Frage aufzuwerfen, ob an die Strafverfolgungsbehörden mitgeteilt werden muss, wenn die Finanzbehörde Kenntnis von möglicherweise strafbaren Zuwendungen erlangt, welche aber durch den Steuerpflichtigen nicht zum Abzug gebracht werden. Auch diese Frage ist umstritten.

Soweit in der Literatur vertreten wird, dass eine Mitteilungspflicht nur bestehe, wenn auch ein Abzug erfolge,³⁰ wird dafür angeführt, dass die Regelung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG aufgrund der systematischen Stellung keine Zufallsfunde betreffen könne. In diesem Fall müsse sie im allgemeinen Verfahrensrecht stehen.³¹ Die jetzige Stellung im EStG spreche dafür, dass die Norm rein fiskalischen Zwecken diene und daher auch nur für steuerlich relevante Vorgänge (in denen die Zuwendungen den Gewinn mindern) greife.³² Eine extensive Auslegung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG verstoße gegen das Steuergeheimnis, und der Widerspruch zu § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO sei ein Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit.³³ Es sei zum einen nicht ersichtlich, welcher Kreis von Straftaten gemeint sei und zum anderen lasse sich eine Verwendungsbefugnis der geschützten Steuerdaten im Falle des Nichtabziehens in der Steuererklärung nicht aus dem Wortlaut oder Regelungszusammenhang herauslesen.³⁴ Letztlich sei die Mitteilung ein bloßer Rechtsreflex und kein Normzweck des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG.³⁵

Dem ist mit der Gegenansicht entgegenzuhalten, dass der Wortlaut des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG die Mitteilungspflicht nicht einschränkt.³⁶ Die systematische Stellung ist mit der Historie der Vorschrift zu erklären. Vor der Änderung der Norm im Jahr 1999³⁷ hatte die Mitteilungspflicht steuerliche Zwecke. Das Abzugsverbot nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG a.F. setzte eine rechtskräftige Verurteilung (oder eine Einstellung nach §§ 153 bis 154e StPO) wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit voraus. Die Mitteilungspflicht war also notwendiges Mittel, um das Abzugsverbot durchzusetzen, denn erst der „Umweg“ über die Strafverfolgungsbehörden konnte die Voraussetzungen des Tatbestandes schaffen. Diese Notwendigkeit ist mit der Neufassung entfallen. Es reicht nunmehr schon aus, dass die Zuwendung einen straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Tatbestand ver-

wirklicht. Nach der Änderung werden mit § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG keine steuerlichen Interessen mehr verfolgt.³⁸ Um solche durchzusetzen, würde ein Abzugsverbot wie z.B. bei Geschenken nach § 4 Abs. 5 Nr. 1 EStG ausreichen.³⁹ Der Gesetzgeber hat der Mitteilungspflicht generalpräventive Zwecke zuerkannt:⁴⁰ sie soll helfen, die Korruption zu bekämpfen.⁴¹ Dies spricht ebenfalls für die extensive Auslegung.

Auch das Gebot der Normenklarheit steht einer Mitteilungspflicht in den Fällen, in denen auf den Abzug verzichtet wird, nicht entgegen. Der Wortlaut verhält sich dazu nicht. Der Regelungszusammenhang ist durch die schon dargestellte Genese der Vorschrift zu erklären und kann daher auch keinen Aufschluss über die Auslegung geben. Auch ist der in der Mitteilungspflicht genannte Kreis der Straftaten nicht unübersehbar. Vielmehr sind die Straftaten im Sinne des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 1 und S. 3 EStG nur solche, die im Zusammenhang mit Zuwendungen stehen. Dies sind in erster Linie alle Bestechungsstraftaten.

Letztlich ist auch kein Widerspruch zur Regelung des § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO zu erkennen. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG ist eine besondere Offenbarungspflicht, die über § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO das Steuergeheimnis einschränkt.⁴² Die Einschränkungsmöglichkeiten des Steuergeheimnisses nach § 30 Abs. 4 AO stehen alternativ zueinander und müssen nicht kumulativ gegeben sein. § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO erweitert die Offenbarungsbefugnisse und schränkt sie nicht ein.⁴³

Dieser Ansicht pflichtet nun auch der BFH⁴⁴ bei.⁴⁵ Wenn er den strafrechtlichen Charakter der Mitteilungspflicht unterstreicht, indem er diese als Mittel des staatlichen Strafanspruches anerkennt, so spricht er ihr damit den fiskalischen Zweck ab. Für die Durchsetzung strafrechtlicher Ziele ist es aber unerheblich, ob der Betroffene von dem Betriebskostenabzug Gebrauch macht oder nicht. Ein strafrechtlich relevanter und damit mitteilungsbedürftiger Vorgang besteht in jedem Fall.

Es bleibt festzuhalten, dass die Mitteilungspflicht auch bei Zufallsfunden greift. Daher ist es unerheblich, ob der Steuerpflichtige die Zuwendungen als Betriebsausgaben geltend gemacht hat oder nicht. Auch bei möglicherweise strafbaren Zuwendungen, die nicht zum Abzug gebracht werden, muss die Finanzbehörde eine Mitteilung nach § 4

³⁰ Joecks, DStR 1997, 1025 (1030); Korn/Kupfer, KöSDI 1995, 10443 (10451); Stahl, KöSDI 1999, 12022 (12026); Wied (Fn. 27), § 4 EStG Rn. 911.

³¹ Joecks, DStR 1997, 1025 (1030); Preisling/Kiesel, DStR 2006, 118 (122 f.).

³² Stahl, KöSDI 1999, 12022 (12026).

³³ Preisling/Kiesel, DStR 2006, 118 (122).

³⁴ Preisling/Kiesel, DStR 2006, 118 (122).

³⁵ Preisling/Kiesel, DStR 2006, 118 (123).

³⁶ Bahlau (Fn. 27), § 4 Rn. 1876; Frotscher (Fn. 23), § 4 Rn. 869; Stapf, DB 2000, 1092 (1099); Klingelhöfer, StBp 1999, 309 (312); Nacke (Fn. 27), §§ 4, 5 Rn. 2042.

³⁷ Neufassung durch Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 veröffentlicht im BGBI. I 1999, Nr. 15 S. 402.

³⁸ Mit Ausnahme der Tatsache, dass die Finanzbehörde von den strafrechtlichen Ermittlungen profitiert, worauf schon Stahl in KöSDI 1999, 12022 (12025) zu Recht hinweist.

³⁹ Heerspink, wistra 2001, 441 (443).

⁴⁰ Dritter Bericht des Finanzausschusses, BT-Drs. 14/443 S. 21.

⁴¹ BT-Drs. 13/1686, S. 18; Heerspink, wistra 2001, 441 (441); Stapf, DB 2000, 1092 (1093 f.).

⁴² Frotscher (Fn. 23), § 4 Rn. 872; Stapf, DB 2000, 1092 (1099).

⁴³ Alber, in Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 178. Lfg., Stand: September 2003, § 30 AO Rn. 190.

⁴⁴ BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VII B 92/08 = BStBl. II 2008, 850.

⁴⁵ So auch Lühn, BB 2008, 2220 (2221).

Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG an die Strafverfolgungsbehörde machen.

c) Mitteilungspflicht trotz Verjährung

Eine weitere praxisrelevante Frage ist diejenige, ob eine Mitteilung auch dann zu erfolgen hat, wenn die in Rede stehende Straftat verjährt ist. Wenn man konsequent den Anfangsverdachtsbegriff des § 152 Abs. 2 StPO anwenden würde, wäre diese Frage eigentlich zu verneinen, denn dieser Begriff setzt unter anderem auch voraus, dass die Tat noch verfolgbar ist.⁴⁶ Nichtsdestotrotz hat der BFH jüngst die Mitteilungspflicht trotz entgegenstehender offensichtlicher Verjährung bejaht.⁴⁷ Das Gericht musste sich mit einem Fall auseinandersetzen, in dem die relative Verjährungsfrist des § 78 Abs. 3 StGB abgelaufen war. Es bejahte die Mitteilungspflicht mit dem Argument, die Prüfung der Verjährung könne im Einzelfall schwierig sein, da insbesondere Unterbrechungstatbestände in Betracht kämen.

Fraglich ist, ob diese Ansicht des BFH überzeugend ist. Bedenken bestehen insbesondere mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Eine Eingriffsnorm wie die Mitteilungspflicht muss diesen wahren.

Zweck der Mitteilungspflicht ist die Bekämpfung von Korruption.⁴⁸ Die Mitteilung muss also diesem Ziel dienen, sie muss geeignet, erforderlich und das mildeste Mittel sein. Eine Auslegung, die die Mitteilung von Tatsachen erfasst, die sich auf verjährte Taten beziehen, könnte aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unverhältnismäßig sein. Eine Unverhältnismäßigkeit aus tatsächlichen Gründen wäre gegeben, wenn die Strafverfolgungsbehörden schon Kenntnis vom Sachverhalt hätten und daher eine erneute Informationsverschaffung nicht (mehr) geeignet ist, die Korruptionstaten zu bekämpfen. Eine Unverhältnismäßigkeit aus rechtlichen Gründen läge vor, wenn die mitgeteilten Tatsachen mangels strafrechtlicher Verfolgungsbefugnis nicht dazu beitragen können, die Korruptionstat zu bekämpfen.

aa) Schwierigkeit der Prüfung der Verjährungsdauer

Fraglich ist, ob eine Mitteilung trotz offensichtlicher Verjährung eine derartige unverhältnismäßige Auslegung von § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG darstellt. Der BFH bejahte die Mitteilungspflicht mit dem Argument, die Prüfung der Verjährungsdauer sei schwierig. Dies sei insbesondere wegen der möglichen Unterbrechungen der Verjährungsfrist nach § 78c StGB der Fall. Die Kernaussage des BFH lässt sich dahingehend vereinfachen, dass es eine offensichtliche Verjährung aus Sicht des Betriebsprüfers nicht geben könne, da sich dieser immer rechtlichen Unwägbarkeiten gegenübersteht. Hinter dieser Argumentation steht die Befürchtung, dass durch eine fehlerhafte Rechtsanwendung eine eigentlich angezeigte Mitteilung unterbleibt und damit die Korruptionsbekämpfung beeinträchtigt wird. Allein mit Blick auf die

Unterbrechenstatbestände des § 78c StGB ist diese Ansicht aber nicht überzeugend. Ein Betriebsprüfer wird in der Praxis niemals mit der Prüfung eines Unterbrechenstatbestandes nach § 78c StGB konfrontiert werden. Die dort aufgelisteten Möglichkeiten der Unterbrechung knüpfen allesamt an Strafverfolgungsmaßnahmen an. Wenn solche in Betracht kommen, hat die Strafverfolgungsbehörde jedoch von dem Sachverhalt notwendigerweise schon Kenntnis, so dass es der Mitteilungspflicht des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG nicht mehr bedarf.

Wenn allein die Frage von Unterbrechungen der Verjährung problematisch wäre, so könnte dies eine Mitteilung trotz offensichtlicher Verjährung nicht rechtfertigen. Entweder wäre die Tat nicht mehr verfolgbar oder die Strafverfolgungsbehörden hätten schon die erforderlichen Kenntnisse. Die Mitteilung nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG wäre dann entweder aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ungeeignet bzw. nicht erforderlich, um die Bekämpfung von Korruptionstaten, zu erreichen.

bb) Schwierigkeit der Prüfung des Verjährungsbeginns

Die Prüfung der Verjährung könnte aber aus einem anderen Grund problematisch sein. Dieser könnte darin liegen, dass die Frage des Verjährungsbeginns schwierig zu bestimmen ist, so dass zu befürchten wäre, dass mitteilungsbedürftige Tatsachen aufgrund einer fehlerhaften Rechtsanwendung nicht weitergeleitet würden. Der BFH hat sich hierzu nicht geäußert. Nach § 78a StGB beginnt die Verjährung in der Regel mit der Beendigung der Tat. Beendet ist die Tat, wenn das Tatgeschehen über die eigentliche Tatbestandserfüllung hinaus seinen tatsächlichen Abschluss gefunden hat, insbesondere etwaige mit der Tat verknüpfte Absichten zur Realisierung gekommen sind.⁴⁹ Korruptionstaten sind beendet, wenn der letzte von der Unrechtsvereinbarung erfasste Vorteil vom Empfänger angenommen wurde.⁵⁰ Typischerweise prüft die Betriebsprüfung Zahlungen, die den Betriebsgewinn mindern. Die Zahlung ist also zunächst bekannt und dann wird der zugrundeliegende Zweck ergründet. Für den Fall, dass eine bestimmte Zahlung als Bestechungsgeld qualifiziert wird, bleibt aber eine Vielzahl von Fragen offen. Es ist zumeist unklar, ob es sich um eine Einmalzahlung gehandelt hat oder ob weitere Zahlungen vereinbart sind. Die genaue Unrechtsvereinbarung wird wahrscheinlich unbekannt sein, da diese in der Regel nicht schriftlich fixiert wird. Ohne diese Informationen kann aber nicht bestimmt werden, ob einzelne beendete Taten oder vielmehr eine tateinheitliche unbeendete Bestechungshandlung vorliegt.

Der Beginn der Verjährungsfrist ist daher schwierig zu bestimmen, so dass es im Einzelfall problematisch sein kann, festzustellen, ob eine verfolgbare Straftat vorliegt oder nicht. Teilt der Finanzbeamte in diesen Fällen die ihm bekannten

⁴⁶ Vgl. Meyer-Göfner (Fn. 19), § 152 Rn. 4b.

⁴⁷ BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VII B 92/08 = DStR 2008, 1734 = ZSteu 2008, R783.

⁴⁸ BT-Drs. 14/443, S. 21; Stapf, DB 2000, 1092 (1099).

⁴⁹ BayObLG, Urt. v. 20.7.1979 – RReg 1 St 140/79 = NJW 1980, 412, Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor § 22 Rn. 4.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 30.4.1957 – StR 287/56 = BGHSt 10, 237 (243); BGH, Urt. v. 22.5.1958 – 1 StR 551/57 = BGHSt 11, 345 (345).

Tatsachen mit, wird der Strafverfolgungsbehörde die Möglichkeit der Verfolgung gegeben und damit der Zweck der Mitteilungspflicht entsprochen. Aus der ex-ante Sicht des Betriebsprüfers wird es in der Regel erforderlich und geeignet sein, die Informationen weiterzuleiten, da eine Strafverfolgung möglich erscheint.

Insgesamt ist daher mit dem BFH eine Mitteilungspflicht auch bei entgegenstehender scheinbar offensichtlicher Verjährung anzunehmen. Damit entfernt sich die Auslegung des Verdachtsbegriffs allerdings vom strafrechtlichen Begriff, der § 152 Abs. 2 StPO zugrunde liegt.

d) Mitteilungspflicht bei Selbstanzeige

Im Zusammenhang mit § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG wird außerdem diskutiert, ob eine Mitteilungspflicht greift, wenn die Hinweise auf Korruptionstaten in einer Selbstanzeige nach § 371 AO enthalten sind.

Die Selbstanzeige führt zur Straffreiheit im Hinblick auf die Steuerhinterziehung.⁵¹ Eine Strafverfolgung wegen der Korruptionsdelikte bleibt hiervon zunächst unberührt. Allerdings folgt aus § 393 Abs. 2 AO ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Tatsachen, die in Erfüllung steuerlicher Pflichten offenbart wurden. Eine Selbstanzeige erfolgt nach h.M. in Erfüllung steuerlicher Pflichten.⁵² Es ist insoweit unerheblich, ob mit der Selbstanzeige eigenständige steuerliche Pflichten⁵³ oder die weiter bestehende Primärerklärungs-pflicht erfüllt wird.⁵⁴

Es könnte also hinsichtlich der in der Selbstanzeige enthaltenen Hinweise auf die Korruptionstat ein Verwertungsverbot aus § 393 Abs. 2 AO folgen. Ein solches Verbot könnte dann Auswirkungen auf die Mitteilungspflicht haben.

aa) Verwertungsverbot hinsichtlich der Korruptionstat

Ob in Fällen, in denen aus einer Selbstanzeige Hinweise auf eine Korruptionstat erkennbar sind, ein Verwertungsverbot nach § 393 Abs. 2 AO hinsichtlich dieser Tatsachen besteht, ist umstritten.

Gegen ein Verwertungsverbot spricht der Wortlaut des § 393 Abs. 2 S. 2 AO, wonach kein Verbot der Verwertung besteht, soweit an der Verfolgung der Tat ein zwingendes öffentliches Interesse besteht (§ 30 Abs. 4 Nr. 5 AO). Ein solches besteht an der Verfolgung von Korruptionstaten. Diesem zunächst einleuchtenden Ergebnis ist allerdings entgegen zu halten, dass der nemo tenetur-Grundsatz ein aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteter Verfassungsgrundsatz ist, welcher zudem ausdrücklich in Art. 6 EMRK niedergelegt ist.⁵⁵ Eine einfachgesetzliche Beschränkung des Selbstbelastungsverbot (z.B. durch § 393 Abs. 2 S. 2 AO) ist verfassungs- und konventionswidrig.⁵⁶ Daher kann der Ansicht, die sich auf diese Vorschrift stützt, nicht gefolgt werden.

Gegen ein Verwertungsverbot hat sich auch der BGH ausgesprochen.⁵⁷ Er umgeht den Konflikt mit dem nemo tenetur-Grundsatz, indem er annimmt, die erzwingbare steuerliche Erklärungspflicht beziehe sich nur auf die betragsmäßige Angabe der Einkünfte und nicht auf die Herkunftsquelle.⁵⁸ Daher sei niemand gezwungen, sich selbst zu belasten. Diese Meinung setzt aber voraus, dass die grundsätzlich bestehende umfassende Mitwirkungspflicht, inklusive der vollständigen und umfassenden Darstellung des für die Besteuerung maßgebenden Sachverhaltes,⁵⁹ im Einzelfall wegen möglicher Straftaten reduziert ist. Wie eine derartige Beschränkung der Mitteilungspflicht gegenüber den Finanzbehörden durchgesetzt werden soll, ohne Hinweise auf die Straftat zu geben, die den Grund für die Reduzierung der Pflicht darstellt, erschließt sich nicht. Außerdem ist die Ansicht des BGH, der zufolge steuerlich verpflichtend „nur Zahlen“ angegeben werden müssen, nicht auf die Angabe von Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben zu übertragen. Hinweise auf Korruptionstaten werden sich aber in der Regel gerade dem Betriebsausgaben- und Werbungskostenbereich entnehmen lassen. Für Tatsachen, die den Abzug der Werbungskosten dem Grunde und der Höhe nach begründen, trägt der Steuerpflichtige die Darlegungs- und Beweislast.⁶⁰ Kommt er dieser nicht nach, so wird die Abzugsmöglichkeit zumindest rein faktisch scheitern. Die Angabe von Zahlen wird für die Abzugsmöglichkeit nicht ausreichen. Selbst

⁵¹ Sowie für die bei *Schauf*, in: Kohlmann, Steuerstrafrecht, 40. Lfg., Stand: Oktober 1998, § 371 AO Rn. 32 f. genannten Taten.

⁵² *Dumke*, in: Schwarz (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 121. Lfg., Stand: November 2006, § 393 Rn. 50; *Hellmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 43), 163. Lfg., Stand: November 1999, § 393 AO Rn. 140; *Joecks* (Fn. 11), § 393 AO Rn. 55; *Kohlmann*, in: Ders. (Fn. 51), 40. Lfg., Stand: September 2006, § 393 AO Rn. 70, *Wisser*, in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 10. Aufl. 2009, § 393 Rn. 24; a.A.: *Senge*, in: Ambs (Hrsg.), Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 153. Lfg., Stand: Juni 2004, A 24, § 393 Rn. 8.

⁵³ *Joecks* (Fn. 11), § 393 AO Rn. 55; *Kohlmann* (Fn. 52), § 393 AO Rn. 70.

⁵⁴ So BGH, Urt. v. 5.5.2004 – 5 StR 548/03 = BGHSt 49, 136 = PStR 2004, 181 = wistra 2004, 309 = NJW 2005, 2720; *Heerspink*, wistra 2001, 441 (444).

⁵⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.10.1974 – 20 BvR 747/73 = BVerfGE 38, 105 (113); BGH, Urt. v. 17.3.1983 – 4 StR 640/82 = BGHSt 31, 304 (308); BGH, Urt. v. 9.4.1986 – 3 StR 551/85 = BGHSt 34, 39 (46).

⁵⁶ So auch *Kohlmann* (Fn. 52), § 393 AO Rn. 79.7; *Heerspink*, AO-StB 2006, 51 (53); *ders.*, wistra 2001, 441 (443); *Rogall*, in: Hirsch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 465 (S. 497); *Hellmann* (Fn. 52), § 393 AO Rn. 181; zweifelnd auch BVerfG, Beschl. v. 21.4.1988 – 2 BvR 330/88 = wistra 1988, 302 (303).

⁵⁷ BGH, Urt. v. 5.5.2004 – 5 StR 139/03 = PStR 2004, 159 = wistra 2004, 391.

⁵⁸ BGH ebenda und im Anschluss daran: BGH, Urt. v. 2.12.2005 – 5 StR 119/05 = BGHSt 50, 299 = wistra 2006, 96 = NStZ 2006, 210.

⁵⁹ *Wünsch*, in: Pahlke/Koenig (Fn. 16), § 90 AO Rn. 12.

⁶⁰ *Drenseck*, in: Schmidt, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 27. Aufl. 2008, § 9 Rn. 190.

wenn man berücksichtigt, dass die Angabe von Tatsachen zur Begründung eines Werbungs- oder Betriebsausgabenabzuges nicht steuerlich verpflichtend ist, so ist sie es in vielen Fällen doch zumindest wirtschaftlich. Die Haltung des BGH würde dazu führen, dass man unklare Werbungskosten und Betriebsausgaben – wie z.B. Ausgaben für die Einladung von Geschäftspartnern zu einer Betriebsbesichtigung mit anschließendem umfangreichen Dinner – diese von vornherein aus der Steuererklärung heraus lassen muss, da andernfalls nicht nur die Streichung drohte, sondern schlimmstenfalls sogar eine Strafverfolgung wegen einer möglichen Bestechungstat. Die Ansicht des BGH überzeugt also nicht. Richtigerweise wird man daher von einem uneingeschränkten Verwertungsverbot hinsichtlich der Tatsachen, die sich auf die Korruptionstat beziehen, ausgehen müssen.

bb) Auswirkung auf die Mitteilungspflicht

Fraglich ist allerdings, ob davon auch die Mitteilung an die Strafverfolgungsbehörde betroffen ist. Es ist umstritten, ob Tatsachen, die einem Verwertungsverbot unterliegen, zur Bejahung eines Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO herangezogen werden dürfen oder nicht.⁶¹ Mit der h.M. kommt es bei dieser Frage auf eine Abwägung zwischen dem Gewicht des Verfahrensverstößes und der Schwere der aufzuklärenden Straftat an. Zumindest für den Bereich der Korruptionstaten hat der BFH diese Frage entschieden, wenn er sagt, dass eine Mitteilung möglich ist, auch wenn möglicherweise ein Verwertungsverbot eingreift.⁶² Das beinhaltet denklogisch, dass er einen Anfangsverdacht bejaht, denn nur dann ist eine Mitteilung zulässig.

Diese Haltung ist auch vor dem Hintergrund konsequent, dass dem Betriebsprüfer keine eingehende juristische Prüfung auferlegt werden soll. Die Frage eines Verwertungsverbot kann im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein.⁶³ Es ist daher unter Praxisgesichtspunkten richtig, einen Anfangsverdacht auf der Ebene der Mitteilungspflicht zu bejahen, auch wenn die zureichenden Tatsachen möglicherweise einem Verwertungsverbot unterliegen, so dass die Prüfung der zuständigen Staatsanwaltschaft vorbehalten sein sollte.

Es bleibt daher festzuhalten, dass eine Mitteilungspflicht nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG anzunehmen ist, wenn die Korruptionssachverhalte im Rahmen einer Selbstanzeige offenbar geworden sind.

e) Verfassungskonforme Beschränkung der Mitteilungspflicht

Schließlich wird in der Literatur diskutiert, ob die Mitteilungsregelung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG einschränkend auszulegen ist. Dies wird vereinzelt bejaht.⁶⁴

Nach dieser Ansicht soll die Pflicht zur Offenbarung nur für die Straftaten der §§ 331 bis 335 StGB gelten.⁶⁵ Dies ergebe sich mit Blick auf den Gleichheitssatz und aus der Regelung des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO.⁶⁶ Es sei eine Ungleichbehandlung, wenn in einem Fall eine unbedingte Mitteilungspflicht (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG) angeordnet würde und im anderen Fall eine ermessensabhängige (§ 30 Abs. 4 Nr. 5 AO).⁶⁷ Die Abkehr von der Wertung des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO sei nur gerechtfertigt, wenn hochrangige Güter zu schützen seien, wozu aber die Reinheit des Wettbewerbs allein nicht zähle.⁶⁸ Es sei insbesondere kein vernünftiger Grund, eine unbedingte Mitteilungspflicht auf Fälle zu beschränken, in denen der Zahlende den Betrag als Betriebsausgabe geltend gemacht hat.⁶⁹ Ein derartiger Differenzierungsgrund könne allenfalls dann bestehen, wenn eine Amtsträgerbestechung im Sinne der § 331 ff StGB vorliege.⁷⁰ In allen anderen Fällen strafbarer Zuwendungen müsse es bei der ermessensabhängigen Offenbarungsbefugnis des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO bleiben.⁷¹

Diese Meinung vermag nicht zu überzeugen. Zunächst greift das Argument nicht, dass es kein vernünftiger Grund sei, dass die Zuwendung als Betriebsausgabe geltend gemacht wurde. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Mitteilungspflicht nicht davon abhängig, dass eine Betriebsausgabe geltend gemacht wird. Sie gilt vielmehr auch für Zufallsfunde.⁷² Auch das zweite Argument, die Reinheit der Wirtschaft sei kein hochgradig schützenswertes Gut, überzeugt nicht. Welche Rechtsgüter besonders schützenswert sind, unterliegt der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Gerade die gesetzlichen Verschärfungen im Bereich des § 299 StGB in den letzten Jahren⁷³ belegen, dass der Gesetzgeber das Rechtsgut der Reinheit der Wirtschaft für sehr schützenswert hält.

Wenn aber Art. 3 GG nicht zu einer einschränkenden Auslegung zwingt, so bleibt festzuhalten, dass die Mitteilungspflicht des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG auf § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO fußt. Die möglichen Durchbrechungen des Steuergeheimnisses des § 30 Abs. 4 AO sind alternativ und nicht kumulativ zueinander. Der § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO erweitert die Offenbarungsbefugnisse und schränkt diese nicht ein.⁷⁴ Deswegen ist die Mitteilungsregelung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG nicht an § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO zu messen.

Schließlich bedarf es einer solchen einschränkenden Auslegung auch nicht zum Schutz des Steuerpflichtigen. Dieser

⁶¹ Meyer-Goßner (Fn. 19), § 152 Rn. 4b m.w.N.

⁶² BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VII B 92/08 = DStR 2008, 1734 = ZSteu 2008, R783.

⁶³ Wie gerade die Frage des eingeschränkten Verwertungsverbot des § 393 Abs. 2 AO und des widerstreitenden nemo tenetur-Prinzips zeigt.

⁶⁴ Joecks, DStR 1997, 1025 (1031); Wichterich/Glockemann, INF 2000, 40 (43).

⁶⁵ Wichterich/Glockemann, INF 2000, 40 (43), die sogar eine Einschränkung auf §§ 333 bis 335 StGB fordern.

⁶⁶ Joecks ebda.

⁶⁷ Joecks ebda.

⁶⁸ Joecks ebda.

⁶⁹ Joecks ebda.

⁷⁰ Joecks ebda.

⁷¹ Joecks ebda.

⁷² Vgl. Punkt IV. 1. b).

⁷³ Vgl. Punkt I.

⁷⁴ Alber (Fn. 43), § 30 AO Rn. 190.

ist schon über § 393 Abs. 2 AO bzw. über den *nemo tenetur*-Grundsatz aus Art. 6 EMRK ausreichend geschützt.⁷⁵

Die einschränkende Auslegung ist daher weder vom Wortlaut impliziert noch verfassungsrechtlich geboten. Auch zwingt das Schutzbedürfnis des Steuerpflichtigen nicht zu einer teleologischen Reduktion. Sie ist daher abzulehnen.

§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG gilt daher für alle Straftaten, die durch die Zuwendungen verwirklicht werden.

2. Mitteilungspflicht nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO i.V.m. § 10 BpO

Bei Korruptionstaten ist grundsätzlich auch an § 10 Abs. 1 S. 1 BpO zu denken. Diese Vorschrift ordnet an, dass die zuständige Verfolgungsbehörde zu unterrichten ist, wenn sich „[...] während einer Außenprüfung zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO), deren Ermittlung der Finanzbehörde obliegt“, ergeben. Die Finanzbehörde ist nach § 386 Abs. 2 Nr. 1 AO unter Anderem für Steuerhinterziehungen zuständig, so dass diese von der Mitteilungspflicht umfasst sind. Bei korruptionsbezogenen Aufwendungen, die bewusst zum Abzug gebracht werden, ist neben der Korruptionstat auch eine Steuerhinterziehung gegeben. Insofern überschneiden sich § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG und § 10 Abs. 1 S. 1 BpO. Die Vorschrift der Betriebsprüfungsordnung verlangt ausdrücklich einen Anfangsverdacht im strafrechtlichen Sinne, indem sie auf § 152 Abs. 2 StPO verweist.

Fraglich ist, wie § 10 BpO in das Regelungsgefüge des § 30 AO passt. Zunächst kommt auch hier eine Einordnung unter § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO in Betracht. Das dort genannte Gesetz meint allerdings eine Rechtsnorm mindestens im Rang eines förmlichen Gesetzes.⁷⁶ Die BpO ist allerdings lediglich eine allgemeine Verwaltungsvorschrift und damit kein förmliches Gesetz. Eine Befugnis zur Offenbarung gestützt auf § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO scheidet daher aus. Allerdings sieht § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO auch dann eine Offenbarungsmöglichkeit vor, wenn diese der Durchführung eines Verfahrens nach Absatz 2 Nr. 1 Buchstaben a und b dient. Dort unter Buchstabe b ist das Strafverfahren wegen einer Steuerstraftat genannt. In dem von § 10 BpO geregelten Fall ist also eine Offenbarung zulässig. Diese ist in das Ermessen des handelnden Beamten gestellt. Dieses Ermessen wiederum ist durch die Vorschrift des § 10 BpO dahingehend gebunden, dass ab Anfangsverdacht eine Mitteilung der Tatsachen an die zuständige Verfolgungsbehörde erfolgen muss. Demnach ist § 10 BpO als ermessenslenkende Konkretisierung der Offenbarungsbefugnis des § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO anzusehen.

§ 10 BpO verlangt eine Mitteilung, wenn sich die relevanten Tatsachen während einer Außenprüfung ergeben. Damit ist der zeitliche Rahmen, in dem die Norm den Betriebsprüfer zu einer Mitteilung anhält, umrissen. Die Außenprüfung beginnt grundsätzlich in dem Zeitpunkt, in dem der Außenprüfer nach Bekanntgabe der Prüfungsanordnung konkrete Ermittlungshandlungen vornimmt.⁷⁷ Die Handlungen brau-

chen für den Betroffenen nicht erkennbar zu sein. Es genügt vielmehr, dass der Außenprüfer nach Bekanntgabe der Prüfungsanordnung mit dem Studium der den Steuerfall betreffenden Akten beginnt.⁷⁸ Die Außenprüfung endet mit dem abschließenden Prüfungsbericht im Sinne des § 202 Abs. 1 S.1 AO.⁷⁹

Die Mitteilung ist an die zuständige Strafverfolgungsbehörde zu richten. Die Zuständigkeit bestimmt sich nach § 386 AO. Soweit ausschließlich eine Steuerstraftat in Rede steht, ermittelt die StraBu bzw. Steuerfahndung den Sachverhalt. In den hier untersuchten Fällen von Bestechungszahlungen werden aber in der Regel neben Steuerstraftaten auch andere Tatbestände wie z.B. §§ 299, 331 ff. StGB in Rede stehen. Hierfür ist dann die Staatsanwaltschaft zuständig. Regelmäßig wird dann die Steuerfahndung auch die Steuerstraftaten nach § 386 Abs. 4 S. 1 AO abgeben. Andernfalls besteht für die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit nach § 386 Abs. 4 S. 2 AO die Steuerstraftat an sich zu ziehen (Evokationsrecht). Die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörde ist daher im Einzelfall zu überprüfen und die Mitteilung dann an die richtige Behörde zu richten. In der Praxis wird aber die Mitteilung zunächst an die StraBu erfolgen, die die relevanten Informationen dann an die zuständige Verfolgungsbehörde weiterleitet.

Neben § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG wird § 10 BpO bei Korruptionssachverhalten kaum zur Anwendung kommen. § 10 BpO hat in diesen Fällen keinen Regelungsgehalt, der über die Vorschrift aus dem EStG hinausgeht. Anders kann dies sein, wenn (zunächst) keine Korruption, sondern eine Steuerhinterziehung in Rede steht. Diese wäre dann allein über § 10 BpO mitzuteilen.

3. Mitteilungspflicht bei Geldwäscheverdacht

Mit § 31b AO⁸⁰ wurde eine weitere Rechtsgrundlage für die Informationsweitergabe durch die Finanzbehörden geschaffen.

Bei Korruptionssachverhalten kommt die Geldwäsche aus zweierlei Gründen in Betracht. Einerseits sind die §§ 332, 334 StGB direkt als Vortaten erfasst. Andererseits kann auch im Fall des § 299 StGB eine Geldwäsche über den „Hebel“ der gewerbs- oder bandenmäßigen Steuerhinterziehung in Betracht kommen, die Vortat des § 261 StGB ist. Bei einem Abzug von Bestechungsgeldern für Privatpersonen, trotz Kenntnis der Nichtabzugsfähigkeit, ist eine Steuerhinterziehung gegeben. Steuerhinterziehungen sind aufgrund der wiederkehrenden Erklärungsspflichten in der Regel durch serielle Begehungsweise geprägt und dann gewerbsmäßig.⁸¹

⁷⁵ BFH, Urt. v. 7.8.1980 – II R 119/77 = BStBl. 1981 II, 409; Urt. v. 11.10.1983 – VIII R 11/82 = BStBl. 1984 II, 125; Urt. v. 18.12.1986 – I R 49/83 = BStBl. 1987 II, 408.

⁷⁶ BFH, Urt. v. 2.10.2003 – IV R 36/01 = BFH/NV 2004, 307.

⁷⁷ Zuletzt geändert wurde die Norm durch Art. 7a des Gesetzes zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (GwBekErgG) mit Wirkung vom 21.8.2008, veröffentlicht in: BGBl. I 2008, S. 1690.

⁷⁸ So (noch zu § 370a AO): BGH, Urt. v. 22.7.2004 – 5 StR 85/07 = WM 2004, 1892 = DStR 2004, 1604.

⁷⁵ Ebenso bzgl. § 393 Abs. 2 AO: *Stapf*, DB 2000, 1092 (1099).

⁷⁶ *Alber* (Fn. 43), § 30 Rn. 137; *Drüen* (Fn. 5), § 30 AO Rn. 71.

⁷⁷ Vgl. AEAO Nr. 1 S. 1 zu § 198 AO.

Bei § 31b AO handelt es sich wie auch bei § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG um eine gesetzlich zugelassene Offenbarungsbefugnis.⁸² Die Vorschrift soll helfen, die Geldwäsche einschließlich der damit zusammenhängenden Straftaten zu bekämpfen.⁸³ Die Finanzbehörde ist nach § 31b S. 2 AO zu einer Verdachtsanzeige verpflichtet, wenn ihr Tatsachen vorliegen, die darauf schließen lassen, dass eine Straftat nach § 261 StGB begangen wurde.

a) Relevanter Verdachtsgrad

Überwiegend wird vertreten, es reiche ein Verdachtsgrad unterhalb eines strafrechtlichen Anfangsverdachts aus.⁸⁴ Es reichen schon Anhaltspunkte, die den Schluss auf eine Geldwäsche zulassen und bei denen ein krimineller Hintergrund nicht ausgeschlossen werden kann.⁸⁵ Nicht ausreichen sollen Vermutungen „ins Blaue hinein“,⁸⁶ die damit die tatsächliche (praktisch kaum zu unterschreitende) Untergrenze für die Mitteilungspflicht gem. § 31b AO bilden. Damit im Einklang steht auch der Anwendungserlass des Bundesministeriums für Finanzen zu § 31b AO in der Neufassung vom 2. Januar 2009.⁸⁷ Danach reicht es aus, wenn die Finanzbehörde objektive Anhaltspunkte für eine Geldwäschetat hat. Es müssen weder sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen geprüft werden noch, ob eine strafrechtliche Verurteilung in Betracht kommt.⁸⁸ Eine derartig niedrige Schwelle zur Durchbrechung des Steuergeheimnisses ausreichen zu lassen, ist bedenklich.

b) Ermittlungen in Korruptionssachverhalten ausgelöst über § 31b?

In Fällen, in denen mehrere Mitteilungspflichten in Betracht kommen,⁸⁹ stellt sich die Frage, ob der Steuerpflichtige erst

ab Vorliegen eines Anfangsverdachts befürchten muss, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen der Korruptions- oder Steuerhinterziehungstat in Kenntnis gesetzt wird. Dies ist deswegen fraglich, weil § 31b AO einen Verdachtsgrad unterhalb des Anfangsverdachts fordert und Korruptions- und (gewerbs- oder bandenmäßige) Steuerhinterziehungstaten als Vortat in Betracht kommen.

§ 31b AO erlaubt die Offenbarung von Tatsachen, die der Durchführung eines Strafverfahrens wegen Geldwäsche dienen. Diese Tatsachen können sich auch auf die Vortat beziehen.⁹⁰ Die Mitteilungspflicht schränkt das Steuergeheimnis soweit ein, wie dies für Bekämpfung der Geldwäsche erforderlich ist.⁹¹ Grundsätzlich wäre es also möglich, dass eine Mitteilung eines Korruptionssachverhaltes über diesen Weg ausgelöst würde. Zu beachten ist hier, dass der Täter oder Teilnehmer der Vortat wegen § 261 Abs. 9 StGB nicht Geldwäschetäter sein kann. Um eine Vortatbeteiligung auszuschließen, muss zunächst wegen der Vortat ermittelt werden.

Hier besteht also die Gefahr, dass die anderen Mitteilungspflichten durch § 31b AO unterlaufen werden. Soweit diese Frage überhaupt problematisiert wird, befürworten einige Autoren ein Verwertungsverbot nach § 393 Abs. 2 AO.⁹²

Diese Frage auf die Ebene des Verwertungsverbotes zu verlagern führt jedoch ohne Not zu einer Bejahung der Mitteilungspflicht, denn ein Verwertungsverbot steht der Mitteilung nicht entgegen.⁹³ Durch eine solche wird aber das Steuergeheimnis schon beeinträchtigt.

Konsequenter erscheint es, den Bedenken bezüglich der tatbestandlichen Weite des § 31b AO schon bei der Auslegung des Tatbestandes Rechnung zu tragen.

Die Vortatermittlung muss sich an den für sie geltenden Regelungen orientieren, da andernfalls von § 31b AO alle anderen gesetzgeberischen Wertungen unterlaufen würden. Soweit also der Gesetzgeber und die Rechtsprechung z.B. für Bestechungstaten eine Mitteilungspflicht ab Anfangsverdacht für richtig erachten, kann nicht über § 31b AO „quasi durch die Hintertür“ eine geringere Schwelle zur Mitteilung führen.

§ 31b S. 2 AO ist deswegen zumindest für die Ermittlungen von Korruptions- und Steuerhinterziehungsdelikten als Vortaten zur Geldwäsche teleologisch so auszulegen, dass eine Mitteilung erst ab Vorliegen eines Anfangsverdachts in Betracht kommt.

⁸² *Drüen* (Fn. 5), § 30 AO Rn. 74.

⁸³ BT-Drs. 14/8017, S. 145; *Alber* (Fn. 43), § 31b AO Rn. 5; *Rüsken*, in: Klein (Fn. 52), § 31b ohne Rn.

⁸⁴ *Alber* (Fn. 43), § 31b AO Rn. 18; *Intemann* (Fn. 16), § 31b Rn. 23; *Marx*, DStR 2002, 1467 (1468); *Rüsken* (Fn. 83), § 31b ohne Rn.

⁸⁵ AEAO zu § 31b Rn. 2; *Schwarz*, in: Ders. (Hrsg.), Abgabenordnung, Praxiskommentar, 114. Lfg. Stand: Juni 2005, § 31b Rn. 5.

⁸⁶ *Alber* (Fn. 43), § 31b AO Rn. 18; *Rüsken* (Fn. 83), § 31b ohne Rn.

⁸⁷ Abrufbar unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/nr/314/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/BMF_Schreiben/Veroeffentlichungen_zu_Steuerarten/abgabenordnung/069_Aenderung_AEAO_anl.templateId=raw.property=publicationFile.pdf.

⁸⁸ AEAO zu § 31b AO Rn. 2.

⁸⁹ Bsp.: Der wegen Korruption und Steuerhinterziehung vorbestrafte Steuerpflichtige X hat Geld auf einem Treuhandkonto in Liechtenstein. Davon erfährt die Finanzbehörde. Die Tatsache, dass X vorbestraft ist, reicht für eine Mitteilung nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG oder nach § 10 Abs. 1 S. 1 BpO 2000 nicht aus. Es liegen aber Anhaltspunkte für eine Geldwäsche vor (zu den Anhaltspunkten für eine Geldwäsche: Vfg. der OFD Hannover v. 10.4.2003 – S 1515 – 21 –

StO 311, StEK AO § 30 Nr. 131), so dass über den Weg des § 31b AO der Sachverhalt bei der Strafverfolgungsbehörde landet.

⁹⁰ So auch *Alber* (Fn. 43), § 31b AO Rn. 18; vgl. auch die Beispiele dort unter Rn. 19.

⁹¹ *Schwarz* (Fn. 85), § 31b Rn. 11.

⁹² Ebenfalls für ein Verwertungsverbot: *Blesinger*, in: Kühn/von Wedelstädt (Hrsg.), Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 19. Aufl. 2008, § 31b AO Rn. 7; *Preisling/Kiesel*, DStR 2006, 118 (123); *Schwarz* (Fn. 85), § 31b Rn. 8.

⁹³ Vgl. Punkt IV. 1. d) bb).

4. Mitteilungsbefugnis § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO

Neben den dargestellten Pflichten könnte auch eine Mitteilungsbefugnis nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO bei Korruptionssachverhalten in Betracht kommen.

a) Erfassung von Korruptionstaten

Fraglich ist, ob der Begriff der Wirtschaftsstraftat in Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO Korruptionstaten erfasst. Ob hierbei auf den Begriff der Wirtschaftsstraftat in § 74c GVG abgestellt werden kann oder nicht, ist belanglos.⁹⁴ Jedenfalls muss die Tat geeignet sein, die wirtschaftliche Ordnung beträchtlich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit in die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs erheblich zu erschüttern.⁹⁵ Gerade Bestechungen erschüttern das Vertrauen in die Redlichkeit des Wirtschaftsverkehrs.⁹⁶ Damit ist eine Korruptionstat in der Regel auch eine Wirtschaftsstat im Sinne des § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO.

b) Eigenständiger Anwendungsbereich

Fraglich ist allerdings, ob der Mitteilungsbefugnis überhaupt ein eigenständiger Anwendungsbereich zu kommt. Zweifel daran lässt der Gedanke aufkommen, dass für Korruptionstaten schon eine Mitteilungspflicht aus § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG besteht und unterhalb der dort genannten Anfangsverdachtsschwelle auch eine Mitteilung aus § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO wohl ermessensfehlerhaft wäre. Diese Betrachtung lässt jedoch außer Acht, dass über § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO auch eine Mitteilung in Disziplinarsachen möglich ist.⁹⁷ Eine solche kommt auch dann in Betracht, wenn strafrechtlich z.B. aufgrund einer Selbstanzeige möglicherweise Straffreiheit gegeben ist.⁹⁸ Gleiches wird man daher für einen Korruptionssachverhalt annehmen müssen. Eine Mitteilung an die zuständige Disziplinarstelle wird stets anzunehmen sein, auch wenn wegen der Korruptionstat möglicherweise ein strafrechtliches Verwertungsverbot greift.⁹⁹ Damit hat § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO einen (wenn auch geringen) eigenständigen Anwendungsbereich für Disziplinarsachen.

c) Voraussetzungen (Ermessen)

Bei der Mitteilungsbefugnis nach § 30 Abs. 4 S. 4 Nr. 5 lit. b AO ist der eingeräumte Ermessensspielraum zu berücksichtigen. Hierbei ist insbesondere auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu achten.¹⁰⁰ Die Mitteilung muss im Einzelfall geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den verfolgten Zweck zu erreichen. Die Mitteilung wird in der Regel

geeignet sein, das Ziel – eine disziplinarrechtliche Ahndung – zu erreichen. Es darf darüber hinaus kein gleich geeignetes, milderer Mittel zur Verfügung stehen. Dies ist eine Frage des Einzelfalls. Außerdem ist im Rahmen der Angemessenheit eine Interessenabwägung erforderlich. Im hier relevanten Anwendungsbereich ist demnach abzuwägen, ob das Interesse des Dienstherren bzw. der Allgemeinheit an einer disziplinarischen Verfolgung die Einschränkung der Geheimhaltungsinteressen des Steuerpflichtigen überwiegt. Diese Abwägung wird bei Bestechungsfällen (im Amt) im Regelfall zulasten der Geheimhaltungsinteressen ausgehen. Im Ergebnis wird bei Korruptionstaten auch die Ermessensabwägung dazu führen, dass der Sachverhalt (auch) der Disziplinarstelle mitgeteilt wird.

Fraglich ist allerdings, ab wann eine solche Mitteilungspflicht erfolgen muss. Auch hier ist zu bedenken, dass der Verdacht einer Korruptionstat erst im Laufe des Verfahrens Konturen gewinnt. Aufgrund des Schutzes des Steuergeheimnisses und der Rechtsprechung zu den Mitteilungspflichten sollte eine Mitteilung jedenfalls nicht unterhalb der Anfangsverdachtsschwelle (reduziert auf ihre Tatsachengrundlage) erfolgen. Damit wird ein Gleichlauf bei der Auslegung der Mitteilungspflichten und -befugnisse erreicht.

V. Zusammenfassung

Die Mitteilungspflichten der § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG, § 10 BpO und § 31b S. 2 AO sind Ausnahmen zum Steuergeheimnis. Sie sollen der Strafverfolgungsbehörde die erforderlichen Informationen zur Verfolgung von Straftaten geben. Da jede Mitteilung aber das Steuergeheimnis und damit sowohl Individualinteressen des Steuerpflichtigen als auch fiskalische und rechtsstaatliche Interessen des Staates betrifft, muss eine solche von gewissen Mindestvoraussetzungen abhängen.

Im Rahmen von § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG ist die Mitteilungspflicht erst ab Vorliegen eines Anfangsverdacht im strafrechtlichen Sinne gegeben. Es ist hierfür unerheblich, ob der Steuerpflichtige die Zuwendungen in seiner Steuererklärung als Betriebsausgaben abgezogen hat oder nicht. Eine mögliche Verjährung oder ein Verwertungsverbot steht der Mitteilungspflicht nicht entgegen. Diese Prüfung dieser Fragen muss der Strafverfolgungsbehörde auferlegt werden, so dass eine Offenbarungspflicht zu bejahen ist. Die Tatsachen, welche die Pflicht nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG auslösen, können auch aus einer Selbstanzeige stammen.

Auch im Rahmen des § 10 BpO kommt es allein auf einen strafrechtlichen Anfangsverdacht an, der zur Mitteilung führt. Bei Korruptionssachverhalten hat diese Regelung neben § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 3 EStG allerdings keinen eigenständigen Anwendungsbereich.

Hinsichtlich des § 31b AO reichen nach gängiger Auslegung schon Anhaltspunkte unterhalb einer Anfangsverdachtstufe für die Mitteilung aus. Diese Auslegung muss jedenfalls für die Frage, ob über § 31b AO auch hinsichtlich der Vortat diese geringere Schwelle ausreicht, anders beurteilt werden. Für die als Vortat in Betracht kommenden Korruptions- und Steuerhinterziehungstaten bedarf es mindestens eines An-

⁹⁴ Für eine Definition in Anlehnung an § 74c GVG: Intemann (Fn. 16), § 30 Rn. 237; Gegen eine Definition wie in § 74c GVG: AEAO zu § 30 Rn. 8.3.

⁹⁵ Intemann (Fn. 16), § 30 Rn. 238.

⁹⁶ Für den Fall von Korruption im Rahmen von Beschaffungen für die Bundeswehr hat dies der BGH bejaht: BGH, Urt. v. 12.2.1981 – III ZR 123/79 = NJW 1982, 1648.

⁹⁷ AEAO zu § 30 AO Rn. 8.6.

⁹⁸ AEAO zu § 30 AO Rn. 8.6. b).

⁹⁹ Vgl. oben Punkt IV. 1. d) bb).

¹⁰⁰ Rüsken (Fn. 83), § 30 Rn. 72.

fangsverdacht, um eine Mitteilung auszulösen, damit die gesetzliche Wertung nicht unterlaufen wird.

Darüber hinaus kommt eine Mitteilungsbefugnis gegenüber der Disziplinarstelle aus § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO in Betracht. Diese ist ermessensabhängig. In der Regel wird jedoch ein Sachverhalt ab Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte, die einen Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO begründen, mitgeteilt werden müssen.

Die Ungleichbehandlung eigener und fremder Staatsbürger im deutschen Auslieferungsrecht

Verstoß gegen das europäische Diskriminierungsverbot und gegen das grundgesetzliche Bestimmtheitsgebot

Von Rechtsanwältin Dr. **Cristina Tinkl**, Münster

I. Einleitung

Fast fünf Jahre ist es her, dass das Bundesverfassungsgericht das Umsetzungsgesetz¹ zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RbEuHb) für nichtig erklärte². Auch der zweite Umsetzungsversuch leidet jedoch nach wie vor unter erheblichen Mängeln. Er ist europarechts- und grundgesetzwidrig.

Während die Auslieferung Deutscher zum Zwecke der Strafvollstreckung zwingend deren Zustimmung voraussetzt, spielt die fehlende Zustimmung von Ausländern allenfalls auf Ermessensebene eine Rolle. Zuverlässige Kriterien für die Ermessensausübung fehlen. Diese Ungleichbehandlung ist europarechtswidrig. Vor allem die Feststellungen des EuGH in der Sache Wolzenburg³ belegen, dass die Benachteiligung von in Deutschland lebenden EU-Bürgern gegen das europäische Diskriminierungsverbot verstößt. Das Bundesverfassungsgericht⁴ hingegen hat die Annahme der Verfassungsbeschwerde eines in Deutschland lebenden Polen abgelehnt, der zur Vollstreckung einer in Polen verhängten Freiheitsstrafe ausgeliefert werden sollte. Mit Recht war dieser der Auffassung, das zuständige Oberlandesgericht habe die ihn benachteiligenden deutschen Auslieferungsregeln wegen Verletzung des Diskriminierungsverbotes dem EuGH zur Prüfung vorlegen müssen.⁵ Vor dem Hintergrund der widerstreitenden Entscheidungen auf nationaler und europäischer Ebene setzt sich der vorliegende Beitrag mit folgenden Fragen auseinander: Unter welchen Voraussetzungen darf sich der Bürger eines EU-Mitgliedstaates gegenüber nationalen Auslieferungsregeln auf das Diskriminierungsverbot berufen? Welche Anforderungen ergeben sich aus dem Diskriminierungsverbot an die nationalstaatliche Umsetzung des Rahmenbeschlusses

über den Europäischen Haftbefehl? Warum genügen die deutschen Regelungen diesen Anforderungen nicht?⁶

Auch die Bestimmungen über die Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung sind nicht mit höherrangigem Recht vereinbar. Sie verstoßen sowohl gegen Europarecht wie auch gegen das Grundgesetz. Der Europarechtsverstoß liegt hier – wie bei der Auslieferung zur Strafvollstreckung – in der unzulässigen Ungleichbehandlung von eigenen Staatsbürgern und denen anderer EU-Mitgliedstaaten. So ist bei Deutschen zwingende Auslieferungsvoraussetzung die Zusicherung des ersuchenden Staates, den Betroffenen zur Strafvollstreckung zurück zu überstellen. Auf eine solche Zustimmung verzichtet das Gesetz bei Ausländern und diskriminiert damit EU-Bürger, soweit sie ihren ständigen Aufenthalt in Deutschland haben.⁷

Außerdem muss bei der Auslieferung eines Deutschen feststehen, dass er nicht für ein Verhalten ausgeliefert wird, dessen Strafbarkeit er nicht voraussehen konnte. Er soll vor sogenannten „nicht erwartbaren Fernwirkungen seines Handelns“ geschützt werden. Deshalb muss die der Auslieferung zugrunde liegende Tat einen Bezug zum ersuchenden Staat aufweisen – also etwa im ersuchenden Staat begangen sein worden. Auf dieses Erfordernis verzichtet das Gesetz bei der Auslieferung von Ausländern – es findet auch hier lediglich auf Ermessensebene Berücksichtigung. Mit welchem Grund aber schützt das deutsche Auslieferungsrecht allein Deutsche vor den „nicht erwartbaren Fernwirkungen ihres Handelns“? Und liegt darin nicht ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 GG?⁸

II. Auslieferung zur Strafvollstreckung – Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EGV)

Die Ungleichbehandlung von deutschen Staatsbürgern und denen anderer EU-Mitgliedstaaten verstößt unter bestimmten Umständen gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EGV⁹). Um nachvollziehen zu können,

¹ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG) – BGBl. I 2004, S. 1748.

² BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04; abgedruckt in NJW 2005, 2289.

³ EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (Wolzenburg).

⁴ BVerfG, Beschl. v. 28.10.2009 – 2 BvR 2236/09, Rn. 29 ff.

⁵ Das Hanseatische OLG hatte es abgelehnt, dem EuGH die Frage vorzulegen, ob ein Unionsbürger wie der Betroffene, der polnischer Staatsbürger ist, seit acht Jahren in Deutschland lebte und dort sozialversicherungspflichtig arbeitete, in rahmenbeschlusskonformer Auslegung von Art. 4 Nr. 6 RbEuHb einem deutschen Staatsangehörigen gleichzustellen sei, wenn das deutsche Recht eine unterschiedliche Behandlung vorsehe, im Rahmen einer Abwägung aber die Gleichstellung zulasse. Hanseatisches OLG, Beschl. v. 14.9.2009 und v. 6.10.2009 – Ausl 20/09, S. 12 f.

⁶ Zu diesen Fragen unter II.

⁷ Zu diesen Fragen unter III. 1.

⁸ Zu diesen Fragen unter III. 2.

⁹ Ex-Art. 12 EGV hatte denselben Wortlaut wie nunmehr Art. 18 AEUV. Nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EGV) ist unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Nach der Rechtsprechung erfordert der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn eine derartige Behandlung ist objektiv gerechtfertigt. EuGH, Urt. v. 3.5.2007 – C-303/05 (Advocaten voor de Wereld), Rn. 56 (m.w.N.). Eine derartige Behand-

warum die Regelungen des IRG den europarechtlichen Anforderungen nicht gerecht werden, ist es zunächst sinnvoll, sich die Systematik des deutschen Auslieferungsrechts und des Europäischen Haftbefehls zu vergegenwärtigen.

Da der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl das Ziel einer effektiven grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen verfolgt, sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet, durch ihre nationalen Regelungen die möglichst reibungslose Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls vorzusehen.¹⁰ Dem ist der deutsche Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch § 79 Abs. 1 S. 1 IRG eine Auslieferungspflicht installiert hat.¹¹

Ob die Mitgliedstaaten hingegen von der Möglichkeit Gebrauch machen, im Rahmenbeschluss vorgesehene fakultative Ablehnungsgründe umzusetzen, bleibt ihnen grundsätzlich frei gestellt. Eine aus europäischem Recht resultierende Pflicht trifft sie hier nicht. Denn die Umsetzung fakultativer Ablehnungsgründe, hindert das Ziel der möglichst umfassenden und hindernisfreien Vollstreckung Europäischer Haftbefehle.¹² Das bedeutet allerdings nicht, dass die Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung der Umsetzung von Ablehnungsgründen frei sind, wenn sie sich zu dieser einmal entschlossen haben.¹³ Von den im Rahmenbeschluss vorgesehenen fakultativen Ablehnungsgründen hat der deutsche Gesetzgeber bei seinem zweiten Umsetzungsversuch umfänglich Gebrauch gemacht.¹⁴ Allerdings sind diese für Deutsche und Ausländer – und damit auch für Unionsbürger – sehr unterschiedlich ausgestaltet. Vor allem sind die Ablehnungsgründe jeweils in unterschiedlichen Verfahrensstufen zu berücksichtigen, was erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung

lung lässt sich nach dem Gemeinschaftsrecht nur rechtfertigen, wenn sie auf objektiven Erwägungen beruht, die von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängig sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgten Zweck stehen. EuGH, Urt. v. 1.10.2009 – C-103/08 (Gottwald), Rn. 30 (m.w.N.).

¹⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 sowie Erwägungsgründe 5 und 7 RbEuHb; EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-66/08, Rn. 31 ff.

¹¹ Der deutsche Gesetzgeber hat zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl Vorschriften in das IRG eingefügt, die ausschließlich für den Auslieferungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der EU Anwendung finden. Diese Regelungen finden sich im Achten Teil des IRG (§§ 78 ff IRG). Nach § 79 Abs. 1 S. 1 IRG dürfen die zuständigen Behörden ein zulässiges Auslieferungersuchen eines anderen Mitgliedstaates nur ablehnen, soweit das im IRG ausdrücklich vorgesehen ist.

¹² Vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (Wolzenburg), Rn. 58 ff.

¹³ EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-66/08, Rn. 43 f.; EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (Wolzenburg), Rn. 46 ff.

¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung zum ersten Umsetzungsversuch des Gesetzgebers 2005 vor allem bemängelt, dass der Gesetzgeber die im Rahmenbeschluss vorgesehenen Ablehnungsgründe bei der Umsetzung nicht berücksichtigt hatte. BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 (2291).

des Einzelnen hat. Das Auslieferungsverfahren in Deutschland ist nämlich zweistufiger Natur und gliedert sich in das Zulässigkeits- und das Bewilligungsverfahren.¹⁵ Allein das Zulässigkeitsverfahren ist ein gerichtliches Verfahren und vollständig justitiabel. Die Bewilligungsentscheidung, die im allgemeinen Auslieferungsrecht der Zulässigkeitsentscheidung nachgelagert ist, ist dagegen traditionell rein politischer Natur. Sie ist so grundsätzlich der gerichtlichen Überprüfung entzogen.¹⁶ Im Verfahren auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls entscheidet die für die Bewilligung der Auslieferung zuständige Stelle (in der Regel die Generalstaatsanwaltschaft) vor der Zulässigkeitsentscheidung durch das Oberlandesgericht, ob sie beabsichtigt, Bewilligungshindernisse geltend zu machen. Diese Ermessensentscheidung wird dann im Zulässigkeitsverfahren durch das OLG lediglich auf Ermessensfehler überprüft. Auch wenn die Bewilligungsentscheidung damit im Verfahren auf Grundlage eines Europäischen Haftbefehls inzwischen begrenzt gerichtlich überprüfbar ist¹⁷, besteht zwischen beiden Stufen ein erheblicher Unterschied. Ob ein Umstand im Rahmen der Zulässigkeits- oder (nur) auf der Ebene der Bewilligungsentscheidung Berücksichtigung findet, hat maßgebliche Auswirkungen auf den Rechtsschutz, der dem Betroffenen zukommt.

Hier setzt auch die Unterscheidung des deutschen Gesetzgebers zwischen der Auslieferung eines eigenen Staatsangehörigen und dem Angehörigen eines anderen Staates an. Soll eine deutsche Person zur Vollstreckung einer im europäischen Ausland verhängten Freiheitsstrafe ausgeliefert werden, ist das nur zulässig, wenn sie dieser Auslieferung zustimmt, § 80 Abs. 3 S. 1 IRG. Grund ist, dass die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe in einem Staat, in dem der Betroffene nicht seine soziale und kulturelle Heimat hat, in der Regel eine besondere Belastung darstellt – auch spielen Resozialisierungsgedanken eine Rolle.¹⁸

¹⁵ Vgl dazu *Weigend*, JuS 2000, 105 (109).

¹⁶ Vgl BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 (2295 f.).

¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2005 unter anderem auch bemängelt, dass die fehlende Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung einen unzulässigen Eingriff in Art 19 Abs. 4 GG. BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 (2295 ff.). Nach § 79 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 IRG prüft das OLG die Entscheidung nunmehr im Rahmen der Zulässigkeitsentscheidung auf Ermessensfehler. Stellt es bei seiner Überprüfung Ermessensfehler fest, so verweist es die Sache an die Generalstaatsanwaltschaft zurück und stellt die eigene Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung zurück. Ist die Entscheidung der Bewilligungsbehörde, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen, nach Auffassung des OLG rechtsfehlerfrei getroffen, entscheidet es über die Zulässigkeit der Auslieferung. Vgl. auch *Inhofer*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, IRG, Stand: 1.10.2009, § 79 IRG Rn. 1 ff.

¹⁸ Mit besseren Resozialisierungschancen einer Person, die eine Freiheitsstrafe in dem Staat verbüßt, in dem sie verwur-

Bei Ausländern und damit auch bei EU-Bürgern hat der Gesetzgeber eine grundlegend andere Regelung getroffen – und zwar gerade für den Fall, dass diese ihren ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Hier hindert eine fehlende Zustimmung die Auslieferung nur, wenn die Bewilligungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen zusätzlich ein überwiegendes Interesse an Nichtauslieferung feststellt, § 83b Abs. 2 lit. b IRG.¹⁹ Auf Ebene der Zulässigkeitsentscheidung spielen weder die fehlende Zustimmung noch ein überwiegendes Interesse an Nichtauslieferung eine Rolle. Beide Regelungen, also die Deutsche betreffend (§ 80 Abs. 3 S. 1) wie auch die Ausländer betreffend (§ 83b Abs. 2 lit. b IRG), setzen jedoch die in Art. 4 Nr. 6 RbEuHb²⁰ vorgesehenen Ablehnungsgründe um. Damit unterliegt der Gesetzgeber bei der Umsetzung dem Regime des Europarechts. Ob der Gesetzgeber die fakultativen Ablehnungsgründe des Rahmenbeschlusses überhaupt umsetzen möchte, unterliegt, wie ausgeführt, seinem Ermessen. Unterlässt er

zelt ist, sind die entsprechenden Ablehnungsgründe des Rahmenbeschlusses begründet. Siehe dazu unten Fn. 20.

¹⁹ Rechtsprechung und Literatur gehen bei Vorliegen beider Voraussetzungen – also die fehlende Zustimmung des Ausländers und sein überwiegendes Interesse an einer Strafvollstreckung im Inland – davon aus, das Ermessen der Behörde sei in diesem Fall auf null reduziert: Sie muss die Bewilligung der Auslieferung ablehnen. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16. 12. 2008 – 1 AK 51/07, Rn. 25; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 28. 10. 2009 – 2 BvR 2236/09, Rn. 28; ähnlich *Böhm*, NJW 2008, 3183 (3185). Allerdings unterliegt die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals des „überwiegenden schutzwürdigen Interesses“ nach Auffassung der Rechtsprechung einem weiten Ermessensspielraum. Da die Ermessensreduktion also erst greift, wenn die Behörde ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse festgestellt hat, kommt der Ermessensreduktion hier kaum Bedeutung zu. Denn dass die Entscheidung abzulehnen ist, wenn das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an ihrer Ablehnung überwiegt, sollte eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit sein.

²⁰ Nach Art 4 Nr. 6 RbEuHb kann die zuständige Justizbehörde die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zur Strafvollstreckung ablehnen, wenn sich die gesuchte Person im Vollstreckungsmitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehöriger ist oder dort ihren Wohnsitz hat und dieser Staat sich verpflichtet, die Strafe oder die Maßregel der Sicherung nach seinem innerstaatlichen Recht zu vollstrecken. Mit dieser Regelung wollten die Mitgliedstaaten ermöglichen, die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls unter Gesichtspunkten der Resozialisierung abzulehnen. Dafür spricht Art. 33 des Vorschlags der Kommission für einen Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, KOM (2001) 522 endg. vom 25.9.2001, S. 18. Vgl. auch *Böhm*, NJW 2008, 3183 (3184). Die Formulierung des Art. 33 Kommissionsvorschlag spricht weiter dafür, dass das Resozialisierungsinteresse als Individualinteresse zu verstehen ist. Denn dort heißt es, das Interesse des Betroffenen sei allein maßgeblich für eine entsprechende Ablehnungsentscheidung und seine Zustimmung erforderlich.

das, unterstützt er damit im Ergebnis die vom europäischen Gesetzgeber gewünschte Folge einer effektiven und reibungslosen Zusammenarbeit in Strafsachen. Denn je weniger Ablehnungsgründe der nationale Gesetzgeber installiert, desto reibungsloser erfolgt die Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls.²¹ Entschließt sich der Mitgliedstaat jedoch, einen fakultativen Ablehnungsgrund in nationalstaatliche Regelungen umzusetzen, ist sein Ermessen hier in zwei Richtungen begrenzt: Erstens darf er, um das Ziel des Rahmenbeschlusses nicht zu gefährden, Personen nur soweit in den Anwendungsbereich des fakultativen Ablehnungsgrundes einbeziehen, wie der Rahmenbeschluss das erlaubt. Zweitens begrenzt das europäische Diskriminierungsverbot sein Ermessen.

Mit der ersten Frage, nämlich welche Personen ein Mitgliedstaat in den Anwendungsbereich eines fakultativen Ablehnungsgrundes einbeziehen darf, setzt sich der EuGH in seiner Entscheidung in der Sache *Kozłowski*²² auseinander. Hier stellt der EuGH fest, die vollstreckende Justizbehörde müsse, um zu klären, ob sie in einer konkreten Situation die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ablehnen kann, in einem ersten Schritt nur entscheiden, ob die gesuchte Person Staatsangehöriger im Sinne von Art. 4 Nr. 6 RbEuHb ist, ihren Wohnsitz oder ihren Aufenthaltsort im Vollstreckungsmitgliedstaat hat und sie daher vom Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses erfasst ist. Wenn diese Voraussetzung gegeben sei, so der EuGH weiter, habe die Justizbehörde in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob ein legitimes Interesse daran bestehe, die im Ausstellungsmitgliedstaat verhängte Strafe im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsmitgliedstaates zu vollstrecken.²³ Hierzu sei, so der Gerichtshof, darauf hinzuweisen, dass mit den fakultativen Ablehnungsgründen nach Art. 4 Nr. 6 RbEuHb insbesondere die vollstreckende Justizbehörde in die Lage versetzt werden solle, der Frage besondere Bedeutung beizumessen, ob erhöhte Resozialisierungschancen der gesuchten Personen nach Verbüßung der gegen sie verhängten Strafe bestehen.²⁴

Diese Ausführungen des EuGH missversteht die deutsche Rechtsprechung (jedenfalls teilweise) und kommt so zu dem unzutreffenden Ergebnis, § 83b Abs. 2 lit. b IRG verstoße nicht gegen das europäische Diskriminierungsverbot.²⁵ Sie meint, den Mitgliedstaaten komme hinsichtlich der vom EuGH erwähnten zweiten Stufe der Entscheidung über die Ablehnung einer Auslieferungsvollstreckung ein Ermessensspielraum zu, den der EuGH nicht prüfen dürfe.²⁶ Das ist falsch. Mit dem soeben zitierten Hinweis hat der Gerichtshof nämlich nichts zur Gleichbehandlung der Unionsbürger gesagt. Seine Feststellungen gelten gleichermaßen für die Beur-

²¹ EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (*Wolzenburg*), Rn. 58 ff.

²² EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-66/08, Rn. 43.

²³ EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-66/08, Rn. 44.

²⁴ EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-66/08, Rn. 45.

²⁵ Hanseatisches OLG, Beschl. v. 14.9.2009 und v. 6.10.2009 – Ausl 20/09, S. 12 f.

²⁶ Hanseatisches OLG, Beschl. v. 14.9.2009 und v. 6.10.2009 – Ausl 20/09, S. 13.

teilung der Auslieferung eigener Staatsangehöriger wie für die anderer Unionsbürger. Auch wenn die vollstreckende Justizbehörde im ersten Schritt festgestellt hat, dass es sich um einen eigenen Staatsangehörigen handelt, soll sie nach Feststellungen des EuGH in einem zweiten Schritt in die Lage versetzt werden, der Frage der Resozialisierungschancen Bedeutung beizumessen.²⁷ Der Aussage des Europäischen Gerichtshofs im Fall Kozłowski ist überhaupt kein Hinweis auf seine Beurteilung der Anforderungen an die Gleichbehandlung eigener Staatsbürger und Bürger anderer EU-Staaten zu entnehmen. Der EuGH setzt sich mit dieser Frage überhaupt nicht auseinander, lässt sie vielmehr sogar ausdrücklich offen.²⁸ Das erklärt sich auch aus der Zielrichtung seiner Feststellungen. Der Gerichtshof hatte allein zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedstaat einen Europäischen Haftbefehl ablehnen darf. Er prüfte hier die Grenzen mitgliedstaatlichen Ermessens bei der Frage, welche Personen in den Anwendungsbereich des fakultativen Ablehnungsgrundes nach Art. 4 Nr. 6 RbEuHb einbezogen werden dürfen und stellte entsprechende Auslegungskriterien auf.²⁹ Die Individualinteressen des Betroffenen – mithin ein

²⁷ Das ist auch nahe liegend. Denn ein deutscher Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem anderen EU-Mitgliedstaat, der dort eine Straftat begangen hat und deshalb verurteilt worden ist, kann durchaus bessere Resozialisierungschancen in dem betreffenden Mitgliedstaat als in seinem Heimatstaat Deutschland haben.

²⁸ Die zweite Vorlagefrage des vorlegenden Gerichts (OLG Stuttgart) im Fall Kozłowski lautete: Ist eine Umsetzung des Art. 4 Nr. 6 des Rahmenbeschlusses in der Weise, dass die Auslieferung eigener Staatsangehöriger des Vollstreckungsmitgliedstaats zur Strafvollstreckung gegen deren Willen stets unzulässig ist, diejenige von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten entgegen gegen deren Willen nach behördlichen Ermessen bewilligt werden kann, mit Unionsrecht, insbesondere mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft nach Art. 6 Abs. 1 EU in Verbindung mit Art. 12 EG und Art. 17 ff. EG, vereinbar, und, wenn ja, sind die genannten Grundsätze zumindest bei der Ausübung des Ermessens zu beachten? Diese Frage ließ der EuGH mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offen. EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-66/08, Rn. 28 und 56.

²⁹ Der EuGH stellte fest, dass die Begriffe „Wohnung“ und „sich aufhält“ jeweils für Situation stehen, in denen die Person entweder ihren Wohnsitz im Vollstreckungsmitgliedstaat begründet hat oder infolge eines beständigen Verweilens von gewisser Dauer in diesem Mitgliedstaat Bindungen zu dem Staat von ähnlicher Intensität aufgebaut hat, wie sie sich aus einem Wohnsitz ergeben. Weiter habe die vollstreckende Behörde, um zu entscheiden, ob zwischen der gesuchten Person und dem Vollstreckungsmitgliedstaat Bindungen bestehen, die die Feststellung zulassen, dass diese Person unter dem Begriff „sich aufhält“ im Sinne des Art 4 Nr. 6 RbEuHb fällt, eine Gesamtschau mehrerer objektiver Kriterien vorzunehmen hat, die die Situation dieser Person kennzeichnen und zu denen insbesondere die Dauer, die Art und die Bedingungen des Verweilens der gesuchten Person sowie

Anspruch des Betroffenen auf Ablehnung der Vollstreckung des Haftbefehls unter Gleichbehandlungsgrundsätzen – sind nicht Gegenstand seiner Entscheidung gewesen.

Dieser Frage wandte sich der EuGH (wenn auch nicht abschließend) erst in seiner Entscheidung im Fall Wolzenburg³⁰ zu. Liegen nämlich die vom EuGH im Fall Kozłowski konkretisierten Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Nr. 6 RbEuHb³¹ vor, darf der Mitgliedstaat die Vollstreckung ablehnen. Ob er das tut, unterfällt in gewissem Umfang seinem Ermessen. Das allerdings ist begrenzt durch das europäische Diskriminierungsverbot. Insoweit unterfällt die Ausübung des mitgliedstaatlichen Ermessens auch sehr wohl der Überprüfung des EuGH. Denn dieser ist zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes im Sinne von Art. 18 AEUV berufen. Daran lässt die Entscheidung im Fall Wolzenburg auch keinen Zweifel. Zunächst stellt der EuGH hier nämlich fest, dass ein Unionsbürger sich gegen nationale Rechtsvorschriften, die den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl umsetzen, grundsätzlich auf ex-Art. 12 EGV (Art. 18 AEUV) berufen darf.³² Deshalb, so seine Feststellungen weiter, dürfen die nationalen Rechtsvorschriften nicht mehr als das verlangen, was erforderlich ist, um ein bestimmtes Maß an Integration der auszuliefernden Personen im Vollstreckungsmitgliedstaat zu gewährleisten.³³ Geht der Mitgliedstaat in seinen Anforderungen nicht über dieses Maß hinaus, ist eine Ungleichbehandlung ausnahmsweise europarechtlich gerechtfertigt. Im Fall Wolzenburg hat der EuGH das erforderliche Maß an Integration der betreffenden Person auch weiter abgegrenzt. So dürfe ein Mitgliedstaat den Nachweis einer ununterbrochenen Aufenthaltsdauer von mindestens fünf Jahren verlangen, um sich der tatsächlichen Verbindung zwischen der gesuchten Person und der Gesellschaft zu vergewissern, in die sie nach Vollstreckung der Strafe integriert werden solle.³⁴

Das wegen des Diskriminierungsverbotes zwingend zu beachtende Maß der Erforderlichkeit wahrt die Regelung des IRG indes nicht. Soll ein deutscher Staatsbürger zur Vollstreckung ausgeliefert werden, hat er das Wahlrecht, dieser Auslieferung zuzustimmen oder nicht. Dem Unionsbürger kommt – unabhängig davon, wie lange er in Deutschland lebt und welche familiären und wirtschaftlichen Bindungen er hier aufweisen kann – dieses Recht nicht zu. Allein wenn zu seiner fehlenden Zustimmung ein schutzwürdiges Interesse an Nichtauslieferung hinzutritt, kann die Bewilligungsbehörde

ihre familiären und wirtschaftlichen Bindungen zum Vollstreckungsmitgliedstaat gehören. EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-66/08, Leitsatz, Rn. 54.

³⁰ EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (Wolzenburg), Rn. 43 ff., 48.

³¹ Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 4 Nr. 6 RbEuHb siehe soeben Fn. 29.

³² EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (Wolzenburg), Rn. 42ff.

³³ EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (Wolzenburg), Rn. 78.

³⁴ EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs C-123/08 (Wolzenburg), Rn. 66, 68.

die Auslieferung verweigern.³⁵ Zuverlässige Kriterien, die erkennen ließen, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber die Ungleichbehandlung der Unionsbürger zulassen will, enthält die Regelung des § 83b Abs. 2 lit. b IRG nicht. Die Vorschrift ist damit vollständig ungeeignet zu sichern, dass das erforderliche Maß der Ungleichbehandlung von EU-Bürgern und Deutschen nicht überschritten wird. Dem hilft auch die Konkretisierung des Begriffes „schutzwürdiges Interesse“ im Rahmen der Verwaltungsvorschriften RiVAST nicht ab, die der entscheidenden Behörde an die Hand gegeben sind.³⁶ Das zeigt eindrucksvoll die eben schon zitierte – verfassungsgerichtlich abgesegnete – Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts³⁷, die die Auslieferung eines seit 2001 in Deutschland lebenden Polen für zulässig erklärte, der zum Zeitpunkt der Entscheidung mit einer Deutschen verheiratet war, einer geregelten Beschäftigung nachging und dessen Mutter wie auch Brüder ebenfalls in Deutschland lebten.

Die Regelung des § 83b Abs. 2 lit. b IRG verstößt nach alledem gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV, dessen Reichweite das Bundesverfassungsgericht verkennt. Die hier angelegte Ungleichbehandlung beruht allein auf Gründen der Staatsangehörigkeit. Selbst wenn man davon ausginge, dass eine objektive Rechtfertigung gegeben wäre³⁸, ist die Weite und Unbestimmtheit der Voraussetzung nach der eine Auslieferung eines Ausländers ausnahmsweise abgelehnt werden darf, nicht mit den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Diskriminierung vereinbar.

³⁵ Die von der Rechtsprechung und Literatur angenommene Ermessensreduktion bei Vorliegen beider Voraussetzungen nach § 83a Abs. 2 lit. b IRG hilft dem nicht ab. Siehe dazu oben Fn. 19.

³⁶ Bei den Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVAST) handelt es sich lediglich um Verwaltungsvorschriften, die nach Nr. 1 RiVAST für Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Behörden bestimmt sind. Hinsichtlich der Entscheidungen, die der richterlichen Unabhängigkeit unterliegen, enthalten sie nur Hinweise.

³⁷ Hanseatisches OLG, Beschl. v. 14.9.2009 und v. 6.10.2009 – Ausl 20/09.

³⁸ Davon ist jedoch nicht auszugehen. Denn über die unionsweit gleichlaufend auszulegenden Begriffe des „Wohnsitzes“ und des „Aufenthalts“ ist von vorneherein gesichert, dass die Person Bindungen zu dem Mitgliedstaat aufweist, die eine Gleichstellung mit eigenen Staatsangehörigen erfordert. Die Diskriminierung ist daher weder durch gemeinschaftsrechtliche Ausnahmen noch durch anerkannte nationale Interessen gerechtfertigt. Sie findet eine Rechtfertigung auch nicht im Rahmenbeschluss selbst. Vgl. insoweit schon ähnlich *Reinhardt/Düsterhaus*, NVwZ 2006, 432 (433 f.); *Tinkl*, Die Rechtsstellung des Einzelnen nach dem RbEuHb, 2008, S. 168.

III. Auslieferung zur Strafverfolgung – Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art 18 AEUV und Verstoß gegen Art. 103 GG

Auch die Regelungen zur Auslieferung zur Strafverfolgung enthalten einen Verstoß gegen das europäische Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV (dazu unter 1.). Außerdem ist die Differenzierung zwischen Deutschen und Ausländern hier grundrechtswidrig, denn sie verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 GG (dazu unter 2.).

1. Erfordernis der Rücküberstellung – Verstoß gegen Diskriminierungsverbot

Die Regelungen zur Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung verstoßen im Ergebnis aus denselben Erwägungen gegen Art. 18 AEUV wie die Bestimmungen zur Auslieferung zur Strafvollstreckung.

Voraussetzung der Zulässigkeit einer Auslieferung eines Deutschen zur Strafverfolgung ist zunächst die Zusicherung des Ausstellungsmitgliedstaates (also des Staates, der um Auslieferung ersucht), den Betroffenen zur Strafvollstreckung zurück zu überstellen, § 80 Abs. 1 Nr. 1 IRG. Ein solches Erfordernis ist bei Staatsangehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten lediglich auf Ebene der Bewilligungsentscheidung zu berücksichtigen, § 83b Abs. 2 lit. a IRG. Das Erfordernis der Rücküberstellung beruht im Ergebnis auf denselben Gründen, wie das Zustimmungserfordernis bei der Auslieferung zur Strafvollstreckung. Der Gesetzgeber geht hier wie dort davon aus, dass ein Deutscher eine gegen ihn verhängte Freiheitsstrafe grundsätzlich in Deutschland verbüßen sollte. Dieses Recht muss aber nach den Grundsätzen des Gleichbehandlungsgebotes, das spiegelbildlich aus dem europäischen Diskriminierungsverbot folgt, gleichermaßen EU-Bürgern zustehen, die ihren ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Die Ungleichbehandlung beruht auch hier allein auf Gründen der Staatsangehörigkeit und eine sachliche europarechtliche Rechtfertigung dafür ist nicht ersichtlich. Zumindest ist die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung auch hier nicht gewahrt, weil zuverlässige Kriterien für die Entscheidung der zuständigen Behörde fehlen. Die Erwägungen zur Europarechtswidrigkeit der unterschiedlichen Behandlung von EU-Bürgern und Deutschen zum Zwecke der Strafvollstreckung sind insoweit vollständig übertragbar.³⁹

2. Kein Auslandsbezug der Auslieferungstat erforderlich – Verstoß gegen Art. 103 GG

Weiter verstoßen die Vorschriften über die Auslieferung von Ausländern zur Strafverfolgung auch gegen das Grundgesetz.

Nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 IRG ist neben dem Erfordernis der Rücküberstellung Voraussetzung der Zulässigkeit der Auslieferung eines Deutschen, dass die Tat einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat aufweist (Auslandsbezug). Mit diesem Erfordernis wollte der Gesetzgeber die Verwerfungen abfedern, die entstehen können, wenn eine Auslieferung wegen einer Tat erfolgen soll, die nach dem

³⁹ Siehe dazu oben unter II.

Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats nicht strafbar ist und die keinen Bezug zum ersuchenden Staat aufweist. Hintergrund dieser Problematik ist die Einschränkung des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit durch den Europäischen Haftbefehl.⁴⁰ Nach dem Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit muss das Verhalten des Verfolgten, das dem Ersuchen auf Auslieferung zu Grunde liegt, auch nach dem Recht des ersuchten Staates strafbar sein (§ 3 IRG). Ist die beiderseitige Strafbarkeit nicht gegeben, ist die Auslieferung grundsätzlich unzulässig.⁴¹ Die Einschränkung des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit durch die Einführung des Europäischen Haftbefehls ist mit Recht auf Kritik gestoßen.⁴² Denn solange ein unterschiedliches Strafanwendungsrecht innerhalb der verschiedenen Mitgliedstaaten zu parallelen und teilweise unionsweiten Strafansprüchen der einzelnen Mitgliedstaaten führt, trägt die Abschaffung der beiderseitigen Strafbarkeit dazu bei, dass sich die strengste Strafrechtsordnung durchsetzt. Derjenige, der sich innerhalb der Union aufhält, muss letztlich – unabhängig davon, in welchem Staat er sich aufhält – die Strafrechtsordnung eines jeden anderen Mitgliedstaates beachten. Das Bundesverfassungsgericht sprach in diesem Zusammenhang in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2005 von der Gefahr, dass der Einzelne „nicht erwartbaren Fernwirkungen seines Handelns“ ausgesetzt ist.⁴³

Das Bundesverfassungsgericht rügte in seiner Entscheidung vor allem, dass der Gesetzgeber die im Rahmenbeschluss vorgesehenen Ablehnungsgründe nach Art. 4 Nr. 7 lit. a und b RbEuHb bei seiner Umsetzung nicht ausreichend berücksichtigt hatte.⁴⁴ Es erstreckte seine Überlegungen allerdings dabei lediglich auf deutsche Staatsbürger. Das ist unverständlich, denn „nicht erwartbare Fernwirkungen des Handelns“ können selbstverständlich nicht allein Deutsche, sondern auch andere Personen treffen, die sich in der Bundesrepublik aufhalten.

Jedenfalls entwarf das Verfassungsgericht Anforderungen an die Auslieferung Deutscher Staatsbürger, die die Verwerfungen wegen der Einschränkung des Prinzips der beidersei-

tigen Strafbarkeit abzufedern geeignet sind. Diese übernahm der deutsche Gesetzgeber nahezu vollständig. Die der Auslieferung zu Grunde liegende Tat muss danach grundsätzlich einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat aufweisen. Ein solcher Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat liegt nach § 80 Abs. 1 S. 2 IRG in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist, oder wenn es sich um eine schwere Tat mit typisch grenzüberschreitendem Charakter handelt, die zumindest teilweise auch auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde.⁴⁵ Die Lösung, die der Gesetzgeber gefunden hat, führt zu einem sachgerechten Ausgleich zwischen dem Interesse des Betroffenen, nicht wegen unerwartbarer Fernwirkungen seines Handelns an einen anderen Staat ausgeliefert zu werden und dem (mitglied-)staatlichen Interesse an einer funktionierenden grenzüberschreitenden Strafverfolgung innerhalb Europas.

Sie ist aber nicht alleine geboten, weil ein Eingriff in das Grundrecht auf Auslieferungsfreiheit Deutscher (Art. 16 Abs. 1 GG) droht, sondern auch und vor allem wegen des Bestimmtheitsgebotes nach Art. 103 Abs. 2 GG.⁴⁶ Deshalb verstößt die fehlende Berücksichtigung eines maßgeblichen Auslandsbezugs der Auslieferungstat auf Ebene der Zulässigkeitsentscheidung bei Ausländern gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Eine besondere grundrechtliche Eingriffswirkung einer Auslieferungsentscheidung entsteht unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen dort, wo dieser für nicht ohne weiteres erwartbare Fernwirkungen seines Handelns in Deutschland von anderen Mitgliedstaaten zur Verantwortung gezogen werden soll. In erhöhtem Maße grundrechtssensibel ist der Fall, wie das Verfassungsgericht richtig ausgeführt hat, wenn die von dem ersuchenden Staat vorgeworfenen Hand-

⁴⁰ Für einen umfassenden Katalog von Straftaten schafft der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 2 RbEuHb ab. Vgl. zur Unbestimmtheit und Weite des Deliktskatalogs von Art. 2 Abs. 2 RbEuHb: *Schünemann*, ZRP 2003, 185 (188); *Rohlf*, Der Europäische Haftbefehl, 2003, S. 87 u. 89 f.; *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332 (337); *Guzik-Makaruk*, ZStW 116 (2004), 372 (374); *Ahlbrecht*, StV 2005, 40 (41).

⁴¹ Vertiefend *Lagodny*, in: Schomburg/ders./Gleß/Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 4. Aufl. 2006, § 3 IRG Rn. 2 ff.; *Hackner*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/ders. (a.a.O.), Vor § 78 IRG Rn. 13 ff.

⁴² Vgl. *Deiters*, ZRP 2003, 359 (361); *Fuchs*, JBl. 2003, 405 (408); *Schünemann*, StV 2003, 531 (532); *ders.*, ZRP 2003, 185 (187 f.); *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353 (361 f.).

⁴³ BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 (2292 ff.).

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 (2292 ff.).

⁴⁵ Liegt kein maßgeblicher Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat vor, normiert § 80 Abs. 2 IRG vier Voraussetzungen, unter denen die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung dennoch zulässig ist: Erstens darf die Tat, die der Auslieferung zugrunde liegt, keinen maßgeblichen Bezug zum Inland aufweisen. Das ist der Fall, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen im Geltungsbereich des IRG begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist. Zweitens ist in diesem Fall die beiderseitige Strafbarkeit wieder erforderlich. Außerdem darf bei konkreter Abwägung der widerstreitenden Interessen das schutzwürdige Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung nicht überwiegen.

⁴⁶ Auch das Verfassungsgericht hatte sich in seiner Entscheidung kurz mit dem Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG auseinandergesetzt und festgestellt, eine Verletzung scheidet von vorneherein aus, sofern die verfassungsmäßig notwendige Unterscheidung zwischen einer vorgeworfenen Tat mit Inlandsbezug von einer solchen mit maßgeblichem Auslandsbezug gewahrt würde. Dennoch weitete es seine Erwägungen nicht auf andere Personen als deutsche Staatsbürger aus. BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 (2294).

lung nach deutschem Recht straflos ist.⁴⁷ Nimmt etwa ein spanischer Staatsbürger auf dem Gebiet der Bundesrepublik eine Handlung vor, die nur nach italienischem Recht strafbar ist, stellt sich – auch wenn selbstverständlich eine Verletzung von Art. 16 Abs. 2 GG ausscheidet – jedenfalls das Problem, dass er sein Verhalten als spanischer Staatsbürger nicht nur am Recht seines Heimatstaates und am Recht des Aufenthaltsortes, sondern am gesamten Recht der EU – als auch an der Rechtsordnung Italiens – auszurichten hat. Es kann sich hier durchaus eine Kollision mit dem rechtsstaatlichen Gebot hinreichender Bestimmtheit und dem Verbot von Rückwirkung von Straftatbeständen ergeben.⁴⁸

IV. Fazit und Ausblick

Hinsichtlich der Europarechtswidrigkeit des IRG besteht durchaus Hoffnung, dass der Gesetzgeber durch eine Entscheidung des EuGH gezwungen werden könnte, Abhilfe zu schaffen. Die Entscheidung in der Sache Kozłowski beruhte bereits auf einer Vorlage durch das Oberlandesgericht Stuttgart an den EuGH.⁴⁹ Zu hoffen ist, dass der Beschluss des BVerfG die deutsche Rechtsprechung nicht hindert, bei Anlass erneut die maßgeblichen Vorlagefragen an den EuGH zu richten. Ansonsten spricht auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass durch weitere Entscheidungen des EuGH, die Gerichte anderer Mitgliedstaaten veranlassen, die Rechtslage mittelfristig abschließend geklärt wird.

Weniger Hoffnung besteht da hinsichtlich der Grundrechtswidrigkeit der IRG-Regelungen. Die Ungleichbehandlung von Ausländern ist in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angelegt, mit der es den ersten Umsetzungsversuch 2005 für nichtig erklärt hatte.⁵⁰ Insoweit verwundert die Ausgestaltung des IRG kaum. Auch ist nicht absehbar, dass sich daran mittelfristig etwas ändern wird. Das deutsche Auslieferungsrecht misst der Rechtsstellung des Betroffenen und seinen subjektiven Rechten traditionell keine überragende Bedeutung bei.⁵¹ Das ändert sich offenbar allein dann, wenn eigene Staatsangehörige von unbilligen Auswirkungen des Systems betroffen sein sollen.

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04, Rn. 93.

⁴⁸ Tinkl (Fn. 38), S. 163 ff.

⁴⁹ Siehe zu der entsprechenden Vorlagefrage des OLG Stuttgart oben Fn. 28.

⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht hatte die Nichtigkeit des Umsetzungsgesetzes in der Hauptsache mit einem Verstoß gegen die grundsätzliche Auslieferungsfreiheit Deutscher (Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG) begründet. Allgemeine Grundrechte, wie das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG streifte es dagegen bei seinen Erwägungen nur am Rande. BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04 = NJW 2005, 2289 (2294).

⁵¹ Siehe dazu die grundlegende Untersuchung von Lagodny, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der BRD, 1987.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional

VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional – Buenos Aires, 23 al 25 de marzo de 2009

De Salvador Herencia Carrasco, Lima*

I. Resumen del Seminario

Entre los días 23 y 25 de marzo de 2009 se realizó el VII encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina. El tema de investigación trabajado en esta oportunidad fue relativo al sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el Derecho Penal Internacional.

Este seminario fue patrocinado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad de Belgrano y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen.

El programa del seminario estuvo dividido en tres partes. La parte introductoria consistió en un análisis sobre la evolución de la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la recepción de su jurisprudencia por parte de los Estados. La segunda parte estuvo centrada en aspectos de derecho material, culminando la actividad con un análisis de temas procesales. De forma complementaria, se organizaron dos actividades públicas, siendo una en la Universidad de Buenos Aires y la otra en la Universidad de Belgrano.

La introducción general estuvo a cargo del Prof. Dr. *Kai Ambos* (Universidad de Gotinga) en la cual se realizó una perspectiva general en torno al impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH. De especial atención ha sido el tratamiento que la Corte ha dado a las leyes de amnistía, la figura de la prescripción en materia penal, así como el delito de desaparición forzada, entre otros. Independientemente de los planteamientos formulados por la Corte IDH, que en algunas circunstancias puede llegar a colisionar con instituciones del derecho penal, es innegable el impacto que ésta ha tenido en los tribunales internos, especialmente en Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de Justicia de América Latina.

II. El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho penal internacional: la evolución de la jurisprudencia y su recepción por parte de los Estados

1. La presentación del Prof. Dr. *Ezequiel Malarino* (Universidad de Buenos Aires y Universidad de Belgrano) expuso cómo la jurisprudencia de la Corte IDH ha evolucionado desde sus primeras decisiones hasta las más

recientes, fenómeno que denominó como metamorfosis de la Corte Interamericana. Según *Malarino*, los rasgos principales que ponen de manifiesto ese cambio son: (i) la penalización; (ii) la nacionalización; y (iii) la victimización.

En primer lugar, se ha dado una creciente acentuación de la protección de los derechos de la víctima junto con la expansión del propio concepto de víctima. De especial atención es el reconocimiento de nuevos derechos de las víctimas que no están escritos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y que son obtenidos a través de una ‘interpretación’ *pro víctima* en desmedro de la interpretación *pro homine* ordenada en la CADH. En este sentido, es paradigmático el caso del derecho de la víctima a la justicia y al castigo y el correlativo deber del Estado de perseguir y sancionar, así como el reconocimiento de mayores posibilidades de participación de la víctima tanto en el procedimiento penal interno como en el procedimiento ante la Corte Interamericana. Esta transformación ha sido denominada como la *victimización de la Corte Interamericana*.

En segundo lugar, la aproximación *pro víctima* de la Corte ha conducido inexorablemente a una comprensión punitivista de los derechos humanos, pues los derechos fundamentales de la víctima creados por la jurisprudencia pueden llegar a neutralizar los derechos fundamentales de la persona sometida a procesos consagrados explícitamente en la Convención Americana. Al respecto, se hizo referencia a algunas decisiones en las cuales la Corte IDH consideró que el derecho a la justicia de la víctima era superior que el derecho al plazo razonable de duración del proceso garantizado en el Art. 8.1 de la CADH, o bien que ese derecho autorizaba a dejar de lado la cosa juzgada, tornando en letra muerta el derecho al *ne bis in idem* del Art. 8.4 de la CADH, o bien, finalmente, que tal derecho justificaba aplicaciones retroactivas de la ley penal en perjuicio del imputado, en contra de lo dispuesto en el Art. 9 de la CADH. Este rasgo ha sido denominado como la *punitivización de la Corte Interamericana*.

Finalmente, se sostuvo que la Corte Interamericana ha ido progresivamente entrometiéndose en las prácticas nacionales, sirviéndose para ello de las sentencias en materia de reparaciones y especialmente en lo referido a la “reparación no pecuniaria”. En estos casos, la Corte no se limita, como en sus primeras decisiones, a establecer una “reparación pecuniaria” ante la constatación de una violación de la Convención Americana, sino que avanza hasta “ordenar”, entre otras cosas: (i) la derogación o sanción de leyes o de normas constitucionales (intromisión en la esfera del poder legislativo o constituyente local); (ii) la anulación o reapertura de procesos –tanto a favor como en contra del imputado– (intromisión en la esfera del poder judicial local); o (iii) la realización de ciertas políticas públicas que

* Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú e investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa. El contenido de este artículo es de responsabilidad exclusiva de del autor y no refleja necesariamente la opinión institucional del Tribunal Constitucional o de la Universidad de Ottawa.

implican, a su vez, una determinada asignación de los recursos estatales (intromisión en la esfera del poder ejecutivo local).

El Prof. *Malarino* concluye afirmando que con la intromisión en la esfera del poder judicial local el tribunal interamericano se está convirtiendo, por vía jurisprudencial, en una especie de Corte Suprema de las Cortes Supremas y criticó esta posición con base en el distinto objeto procesal de los procesos internos ante los tribunales locales y del proceso internacional ante la Corte IDH. Esta confusión de objetos procesales se advierte especialmente en el ámbito penal, donde la Corte no efectúa una estricta separación entre responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal del individuo. Esta práctica ha sido denominada como la *nacionalización de la Corte Interamericana*.

2. El abogado *Lisandro Pellegrini* (Procuración General de la Nación- Argentina) analizó la recepción de la jurisprudencia en el ámbito interno en América del Sur, centrándose en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. Lo que se puede observar en el estudio de casos es que a pesar de existir una reticencia inicial de los países por cumplir con el mandato de la Corte IDH, finalmente estas terminan siendo ejecutadas. Sin embargo, cabe resaltar que generalmente la práctica de los Estados ha llevado a cumplir la parte resolutive principal (realizar un nuevo juicio u otros referidos a procesos penales) pero es en el pago de reparaciones o en el cumplimiento de medidas no pecuniarias que los Estados tienden a dilatar el cumplimiento de las mismas.

En este sentido, una de las partes más complejas en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH es en torno a las medidas o garantías de no repetición y de búsqueda de la verdad, las cuales llevan al Estado a realizar reformas institucionales y legales que permitan cumplir con ellas. Dado los intereses y conflictos políticos que estos suscitan, su ejecución es sumamente limitada haciendo que continuamente la Corte realice audiencias de supervisión de cumplimiento de las sentencias.

Finalmente, cabe destacar que en algunas situaciones, los fallos de la Corte IDH han llevado a algunos Estados Parte de la CADH a desconocer su jurisdicción, tal ocurrió con el Perú a raíz de los *Casos Castillo Petrucci y Loayza Tamayo*, o incluso a considerar la denuncia del tratado como fue la situación de Venezuela frente al *Caso Apitz Barbera*. Hasta la fecha, el único país que ha denunciado la Convención Americana y desconocido la competencia de la Corte IDH ha sido Trinidad y Tobago a raíz del *Caso James*, referido a la pena de muerte.

3. El abogado *César Alfonso Larangeira* (Universidad Nacional de Asunción y becario de la DAAD en la Universidad de Münster, Alemania) también tuvo a su cargo la recepción de la jurisprudencia interamericana en el ámbito interno en América del Sur, especialmente las medidas legislativas y resoluciones judiciales. El autor inicia reiterando que las decisiones de la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento, de acuerdo a lo establecido en el Art. 68.1 de la Convención Americana. En este sentido, éstas deben ser cumplidas con base en el principio de buena fe y la

prohibición de invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento de lo pactado, lo cual lleva a una preeminencia frente al derecho interno, independientemente del orden de prelación legal establecido en éste último.

En el ámbito constitucional, no existen disposiciones en los países de América del Sur que expresamente reconozcan el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH. En el ámbito legal, el Código Procesal Constitucional peruano reconoce explícitamente el carácter vinculante de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado, independientemente de si éste es parte o no en un caso concreto.

A pesar de lo anterior, *Alfonso* resalta que la mayoría de los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas han reconocido el carácter vinculante de estas decisiones, sea porque estas integran el denominado bloque de constitucionalidad o bajo una interpretación abierta de la *cláusula pro homine* reconocida en las Constituciones Políticas. De forma complementaria, las Constituciones de países como Colombia, Ecuador, Paraguay y Uruguay reconocen el carácter constitucional o infraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, asegurando su jerarquía frente a las normas internas.

En el caso argentino, la Corte Suprema ha afirmado que la interpretación de la Convención Americana por los tribunales internos debe hacerse de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH (Bolivia y Colombia han hecho una interpretación similar), llegando posteriormente a establecer que ésta pauta interpretativa posee el valor de precedente de seguimiento obligatorio para las autoridades argentinas.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal le da un carácter infraconstitucional y supralegal a la Convención Americana, determinando que las decisiones de la Corte no necesitan de un proceso interno de homologación. En el caso chileno y como fruto del *Caso La Última Tentación de Cristo*, el gobierno modificó su Constitución a fin de adecuar su derecho interno al Derecho Internacional.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que, sobre la base de la Constitución y el Código Procesal Constitucional, el efecto vinculante de las sentencias de la Corte IDH no se limita a su parte resolutive sino a los fundamentos, los cuales son igualmente vinculantes a aquellas dictadas en los casos en los que el Estado peruano no ha sido parte. Finalmente, con relación a Venezuela hay que hacer la salvedad que su Tribunal Supremo entiende que las sentencias son vinculantes en tanto que no contradigan las normas constitucionales del país.

4. El abogado *Jaime Martínez* (Corte Suprema de Justicia de El Salvador) expuso sobre el valor y la recepción de la jurisprudencia interamericana en el ámbito interno en América Central, tomando como base los casos de Guatemala, Costa Rica y El Salvador.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha establecido que los tratados internacionales de Derechos Humanos son parámetros de legalidad para la legislación ordinaria y reglamentaria, formando parte del catálogo de los derechos fundamentales. En la práctica, los tribunales nacionales han cumplido con la orden principal

(generalmente la realización de un nuevo proceso penal) pero es en el pago de reparaciones y otras garantías de no repetición en la cual el cumplimiento ha sido parcial. A raíz del *Caso Fermín Hernández*, la Corte Suprema de Justicia guatemalteca ordenó la realización de un nuevo juicio, reconociendo el carácter vinculante del fallo. Siguiendo este mismo lineamiento, en el *Caso Raxcacó Reyes*, los tribunales nacionales realizaron un nuevo juicio, anulando el juicio anterior que había impuesto una condena de pena de muerte que fue rechazada por la Corte IDH al ser contraria a la Convención Americana. En conclusión, Guatemala a través de la Corte de Constitucionalidad, no considera vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, en algunos casos ésta y otros tribunales han aplicado la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria en materia contenciosa y tiene carácter autoejecutorio, quedando demostrado esto en el cumplimiento del *Caso Mauricio Herrera*. Con relación a las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, la Sala Constitucional ha determinado que ellas son obligatorias para el Estado que la solicita. Esto ha permitido un proceso de adecuación de los institutos e interpretación que suministran las decisiones de la Corte, tanto desde el punto de vista sustantivo como del procesal. Mediante la adopción de la Ley No. 6889, referido al Acuerdo sobre la sede de Corte Interamericana, se establece que las decisiones de este órgano tendrán los mismos efectos que las de tribunales nacionales.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte en el derecho interno de El Salvador a nivel constitucional y legal es bastante precaria. No existe norma jurídica interna que vaya más allá de los alcances de las disposiciones de la CADH. Es más, podría afirmarse que la jurisprudencia salvadoreña ni siquiera se ha planteado ese asunto puesto que se encuentra en una fase anterior como es la disputa por la existencia o no de un bloque de constitucionalidad, es decir, si los tratados internacionales sobre derechos humanos son integrados o no a la Constitución de la República y, en consecuencia, si pueden o no servir de parámetro para el control de la constitucionalidad de las leyes.

III. El sistema internacional de derechos humanos y el derecho penal internacional: aspectos materiales

5. Al pasar a analizar los temas de derecho material, el Prof. Dr. Dr. h.c. *José Luis Guzmán* (Universidad de Valparaíso) trató el principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El autor analiza el Art. 9 de la Convención Americana, referido al principio de legalidad y de retroactividad, centrándose en tres aspectos que han sido objeto de un desarrollo jurisprudencial por la Corte: (i) la reserva de ley en materia penal; (ii) la taxatividad de determinados tipos penales como el terrorismo; y (iii) la irretroactividad de la ley penal.

Con respecto a la reserva de ley en materia penal, un aspecto a considerar es que la redacción de dicho artículo no guarda relación con el principio de legalidad reconocido en la tradición jurídica de los Estados latinoamericanos puesto que

la CADH habla de derecho aplicable y no de *lex scripta*, dando pie a que la jurisprudencia de la Corte IDH pueda interpretar este precepto a la luz del derecho penal material o del Derecho Internacional, el cual posee un distinto umbral para el reconocimiento de las fuentes jurídicas. Sin embargo, la práctica de la Corte ha sido el de asimilar la expresión “derecho aplicable” a la ley de los Estados demandados (*Caso García Asto y Ramírez Rojas*).

Sobre este punto, el autor observa que el concepto de reserva de ley, en la jurisprudencia de la Corte IDH, comprende los decretos, decretos leyes y normas emitidas por el Ejecutivo para regular ciertas materias, especialmente en legislación penal referida al terrorismo. *Guzmán* sostiene que estos decretos, dada su naturaleza y alcance no pueden ser considerados como derecho. De aceptar esta postura, la Corte podría determinar la incompatibilidad de estas disposiciones puesto que su origen es contrario al Art. 9 de la Convención. Sin embargo, y como se puede observar en los casos seguidos contra el Perú (*Casos Cantoral Benavides, Castillo Petruzzi, Tribunal Constitucional*), la validez de los Decretos Leyes que regularon los delitos de terrorismo y traición a la patria es reconocida como fuente de derecho por la Corte IDH, limitándose a determinar que ciertas disposiciones eran incompatibles con la Convención. Esta postura es seguida en el caso del Decreto Ley de amnistía chileno (*Caso Almonacid Arellano*), en la cual este no es objetado como norma jurídica sino a luz de su contenido frente a la Convención Americana.

La Corte ha desarrollado la taxatividad de las normas penales también en casos referidos a terrorismo y legislación penal de emergencia, la cual ha sido dada a través de regulaciones especiales cuyas situaciones son resueltas a través de tribunales ad-hoc y procedimientos sumarios en los cuales no se respeta ni el derecho de defensa ni las garantías propias del debido proceso. Nuevamente es en el caso peruano (*Casos Cantoral Benavides, Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi*) que la Corte IDH concluye que los tipos penales de terrorismo y traición a la patria tienen un alcance indeterminado con relación a las conductas típicas, a los elementos con los cuales se realizan, a los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas y a sus alcances. No obstante, en jurisprudencia posterior, la Corte se aparta de su línea original al determinar, siempre en casos seguidos contra el Perú, que algunos delitos regulados en los Decretos Leyes como la colaboración (*Caso Lori Berenson*) o la pertenencia a organizaciones terroristas (*Caso García Asto y Ramírez Rojas*) no están en conflicto con el principio de legalidad. A juicio del autor, si la Corte consideró que los decretos leyes tenían problemas de legalidad, ninguna de sus disposiciones o artículos individualmente considerados debieron ser validados. En el *Caso Fermín Ramírez*, la Corte rectifica su posición al considerar que la legislación penal de autor es contraria a la Convención.

Finalmente, en lo referido al principio de irretroactividad de la ley más gravosa, la Corte ha sostenido como regla general que el Estado no puede ejercer el poder punitivo de manera retroactiva (*Casos de la Cruz Flores y García Asto y Ramírez Rojas*). Sin embargo, en los *Casos Tiu Tojín y Almonacid Arellano*, se analizó la aplicación de la ley penal

para los delitos permanentes. A criterio de la Corte, en los casos de desaparición forzada, la figura del secuestro no puede ser aplicable puesto que no guarda relación con la gravedad del delito cometido, aun cuando su tipificación sea posterior a la comisión del delito. Asimismo, concluye que la irretroactividad de la ley penal más severa no puede ser un obstáculo para la correcta administración de justicia.

6. El abogado *Pablo Parenti* (Procuración General de la Nación- Argentina) desarrolló la inaplicabilidad de las normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen derechos consagrados en el tratado no se encuentra en la Convención Americana pero ha sido objeto de un desarrollo por la jurisprudencia de la Corte IDH, desde el caso *Velásquez Rodríguez*, haciendo una interpretación del Art. 1.1 referido al deber de los Estados de garantizar los derechos consagrados en la CADH.

Con respecto a la imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos, el autor identifica tres momentos en la evolución de la jurisprudencia de la Corte. El primer momento se da con el *Caso Barrios Altos* a través del cual se enuncia la incompatibilidad con la CADH de las disposiciones de prescripción que impidan la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. El segundo momento se da en el *Caso Bulacio*, en el que se extiende la inadmisibilidad de normas de prescripción a todo caso donde el delito cuya investigación se reclama al Estado haya implicado la violación de algún derecho humano. Con la adopción de este fallo, se consideraba que la Corte había ampliado la inaplicabilidad de esta regla puesto que incluso ella era validada en el caso de restricción de la aplicación de normas de prescripción basada en la conducta procesal del acusado o de su defensa técnica.

El tercer momento se da con los *Casos Almonacid Arellano y Albán Cornejo*. En estos, se determina la imposibilidad de aplicar normas de prescripción recurriendo a la vigencia de la regla de la imprescriptibilidad en el derecho internacional general. El fundamento para esta decisión se basa en las normas del derecho internacional público, la cual cuenta hoy con un reconocimiento universal. El problema en este caso será determinar a partir de qué momento se considera que la regla de imprescriptibilidad es aplicable de acuerdo al derecho internacional general.

7. La Prof. Dra. *Alicia Gil Gil* (Universidad Nacional de Educación a Distancia- España) realizó un trabajo relativo al derecho a un juicio justo como elemento del crimen de guerra y su definición a través de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. El Estatuto de Roma define el crimen de guerra de privación del derecho a un juicio tanto para conflictos armados internacionales (Art. 8.2.a.vi) como para conflictos armados no internacionales (Art. 8.2.c.iv), la cual tiene como sustento lo establecido en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.

Un primer punto objeto de análisis consintió en examinar si las garantías a un juicio justo comprendidas en los Convenios de Ginebra es un tipo abierto o cerrado, tomando como base otros convenios de DIH así como los tratados de derechos humanos. Sin embargo, a fin de respetar el principio

de legalidad, se debería demostrar que las garantías no reconocidas expresamente en los Convenios son parte de la costumbre internacional.

En este contexto, para determinar que otras garantías no contempladas expresamente en los tratados pueden ser un crimen de guerra, la autora propone realizar un doble examen consistente en: (i) establecer una relación de medio a fin entre las garantías no previstas y las sí previstas, lo que permitiría integrar a las garantías sí previstas, algunas de ellas definidas de una manera muy general, con las no previstas expresamente en los Convenios de Ginebra; y (ii) determinar si es que la privación de alguna de estas normas podrían llevar a una condena injusta que suponga una privación de un derecho fundamental de importancia equiparable a la de el resto de bienes jurídicos protegidos por los crímenes de guerra.

Por otra parte, *Gil* hace un análisis del desarrollo jurisprudencial que la Corte Europea de Derechos Humanos ha realizado en torno al derecho al juicio justo reconocido en el Art. 6 de la Convención Europea, la cual contempla la mayoría de las garantías procesales reconocidas en los diversos tratados derechos humanos, incluyendo la Convención Americana.

Con respecto a la protección que encierra este derecho en el tipo del crimen internacional, este se limita, al igual que el derecho a un juicio justo en el ámbito penal, al acusado (*Caso Asociación Víctimas del Terrorismo*). La exigencia de un tribunal determinado por la ley no se encuentra regulada en los Convenios de Ginebra, a pesar de poder hacer extensible esta garantía con el derecho a un tribunal imparcial. Esta implica no solo que el tribunal haya sido establecido por el poder legislativo y no por el ejecutivo sino también que sigan en su funcionamiento unas reglas procesales que cumplan con las garantías establecidas en el Convenio.

La exigencia de que un proceso se realice dentro de un plazo razonable ha sido uno de los derechos más desarrollados por el Tribunal Europeo. Sin embargo, se reitera que el crimen de guerra no protege el mero derecho de acceso a la justicia o el correcto funcionamiento de la administración de justicia, sino que habrá que examinar en qué medida las dilaciones excesivas pueden afectar a la vida o la libertad del acusado. Al respecto parece evidente que existirá tal afectación cuando las dilaciones indebidas se producen estando preso el acusado a espera de juicio y prolongan así su privación de libertad.

Finalmente, el derecho a la defensa o principio de igualdad de armas supone según la jurisprudencia del Tribunal Europeo: (i) que la parte pueda contradecir el testimonio de la parte contraria personalmente y alegar sobre los hechos del litigio; (ii) que cada parte pueda utilizar como medios de prueba testigos y peritos; y (iii) que el tribunal se pronuncie adecuadamente sobre la prueba presentada, es decir, incluye el derecho a una decisión judicial motivada.

8. El Prof. Dr. *Juan Luis Modolell* (Universidad Católica Andrés Bello) estudió el desarrollo de la desaparición forzada de personas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El autor identifica tres principales rasgos en el tratamiento de este delito en el sistema interamericano. En primer lugar, para

determinar la responsabilidad internacional de un Estado, la Corte IDH no solo considera la Convención Americana sino también la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 (*Caso Gómez Palomino*). En segundo lugar, se entiende la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad (*Caso Goiburú*). En tercer lugar, la Corte IDH desarrolla parámetros que los Estados deben tomar en cuenta al momento de tipificar la desaparición forzada en sus ordenamientos jurídicos internos (*Caso Goiburú*), sosteniendo que la desaparición forzada es un delito que no puede ser equiparado con los delitos de tortura, secuestro u homicidio.

Con relación al bien jurídico protegido, la Corte afirma el carácter pluriofensivo de la desaparición forzada (*Caso Heliodoro Portugal*), concluyendo que la vida no es un bien directamente lesionado por la desaparición forzada, sino solamente puesto en peligro. De esta forma, no sería necesario que la persona muera para que se consuma la desaparición forzada. Un aspecto de análisis por parte del autor es que la Corte IDH considera este delito como uno de carácter continuado cuando lo correcto sería decir que este es un delito permanente.

La conducta típica de este delito ha sido aplicada desde el *Caso Velásquez Rodríguez*, la cual consiste en la privación ilegítima de libertad de tal forma que se le impida al detenido ejercer el control de dicha detención, afirmando que estos dos elementos son concurrentes y no optativos (*Caso Heliodoro Portugal*). Asimismo, la Corte determina que el delito de desaparición forzada no requiere ser cometido en un contexto de ataque generalizado o sistemático, ampliando el campo de aplicación del mismo de acuerdo a los parámetros de la Convención Interamericana y a diferencia del elemento requerido en el Estatuto de Roma (*Caso Heliodoro Portugal*). Sin embargo, y en contraposición a lo establecido en el Estatuto de Roma, el sujeto activo de este delito en el sistema interamericano son los agentes del Estado o personas que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado (*Caso Blake*).

9. El Prof. Dr. *Alejandro Aponte* (Pontificia Universidad Javeriana de Colombia) elaboró su presentación sobre el tratamiento del derecho internacional humanitario (DIH) en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este punto, se señala que la Convención Americana no es un estatuto normativo que contenga normas de derecho humanitario. Sin embargo, esto no ha impedido que entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte IDH haya habido diferencia en torno a la interpretación y aplicación de estas normas en determinados casos.

En el *Caso Las Palmeras*, la Comisión IDH sustentó que la Corte tenía competencia para aplicar las normas de DIH en aquellos casos sometidos a su conocimiento debido a la conexión, en términos de *complementariedad*, entre el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH, especialmente el vínculo intrínseco entre la vida, la integridad y la dignidad de la persona. La Corte IDH determinó su competencia para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de

paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. No obstante, precisó que tanto la Corte como la Comisión IDH solo pueden determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados a la luz de la CADH y no con los Convenios de Ginebra de 1949. La Corte agregó que si bien la Comisión IDH tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, el procedimiento iniciado en casos contenciosos solo debe referirse a los derechos protegidos por la CADH, adoptada en 1969.

En el *Caso Bámaca Velásquez*, la Corte modificó su razonamiento y precisó que si bien carecía de competencia para declarar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de tratados que no sean la Convención Americana, era posible resaltar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos podrían infringir también otros instrumentos internacionales, como es el caso de los Convenios de Ginebra de 1949. Este concepto es reiterado en el *Caso Hermanas Serrano Cruz*, agregando que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el DIH, no impide la convergencia y aplicación de las normas de derechos humanos consagradas en la CADH. A juicio de *Aponte*, esta postura frente a la protección especial de las personas protegidas por el DIH sirve como base para establecer que es perfectamente posible la comisión de crímenes de lesa humanidad en escenarios de conflicto y, desde el punto de vista dogmático, es posible el concurso entre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Finalmente, en el *Caso Masacre de Mapiripán*, la Corte IDH reiteró el concepto que la responsabilidad internacional de un Estado puede darse por acciones u omisiones. Sin embargo, la Corte estableció que, para determinar que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la CADH, no se requiere comprobar la forma de la culpabilidad de los autores comprometidos, así como tampoco es preciso identificar *individualmente* a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Por ende, la mera demostración de que ha habido apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones es suficiente para demostrar la responsabilidad internacional del Estado.

El autor concluye diciendo que el cambio de la jurisprudencia frente al tratamiento del DIH, especialmente frente al tema de la responsabilidad, pone en tela de juicio la distinción o fronteras entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad individual por parte de los órganos del sistema interamericano.

10. La Prof. *Elizabeth Santalla* (Universidad Privada Boliviana, Universidad Católica Boliviana y Educatiss University) trabajó el concepto de tortura en el sistema interamericano, realizando un paralelo en el ámbito de la jurisprudencia en los tribunales penales internacionales y un análisis inicial en el ámbito de la Corte Penal Internacional. La Corte IDH, de forma similar al tratamiento del delito de la desaparición forzada de personas, ha tratado estos casos no

solo frente a lo establecido en el Art. 5 y 5.2 de la Convención Americana, referido al derecho a la integridad personal, sino a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985. Sostiene la autora que este tratado amplía el alcance de la prohibición de tortura respecto de cualquier individuo siempre y cuando éste actuara en relación con un funcionario público, incorporando la inexistencia de órdenes superiores como un eximente de responsabilidad penal. De esta forma, puede considerarse a la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura como un ejemplo de un instrumento de derechos humanos con directa influencia del derecho penal internacional.

Con relación a la Corte IDH, en algunos casos ha establecido que la desaparición forzada constituye también una forma de trato cruel, inhumano y degradante. Desde el *Caso Velásquez Rodríguez* se ha podido determinar una *presunta violación* en los casos de desaparición forzada de personas, incluso sin ninguna evidencia directa de violación a la integridad física, considerando los efectos psicológicos y morales que emanan de la incomunicación y de aislamientos prolongados.

Sin embargo, esto no ha sido una práctica uniforme puesto que en otros casos (*Casos Castillo Páez y Paniagua Morales*) la Corte IDH se ha apartado de esta presunción aun cuando quedó demostrada la existencia de un aislamiento prolongado e incomunicación, llegando a establecer que la detención por sí sola, no ameritaba la presunción de violación de los Arts. 5.1 y 5.2 (*Caso Gangaram Panday*). No obstante, en casos que la detención arbitraria incomunicación y aislamiento en la detención agravasen la vulnerabilidad de la víctima, la Corte sí consideró la existencia de trato cruel, inhumano y degradante (*Casos Loayza Tamayo, Niños de la Calle y Suárez Rosero*). Finalmente, se hace referencia al test de gravedad empleado por la Corte IDH (así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) para diferenciar entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

IV. El tratamiento de las garantías procesales en el sistema internacional de derechos humanos

11. Con relación a los aspectos procesales, el abogado *Salvador Herencia* (Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa) desarrolló el derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte IDH. A diferencia de los otros derechos consagrados en el Art. 8 sobre garantías judiciales y el Art. 25, referido a la protección judicial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha dado un amplio desarrollo dogmático a las garantías de la defensa. En la mayoría de la jurisprudencia analizada, la Corte describe como cada uno de los hechos constituye una violación a la CADH más que a analizar el contenido y límite de cada uno de estos derechos.

Frente a los derechos consagrados en el Art. 8.2, tan solo la presunción de inocencia y la concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa es que la Corte se ha pronunciado sobre los alcances de estos derechos. En las opiniones consultivas sobre la protección consular de

extranjeros en los países que han ratificado la Convención (*OC-16/99*) y sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño (*OC-17/02*), también se ha dado un análisis de las garantías mínimas para la defensa.

Los casos seguidos contra el Perú (*Casos Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi, Cantoral Benavides y Lori Berenson*) así como contra el Ecuador (*Casos Acosta Calderón, Suárez Rosero, Tibi, Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*) han sido en los cuales se ha dado un mayor desarrollo de los Arts. 8.2 a 8.5. La mayoría de la jurisprudencia analizada tiene que ver sobre la práctica de tribunales militares o sobre casos de personas procesadas por cargos de terrorismo, traición a la patria o narcotráfico. Es decir, aquellos delitos que por lo general los países latinoamericanos adopten legislaciones especiales limitando las garantías procesales, especialmente el derecho de defensa.

12. El Prof. Dr. *Javier Dondé* (Instituto Nacional de Ciencias Penales de México) desarrolló el concepto de impunidad y de amnistías en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Con respecto al concepto de impunidad, el *Caso Panel Blanca* es el primer en la cual elaboró un concepto de impunidad y se estableció la obligación del Estado de sancionar las violaciones de derechos, estableciendo como fundamento jurídico de ello el artículo 1.1 de la Convención Americana. Posteriormente, en el *Caso Castillo Páez* se introduce el concepto de derecho a la verdad que será objeto de constante aplicación en la jurisprudencia de la Corte IDH y en el *Caso Bámaca Velásquez* precisa que el concepto de impunidad es aplicable a asuntos que conlleven violaciones al DIH, en la medida en la cual coincidan con violaciones a derechos humanos según su competencia. En el *Caso Castro Castro*, la Corte determina que exhaustividad de las investigaciones no sólo implica a las personas que pudieron haber participado en los hechos sino que esta debe comprender la imputación de todos los delitos que pueden haberse cometido.

Con base en lo anterior, y sobre la base de lo desarrollado en el *Caso Trujillo Oroza*, se identifican cuatro causas que pueden llevar a la impunidad: (i) la falta de tipificación de delitos; (ii) la prescripción; (iii) el transcurso del tiempo como medio para dilatar un proceso; e (iv) irregularidades en el proceso penal que afectan el debido proceso. En las alternativas a la investigación, la jurisprudencia de la Corte demostraría una desconfianza a las comisiones de la verdad y las medidas no penales que se pueden idear para hacer frente a una situación de violación a los derechos humanos. Inclusive, los procesos llevados a cabo por delitos internacionales no han dejado satisfacción a la Corte IDH.

Sobre el concepto y combate a la impunidad, la Corte ha establecido que esto constituye una obligación *erga omnes* que alcanza a todos los Estados y en casos de extradición, ésta reconoció la existencia de una obligación genérica de colaboración judicial en la sanción de violaciones a derechos humanos.

En lo relativo a las amnistías, en el *Caso Barrios Altos* se establece que no se acepta medida alguna que restrinja o limite la capacidad de investigar, procesar y sancionar violaciones a los derechos humanos considerados

inderogables, precisando que cualquier amnistía, sobre todo las autoamnistías, son violatorias de la CADH, aunque sin precisar las características que tienen las autoamnistías. En el *Caso Almonacid Arellano*, la Corte IDH emplea tratados y jurisprudencia del derecho penal internacional para afirmar que la concesión de amnistías por crímenes de lesa humanidad es violatorio del derecho internacional. Esto ha llevado a un ejemplo de *cross-fertilization* al emplearse fuentes de derecho penal internacional y de derecho internacional general para determinar la responsabilidad de un Estado frente a sus obligaciones adquiridas con la Convención Americana.

Finalmente, en el *Caso La Rochela*, la Corte estableció parámetros para medir la compatibilidad de la Ley de Justicia y Paz en Colombia con la CADH, aunque sin entrar a analizar la ley. Algunos de estos parámetros son: (i) la existencia de un deber general de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos; (ii) la investigación penal debe ser seria, imparcial, efectiva y tendiente a establecer las responsabilidades penales; (iii) Los procesos deben tener la búsqueda de la verdad; (iv) debe regir el principio de proporcionalidad en los procesos penales; (v) debe tomarse en cuenta el principio de cosa juzgada fraudulenta; y (vi) la obligación de reparar a las víctimas y familiares.

Como conclusión, el autor sostiene que la postura de la Corte la postura es inequívoca: no hay amnistía que sea compatible con la CADH. Aunque no hay matices en las leyes de amnistía que ha analizado la CIDH, sus argumentos apuntan a muy poca flexibilidad en este rubro.

13. El Prof. Dr. *Carlos Caro* (Pontificia Universidad Católica del Perú) trabajó en este Seminario la figura de los tribunales imparciales. En este sentido, se destaca que la Corte IDH ha conocido y se ha pronunciado en diversos asuntos directamente relacionados con violaciones a los derechos humanos donde la jurisdicción nacional no ha seguido dichos procesos respetando los principios procesales de imparcialidad, juez natural, debido proceso, tutela judicial efectiva; contrariamente a ello, los Estados demostraron no estar dispuestos a llevar cabo dichas investigaciones o el enjuiciamiento, siendo una de las medidas recurrentes por parte de estos Estados la dación de leyes de amnistía.

Así, la Corte IDH ha establecido jurisprudencialmente que existe grave violación a los derechos humanos y a los principios procesales de juez natural y debido proceso cuando los Estados establecen jurisdicciones especiales para investigar y juzgar delitos de lesa humanidad. De igual forma, se ha señalado que cuando se trata de juzgar e investigar graves crímenes de lesa humanidad, el Estado debe otorgar la protección judicial necesaria, y además las autoridades jurisdiccionales deben desarrollar los procesos judiciales a su cargo bajo estrictas medidas de seguridad, siendo de aplicación automática las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario.

En el *Caso Barrios Altos*, la Corte señaló que se había violado el derecho a las garantías judiciales (Art. 8) y a la protección judicial (Art. 25) consagrados en la Convención Americana con la promulgación y aplicación de las Leyes de

Amnistía N° 26479 y N° 26492 en favor de los militares que participaron en el atentado de “Barrios Altos”. En dicho fallo, se declaró que el Estado peruano debía investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos, reconociendo la supremacía de la jurisdicción internacional.

En el *Caso Cantoral Benavides*, la Corte analizó la naturaleza de la justicia castrense peruana, concluyendo que el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucede en el caso, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estos hechos. En el *Caso Loayza Tamayo* se siguió esta misma línea estableciendo que procesar y condenar a una persona sindicada por terrorismo y traición a la patria a través de un procedimiento excepcional en el que no se reconoce la presunción de inocencia, se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso, es una violación al debido proceso.

Finalmente, en el *Caso Durand Ugarte*, la Corte IDH ha señalado que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar examinada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que a ley asigna a las fuerzas militares, por lo que el juzgamiento de civiles no está permitido y sólo debe juzgarse en dicho fuero a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza, atenten contra bienes jurídicos del orden militar.

14. El Prof. Dr. *Marcos Coelho Zilli* y la Prof. Dra. *Maria Thereza Rocha de Assis Moura* (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais y Universidade de São Paulo) tuvieron a su cargo el estudio de la prueba ilícita. Para este trabajo, los autores abordaron la temática tanto desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte IDH como de la reciente jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI). Los autores sostienen que en el estudio de la jurisprudencia por parte de los tribunales internacionales, se constata una flexibilidad frente a la regla de la inadmisibilidad procesal absoluta de la prueba obtenida ilegalmente, siendo esto sometido a una valoración por parte del juez sobre la base de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe procesal.

En el caso de la CPI, a pesar de que el Art. 69.7 del Estatuto de Roma establece reglas relativas a la legalidad en la obtención de las pruebas, la jurisprudencia ha establecido que dicho desconocimiento no lleva necesariamente a la exclusión automática del material probatorio puesto que dependerá si esta violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o su admisión atente contra la integridad del proceso. Esto lleva a concluir que los jueces de la Corte Penal Internacional deberán analizar la admisibilidad de pruebas obtenidas ilegalmente, según el caso concreto.

En el *Caso Lubanga*, la CPI debió decidir sobre la impugnación hecha por la defensa frente a pruebas obtenidas

por la Fiscalía en un allanamiento de domicilio en la República Democrática del Congo que no había cumplido con los requisitos establecidos en la ley de dicho país. Al decidir el caso, la CPI determinó la ilegalidad de dichas pruebas puesto que se había violado el principio de proporcionalidad. Al hacer un análisis de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, la CPI permitió avalar ciertas ingerencias al derecho a la privacidad, determinando que la ilegalidad de la prueba obtenida no era lo suficientemente grave para desechar dicho material probatorio. Sin embargo, al hacer referencia a casos de los tribunales regionales de derechos humanos, no toma en cuenta el hecho que este si tiene competencia para evaluar el padrón probatorio interno frente a la Convención Americana mientras que la CPI no puede pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de un Estado.

En el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, la ilegalidad de las pruebas no ha sido objeto de un mayor desarrollo temático. En el *Caso Lori Berenson*, la Corte afirmó que la ilegalidad probatoria fue determinar en el marco de reconocimiento de la violación de la garantía del juez natural, independiente e imparcial reconocido en el Art. 8 de la Convención CADH. Sin embargo, en el fallo no se reconoció la invalidez de las pruebas que fueron empleadas por el fuero militar cuando este caso fue remitido a la justicia ordinaria peruana. Esta situación lleva a que la Corte IDH y otros tribunales internacionales deban realizar un mayor estudio sobre la validez de las pruebas obtenidas ilícitamente en los futuros casos que esta pueda llegar a conocer.

15. El Dr. *Pablo Galain* (Instituto Max Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero de Friburgo y Universidad Católica del Uruguay), trató el acceso y la participación de las víctimas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Como primer elemento, el autor hace referencia al hecho que para activar el sistema interamericano no es necesario ser víctima sino que con el mero conocimiento de la existencia de una víctima se puede presentar una petición ante la Comisión IDH. Si bien la jurisdicción de los órganos del Sistema Interamericano es complementaria a la jurisdicción interna, no existe un parámetro homogéneo para determinar cuando se ha agotado los recursos internos, dependiendo de un examen de cada caso concreto.

En lo que corresponde a la competencia contenciosa de la Corte IDH, las víctimas han ido adquiriendo una mayor participación y derechos, tanto en el desarrollo de los fallos como en el Reglamento, cuyas modificaciones han ido dando una igual participación a los representantes de las víctimas junto con el Estado demandado y la Comisión IDH. Este cambio se ha dado con mayor énfasis en las órdenes de reparaciones por parte de la Corte, las cuales han creado el derecho a la reparación, el derecho a la justicia y el derecho a la verdad de las víctimas.

El Art. 63.1 de la Convención le otorga a la Corte IDH un amplio margen de discreción para determinar las medidas de reparación, según la naturaleza y las consecuencias de la violación de los derechos de las víctimas (*Caso Baena Ricardo*), manteniendo siempre un concepto amplio de

reparación (*Caso López Álvarez*). De esta manera, las medidas de reparación pueden abarcar desde la obligación de investigar y sancionar los delitos cometidos (*Caso El Caracazo*), hasta la sanción correspondiente a los responsables (*Caso Humberto Sánchez*). Alguna de las otras medidas en materia de reparación han llegado a incluir: (i) reformas legislativas (*Caso Niños de la Calle*); (ii) reconocimiento público de responsabilidad por parte del Estado (*Caso Castillo Páez*); (iii) disculpas públicas a las víctimas (*Caso 19 Comerciantes*); o (iv) la garantía de no repetición de los hechos (*Caso Cantoral Benavides*).

El derecho a la verdad ha sido el de mayor conceptualización por parte de la Corte IDH (*Caso Valle Jaramillo*), situación que se ha visto igualmente reflejada en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de América Latina. El derecho a la verdad tiene una vertiente colectiva y otra individual (*Caso Bámaca Velásquez*). La verdad en sí misma, su conocimiento, tiene un efecto de reparación para las víctimas que el Estado tiene la obligación de satisfacer (*Caso La Cantuta*). Este derecho guarda relación con el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las identidades de los responsables a través de la investigación y el juzgamiento. Para su satisfacción, el Estado puede recurrir a tres vías principales: (i) una investigación judicial; (ii) una Comisión de la Verdad; o (iii) una investigación administrativa o parlamentaria.

16. El Prof. Dr. *Héctor Olásolo* (catedrático de la Universidad de Utrecht) hizo una presentación en torno al impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con respecto a la participación de las víctimas en la Corte Penal Internacional. Sobre la base de la definición de víctima contenida en la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI, las Salas de Cuestiones Preliminares (SCP), la Sala de Juzgamiento I y la Sala de Apelaciones de la CPI han desarrollado los siguientes elementos comunes: (i) la expresión “personas naturales” se refiere a personas humanas; (ii) la interpretación literal adoptada por las distintas Salas en relación con la expresión “organizaciones o instituciones”; y (iii) la inclusión de las pérdidas económicas y del daño psicológico, además del daño físico, en el concepto de daño previsto en las RPP; y (iv) la necesidad de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y la existencia de un delito que se encuentre incluido dentro de los ámbitos personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de la CPI.

Sostiene el autor que la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido un papel importante en la elaboración de estos elementos comunes, particularmente en lo que se refiere a la adopción de un concepto amplio de daño (*Casos El Amparo, Aloeboetoe, Neira Alegría*). Asimismo, la jurisprudencia de la Corte relativa a los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia ha sido fundamental en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la SCP I sobre si, tal y como requiere el Art. 68.3 del Estatuto de Roma, ciertas fases procesales

constituyen “fases convenientes” para la participación de las víctimas.

En el *Caso Katanga*, la SCP I en decisión del 13 de mayo de 2008 rechaza las alegaciones de la Fiscalía de que las víctimas no tienen interés alguno en la determinación de la culpabilidad o inocencia de las personas imputadas ante la CPI. De esta forma, determina que esta decisión afecta directamente los intereses personales de las víctimas, dada su estrecha vinculación con la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, diferenciándola del derecho a la reparación. Para esta Sala, el interés central de la víctima en el esclarecimiento de la verdad sólo se satisface si: (i) quienes son responsables por los delitos sufridos son declarados culpables; y (ii) quienes no son responsables por los mismos son absueltos, de manera que la búsqueda de quienes son penalmente responsables pueda continuar.

En consecuencia, concluye que, cuando estos derechos se pretenden satisfacer a través del proceso penal, las víctimas tienen un interés central en que el mismo conduzca a la identificación, enjuiciamiento y castigo de los autores de los delitos. Para fundamentar esta decisión, la SCP I se basa en los siguientes fallos de la Corte IDH: Casos *Velásquez-Rodríguez*, *Barrios Altos*, *Comunidad Moiwana*, *Masacre de Mapiripán*, *Almonacid Arellano*, y *La Cantuta*.

La influencia de la Corte IDH ha sido menor en la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima. Sin embargo, la CPI deberá aun determinar el derecho de las víctimas a la reparación una vez que comience a dar sus primeros fallos.

17. El Prof. *Ramiro García* (Universidad Central de Ecuador) desarrolló el tema de la restricción de la libertad personal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El Art. 7 de la Convención Americana establece las garantías destinadas a salvaguardar la libertad física de la persona.

En este sentido, la garantía del derecho a la libertad se encuentra en el Art. 7.2 está constituida por la reserva de ley, la cual es comprendida por la Corte IDH como la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes (*Opinión Consultiva OC-6/86*). Para la Corte, se viola esta garantía cuando (i) se da una detención sin autorización judicial previa; (ii) cuando no se informa el motivo de la detención pero esto no es violatorio de la Convención si la ley no exige mostrar la orden de detención (*Caso Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*); (iii) se demora en llevar a la persona detenida ante un juez extrapolarando el plazo máximo establecido en la ley; o (iv) si la detención sobrepasa el máximo legal permitido.

En cuanto a la diferencia que hace la Corte IDH, entre detención ilegítima y detención arbitraria, dicho órgano reconoce que toda detención ilegal comporta un grado de arbitrariedad, sin embargo de lo cual la misma estaría subsumida en el propio 7.2, pues la arbitrariedad a la que hace referencia el artículo 7.3 tiene un contenido jurídico

propio, en el que no es solamente la inobservancia de la normativa nacional la que lo determina, sino incluso el cumplimiento de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico nacional, que eventualmente se encontraran en contradicción con lo establecido en la CADH.

Con respecto a la detención arbitraria, la Corte afirma que a la luz del Art. 7.3 de la Convención, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (*Caso García Asto y Ramírez Rojas*). De esta norma se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios (proporcionalidad) para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia, no pudiendo constituir por sí mismo justificación suficiente de la prisión preventiva, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa.

A fin de evitar que la ley contemple situaciones que permita la detención arbitraria, la Corte ha establecido en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* los siguientes criterios: (i) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; (ii) las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; (iii) estas deben ser necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto; y (iv) deben ser medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

V. Conclusión

La reunión de Buenos Aires del Grupo Latinoamericano de Derecho Penal Internacional fue analizar el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH y la creciente aplicación de instituciones propias del derecho penal internacional. Al margen de la posición que se pueda tener sobre el accionar de la Corte, no se puede desconocer el papel que actualmente esta tiene en la protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la necesidad que se siga fomentando estudios de esta naturaleza.

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

Helmut Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Verlag C.H. Beck, 4. Aufl., München 2009, 448 S., € 22,90

Dieser in der Beck'schen Reihe Juristischer Kurz-Lehrbücher in 4. Aufl. erschienene Allgemeine Teil des Strafrechts umfasst an Sachtextseiten 433. Das ist etwa die Hälfte manch anderer schlicht als Lehrbuch ausgewiesener Grundlehren des Strafrechts, des Aufbaus der Straftat, der Erscheinungsformen des Verbrechens sowie der Rechtsfolgen¹ oder gar nur etwa ein Drittel des Umfangs der beiden Bände *Maurach/Zipf*, Teil 1², *Maurach/Gössel/Zipf*, Teil 2 des Allgemeinen Teils³. Dementsprechend beschränkt sich das Literaturverzeichnis *Fristers* auf Lehrbücher, Kommentare und Festschriften und die Darstellung auf die Grundlinien der wissenschaftlichen Diskussion. Der *Verf.* will dem Leser weder eine annähernd vollständige Auswertung von Rechtsprechung und Literatur noch eine möglichst große Zahl von Lehrmeinungen präsentieren. Vielmehr will er ein überschaubares System von Regeln vermitteln, mit dessen Hilfe sich auch unbekanntere Fragestellungen sachgemäß lösen lassen. Deshalb unterbreitet er zu den jeweils behandelten Problemen einen begründeten Lösungsvorschlag, wobei er die etwaige Abweichung von der überwiegenden Ansicht deutlich kennzeichnet (vgl. *Frister*, Vorwort zur 1. Aufl., abgedruckt in der 4. Aufl., S. VII f.). Hinzu kommen graphische Übersichten zwecks Lernkontrolle bzw. Wiederholung, Aufbauschemata, Hinweise auf Entscheidungen des BGH und BVerfG sowie neuere Ansätze in der Literatur. Dieses Vorgehen ist durchaus geeignet, den angehenden Juristen das Spiel auf der juristischen Tastatur zu lehren.

Angesichts der Flut von Lang- und Kurzlehrbüchern kommt es nicht so sehr darauf an, dass ein Buch den richtigen Leser als vielmehr darauf, dass der Leser, d.h. hier vor allem der Studienanfänger, das für ihn richtige Lehrbuch findet. Im Einzelnen:

I. Im 1. Teil, den allgemeinen Grundlagen, werden im 1. Kapitel der Regelungsgegenstand und die Rechtsquellen des Strafrechts erläutert. Dazu klärt der *Verf.* zutreffend zunächst den Begriff der Strafe, die Abscheidung der Kriminalstrafe von anderen staatlichen Strafen, legt das strafrechtliche Regelungssystem (materielles Strafrecht, Strafprozessrecht, Jugendstrafrecht) dar und handelt vom Europäischen und Internationalen Strafrecht.

Soweit der *Verf.* im 2. Kapitel mit der Überschrift „Der Zweck der Strafe“ diesen vielfach mit dem Sinn der Strafe gleichsetzt, wird nicht hinreichend differenziert: Die Frage nach dem Sinn der Strafe meint den ideellen Bedeutungsgelhalt, der in einem Geschehen erlebt wird. Diese Frage kann sowohl auf die allgemeine Sinnhaftigkeit (für die Gemein-

schaft als Ganzes) als auch auf das individuelle Sinnerleben gerichtet sein. Demgegenüber meint der Zweck das praktisch Erreichbare, das das Ziel menschlichen Handelns ist.⁴ Dem Ergebnis des *Verf.*, den Zweck in der positiven Generalprävention zu sehen, ist durchaus zuzustimmen.

Das Schuldprinzip (Kap. 3 Rn. 1 ff.) handelt zunächst von dem Erfordernis selbstbestimmten Verhaltens. Die auf *Luhmanns* These von der „ichgleichen Quelle originären Erlebens und Handelns“ gegründete Selbstbestimmungsfähigkeit wird aus dieser Abstraktionshöhe dann alsbald in die Niederungen strafrechtlicher Konkretisierung überführt mit folgerichtigen Auswirkungen auf die Praxis sozialer Interaktion.

Beim Erfordernis des materiellen Unrechts, also dem materiellen Verbrechensbegriff (Kap. 3 Rn. 16 ff.), geht es der Sache nach um Fragen der absoluten, relativen und konkreten Strafwürdigkeit.⁵

Im Zusammenhang mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Kap. 4 Rn. 2 ff.) sind besonders hervorzuheben die Ausführungen zur *lex certa* am Beispiel von § 240 StGB (Kap. 4 Rn. 11 ff., 15). Dabei sollten allerdings in diesem Kontext – aber nicht nur hier – die Fußnoten einschließlich der Literatur- und Rechtsprechungshinweise in die Lektüre einbezogen werden. Das dort Ausgeführte ist vielfach in besonderem Maße geeignet, den theoretischen Ansatz sowie die dogmatische Lösung des *Verf.* zu erhellen.

Das Rückwirkungsverbot (Kap. 4 Rn. 30 ff.) wird im Wesentlichen an der „strafrechtlichen Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit“ kritisch erörtert. Der *Verf.* gelangt zu dem mit dem Verdacht eines fragwürdigen Positivismus behafteten Ergebnis: Eine Einschränkung des Rückwirkungsverbots ist nur im Wege einer Verfassungsänderung möglich (Kap. 4 Rn. 34). Auf gleicher Linie liegt seine ablehnende Haltung gegenüber der Abschaffung der Verjährungsfrist bei Mord zwecks Ahndung von NS-Verbrechen (Kap. 4 Rn. 37 und Kap. 21 Rn. 20).⁶

Der zeitliche und räumliche Geltungsbereich der Strafgesetze (Kap. 5 Rn. 1 ff.), die strafrechtlichen Rechtsfolgen (Kap. 6 Rn. 1 ff.) wie auch die den 1. Teil abschließende Einführung in die allgemeine Straftatlehre (Kap. 7 Rn. 1 ff.) werden umsichtig auf dem verfügbar knappen Raum dargestellt.

II. Gegenstand des 2. Teils ist der Tatbestand des vollendeten Begehungsdelikts (Kap. 8 Rn. 1 ff.). Zutreffend wird dem Handlungsbegriff im Verbrechenaufbau nicht länger die Funktion einer obersten Systemkategorie zuerkannt. Um Missverständnissen vorzubeugen, lässt der *Verf.* an die Stelle des vom objektiven Tatbestand beschriebenen Unwerts, der nach seiner Ansicht zumeist⁷ als Erfolgswert gekennzeichnet

⁴ Vgl. *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971 (Nachdruck 2004), S. 40 ff.

⁵ Vgl. zu diesen Begriffen *M.-K. Meyer*, Die Strafwürdigkeit der Anstiftung dem Grade nach, 1970, S. 133 ff.

⁶ Vgl. dagegen *M.-K. Meyer*, ZIS 2009, 335.

⁷ Anders *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2004, § 8 Rn. 60: „Ein Teil der Lehre“ mit weiteren Differenzierungen und Nachweisen; vgl. auch *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 6 Rn. 6; *Wes-*

¹ Vgl. z.B. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003.

² *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992.

³ *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989.

net wird, und an die Stelle des vom subjektiven Tatbestand beschriebenen Unwerts, der als Handlungsunwert bezeichnet wird, das Begriffspaar Geschehens- und Motivationsunwert treten (Kap. 8 Rn. 14).

Richtig hält der *Verf.* im Kontext mit der Lehre von der objektiven Zurechnung am Erfordernis der Kausalität fest (Kap. 9 Rn. 4). Bedenkenswert sind hier die vom üblichen Verständnis abweichenden Ausführungen zur alternativen Kausalität (Kap. 9 Rn. 9 ff.) sowie zur Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe (Kap. 9 Rn. 14 ff.).

Die Lehre von der objektiven Zurechnung (Kap. 10 Rn. 1 ff.) wird anschaulich problematisiert. Soweit geboten werden die vom *Verf.* herausgestellten Voraussetzungen der Kausalität auch in diesem Kontext konsequent zugrunde gelegt (vgl. Kap. 10 Rn. 32).

Im Kapitel über den Tatbestandsvorsatz (Kap. 11 Rn. 1 ff.) gelingt es, die wichtigsten Punkte der Diskussion deutlich zu machen. Uneingeschränkte Zustimmung verdient insbesondere sein Votum für die Möglichkeitstheorie bei der Abscheidung von *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit (Kap. 11 Rn. 21 ff.).

Auch seine Überlegungen zur Fahrlässigkeit sind vom eingenenommenen Standpunkt aus konsequent und führen zu gut vertretbaren Ergebnissen (Kap. 12 Rn. 1 ff.).

III. Bei den Rechtfertigungsgründen legt der *Verf.* folgende Zweiteilung zugrunde: Rechtfertigung im Interesse des Betroffenen (Kap. 13 Rn. 3 ff.) und Rechtfertigung im Interesse anderer oder der Allgemeinheit (Kap. 13 Rn. 9 ff.). Die Ansicht, auch die Einwilligung sei ein Rechtfertigungsgrund im individuellen Interesse, wird nur derjenige teilen können, der sie nicht schon als Tatbestandsausschlussgrund konzipiert, um den Täter – wie *Maurach* formuliert hat – bereits vom odium der Tatbestandsmäßigkeit zu befreien.⁸ Abgesehen davon entwickelt der *Verf.* klare Antworten auf die mit der allgemeinen Rechtfertigungslehre verbundenen Fragen. So verwirft er z.B. zu Recht das von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur bei Vorsatzdelikten verlangte Erfordernis einer Verteidigungsabsicht bei § 32 StGB und begnügt sich mit der bloßen Kenntnis der rechtfertigenden Umstände.⁹ Konsequent erscheint auch der Verzicht auf ein subjektives Rechtfertigungselement bei den Fahrlässigkeitsdelikten (Kap. 14 Rn. 40 ff.). In den folgenden Kapiteln (15-17) werden die geschriebenen und ungeschriebenen Voraussetzungen der wichtigsten Rechtfertigungsgründe im Einzelnen erörtert und die damit einhergehende Problematik weithin gut vertretbar gelöst.

Entsprechendes gilt hinsichtlich der Ausführungen zur Schuldfähigkeit (Kap. 18 Rn. 1 ff.), der Möglichkeit zur Unrechtseinsicht (Kap. 19 Rn. 1 ff.), der Zumutbarkeit (Kap. 20 Rn. 1 ff.) und sonstiger Strafbarkeitsvoraussetzungen (Kap. 21

Rn. 1 ff.). Dabei greift der *Verf.* zum Teil auf frühere eigene Arbeiten zurück.¹⁰

IV. Dass der *Verf.* bei der Behandlung der Unterlassungsdelikte (Kap. 22 Rn. 1 ff.) die zur Abscheidung von Handlungs- und Unterlassungsdelikten vielfach herangezogene Theorie vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ (Kap. 22 Rn. 9 f.) verwirft, ist begrüßenswert. Dieser und manch anderer entsprechender Formel fehlt die zu ihrer sicheren Handhabung erforderliche Angabe von präzisen, den Schwerpunkt o.ä. begründenden Voraussetzungen. So bleibt es – nachweisbar in der Rechtsprechung – vielfach bei reinen Gefühlsentscheidungen. Ob allerdings – allein gestützt auf die vom *Verf.* angeführte fallbezogene Betrachtungsweise (Kap. 22 Rn. 11 ff.) – auf eine Abgrenzungsformel überhaupt verzichtet werden kann, ist damit nicht zugleich entschieden. Die Verpflichtung zur Erfolgsabwendung sowie die weiteren Voraussetzungen des Unterlassungsdelikts werden in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Literatur auf knappem Raum (Kap. 22 Rn. 24 ff.), aber ausreichend problematisiert. Allerdings muss es verwundern, dass im ganzen Kapitel Unterlassungsdelikte das grundlegende Werk von *Armin Kaufmann*¹¹ nicht herangezogen wird (anders zum Versuchsbeginn des Unterlassungsdelikts [Kap. 23 Rn. 33 Fn. 55]).

Die Kapitel über Versuch und Vorbereitung (Kap. 23 Rn. 1 ff.) sowie Rücktritt vom Versuch (Kap. 24 Rn. 1 ff.) vermitteln in anschaulicher Weise den derzeit vorherrschenden Wissenstand. Richtig geht der *Verf.* davon aus, dass sich das „unmittelbare Ansetzen“ nicht abstrakt definieren lässt. Aber vielleicht sollte man an die Stelle der von ihm vorgeschlagenen „näheren Konkretisierung für einzelne Delikte von Fall zu Fall“ eine typologische Betrachtungsweise treten lassen.¹² Zum Rücktritt vom Versuch entwickelt der *Verf.* auf der Grundlage einer kritischen Würdigung von Theorie und Praxis seine vom überwiegenden Verständnis teilweise abweichende Meinung; vgl. z.B.: Kap. 24 Rn. 7 (Rechtsnatur des Rücktritts gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB), Kap. 24 Rn. 36 (unfreiwilliges Aufgeben der Tatausführung bei Eintritt von Selbstbestimmungsunfähigkeit), Kap. 24 Rn. 37 (freiwilliges Aufgeben der weiteren Tatausführung bei vollendetem Delikt).

V. In den Kapiteln 25 bis 29 geht es um die Tatbeteiligung mehrerer. Dazu legt der *Verf.* zunächst die Grundstruktur der jeweiligen Beteiligungsform dar und lässt dabei schon das eigene Konzept erkennen. Anschließend problematisiert er die Rechtsfiguren im Einzelnen. Dabei ist es durchaus sachgerecht, entgegen der traditionellen Lehre, Mittäterschaft auch bei Fahrlässigkeitsdelikten zu befürworten. Die Frage, ob Entsprechendes auch für bestimmte Fallkonstellationen der mittelbaren Täterschaft zu gelten hat, wird allerdings nicht erwogen (Kap. 27 Rn. 44 ff.).¹³ Das für die Mittäterschaft erforderliche Maß der Beteiligung bestimmt der *Verf.*

sels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39 Aufl. 2009, Rn. 15.

⁸ Vgl. näher *M.-K. Meyer*, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 129 ff., 137, 145 ff. m.w.N.

⁹ Ebenso *M.-K. Meyer*, Beiträge zum Strafrecht, 2007, S. 44 ff.

¹⁰ Z.B.: *Frister*, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“, 1993; *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung, 1988.

¹¹ *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.

¹² Hierzu ausführlich *M.-K. Meyer* (Fn. 9), S. 23 ff.

¹³ Näher *M.-K. Meyer* (Fn. 8), S. 64 ff. m.w.N.

in Auseinandersetzung mit den subjektiven Täterlehren, den Tatherrschaftslehren und den Ganzheitstheorien wie folgt: Mittäterschaft liegt nicht nur bei eigenhändiger Tatausführung vor, Mittäter ist auch – und zwar unabhängig vom Gewicht seines Tatbeitrages, wer nach dem gemeinsamen Tatplan mit über die Begehung der Tat zu entscheiden hat – interne Entscheidungszuständigkeit (Kap. 26 Rn. 25 ff.) – bzw. wer Träger normativer Entscheidungszuständigkeit ist (Pflichtdelikte, Kap. 26 Rn. 31 ff.). Ob sich die Rechtsprechung freilich durch diese um Präzisierung der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bemühte Ansicht von ihrer wertenden Gesamtbetrachtung wird abbringen lassen, bleibt langfristig abzuwarten. Die Ausführungen zur mittelbaren Täterschaft stehen weithin im Einklang mit dem überwiegenden Verständnis oder sie sind bei Abweichung – wie etwa zu den Fällen des Motivirrtums (Kap. 27 Rn. 21 ff.) – im Ergebnis vielfach zutreffend oder jedenfalls vertretbar. Entsprechendes gilt zur mittelbaren Täterschaft aufgrund sonstigen rechtswidrigen Zwangs (Kap. 27 Rn. 27 ff.) sowie hinsichtlich des in seiner Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigten Werkzeugs (Kap. 27 Rn. 34 ff.). Allerdings wird der materiale Grund für die vom *Verf.* mehrfach befürwortete Gleichstellung von Verletzung des Einwilligenden und Selbstverletzung nicht geklärt.¹⁴

Die Ausführungen zu Akzessorietät und Strafgrund der Teilnahme (Kap. 25 Rn. 24 ff.) vermögen den nicht zu überzeugen, der an die Stelle der immer noch vorwiegend und auch vom *Verf.* vertretenen Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff die Lehre vom selbständigen Teilnehmerdelikt setzt,¹⁵ mag sich die Divergenz in den Ergebnissen (z.B. hinsichtlich der verkümmert zweiaktigen oder erfolgskupierten Delikte) auch verringert haben (Kap. 28 Rn. 30).

Bei der Anstiftung sind besonders hervorzuheben die Überlegungen zur Verursachung des Tatentschlusses sowie zur Anstiftungshandlung (Kap. 28 Rn. 13 ff., 21 ff.), bei der Beihilfe die zur Hilfeleistung wie auch die zur Beihilfe durch Alltagshandlungen (Kap. 28 Rn. 32 ff., 44 ff.).

Das 29. Kapitel zu Versuch und Vorbereitung bei mehreren Tatbeteiligten führt in Auseinandersetzung mit dem hier vorfindlichen Streitstand zu gut vertretbaren Ergebnissen. Entsprechendes gilt zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre (Kap. 30 und 31).

VI. Zusammenzufassen ist: Wer als Student dieses mit reichem Fallmaterial unterfütterte Kurz-Lehrbuch gewissenhaft durcharbeitet, kommt hinsichtlich der Summe des ihm zu den Lehren des Allgemeinen Teils des Strafrechts vermittelten Wissens keinesfalls zu kurz. Er lernt nicht nur die systematischen Zusammenhänge verstehen, sondern er erhält auch besondere Hinweise zur Abfassung von Klausuren. Durch die vom *Verf.* praktizierte Art und Weise der Argumentation kann er überdies lernen, wie bei Meinungsstreitigkeiten juristisch zu verfahren ist. Und vielleicht gelingt es ihm später sogar eigene Denkwege zu gehen, wie es ihm der *Verf.* an manchen Stellen in diesem Buche vorgemacht hat.

Wenngleich besonders für Studienanfänger gedacht, eignet sich dieses Buch angesichts seiner Informationsfülle allerdings auch für Examenkandidaten zur Wiederholung sowie für Referendare, soweit sie sich hinsichtlich einzelner Probleme einen raschen Überblick über den derzeitigen Meinungsstand verschaffen wollen.

Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg

¹⁴ Hierzu näher *M.-K. Meyer* (Fn. 8), S. 135 ff., 163 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu ausführlich *M.-K. Meyer* (Fn. 9), S. 1 ff.

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

Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M. 2009, 300 S., € 49,-

Christoph J. M. Safferling, Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2008, 532 S., € 104,-

Carl-Friedrich Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2007, 694 S., € 138,-

I. „Des Criminalisten höchster Ruhm“ sei es, „Psycholog zu seyn“, so befand *Nikolaus Gönner* in seiner ganz im Banne *Feuerbachs* stehenden „Revision des Begriffs und der Eintheilungen des Dolus“ von 1810.¹ Den Kontrapunkt zu dieser Position formulierte rund ein Jahrhundert später *Max Ernst Mayer*, der zu den Wegbereitern des Neukantianismus im deutschen Strafrechtsdenken zählt: Es gehe nicht an, Vorsatz und Fahrlässigkeit aus dem ursprünglichen psychologischen Gehalt dieser Begriffe zu entwickeln. Die Frage, welche psychologischen Kriterien tauglich seien, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu bestimmen, sei anhand genuin juristischer Kriterien zu beantworten. „Das Recht diktiert hier aus eigener Machtvollkommenheit die psychologischen Merkmale, die seinen Kreaturen zukommen. In diesem Sinne sind Vorsatz und Fahrlässigkeit juristisch-technische Begriffe“². Dass der normativierende Ansatz *Max Ernst Mayers* sich nach manchen Irrungen und Wirrungen durchgesetzt hat, belegen die dem Vorsatz gewidmeten Habilitationsschriften von *Jochen Bung*, *Christoph Safferling* und *Carl-Friedrich Stuckenberg*.

Zwar unterscheiden die drei Werke sich in ihrer inhaltlichen Ausrichtung und methodischen Anlage beträchtlich voneinander. Das Bestreben *Bungs* gilt der Bestimmung eines philosophisch überzeugenden Vorsatzbegriffs. *Safferling* verteidigt anhand eines Vergleichs mit dem englischen Strafrecht die Leistungsfähigkeit und Überzeugungskraft der deutschen Dogmatik der subjektiven Täterelemente. *Stuckenberg* schließlich sucht innerhalb eines möglichst neutralen analytischen Bezugsrahmens die Strukturen und Möglichkeiten subjektiver Zurechnung auszuloten, um so eine künftige völkerstrafrechtliche Dogmatik dieser Rechtsmaterie vorzubereiten. Einig sind die Autoren sich jedoch darin, dass der strafrechtliche Vorsatzbegriff seine Konturen nicht psychologischen bzw. ontologischen, sondern normativen Erwägungen verdankt. Am vorsichtigsten formuliert *Bung*. „Wir dürfen vermuten“, so heißt es bei ihm, „dass es sich auch beim Vorsatz um einen Begriff mit normativen Anteilen handelt, denn sonst könnte das Kriterium vorsätzlichen Handelns im strafrechtlichen Zurechnungssystem nicht auch als eine Form des Vorwurfs fungieren.“ (S. 33) Erheblich entschlossener liest

sich die entsprechende Passage bei *Safferling*: „Die Frage nach dem Vorsatz ist eine normative Frage. Es ist eine Illusion, anzunehmen, was Wissen und Wollen sei, bestimme sich nach sachlogischen Strukturen. Gerade die Irrtumsfälle zeigen, dass es letztlich um die Fragen geht, wie viel Wissen vom Täter verlangt wird, was die Gesellschaft von einem Akteur erwartet, um strafrechtlich von vorsätzlichem Verhalten sprechen zu können. Vorsatz ist letztlich ein besonderes subjektives Zurechnungskonzept, womit der Unrechtsgehalt einer Tat danach bemessen wird, ob der Handelnde über ein Wissen verfügt hat, wonach erwartet werden kann, dass er von der Tat Abstand nimmt.“ (S. 113). Am nachdrücklichsten bekennt sich *Stuckenberg* zu einem normativen Vorsatzverständnis: „Wenn rechtliche Begriffe ihren Gehalt aus ihrer Funktion in einem Regelsystem erhalten, so beziehen die Rechtsbegriffe, die die subjektive Tatseite kennzeichnen, ihren Gehalt aus ihrer Funktion als Form der subjektiven Zurechnung und letztlich als Straf voraussetzung.“ Die Konturen des Vorsatzbegriffs müssten deshalb aus dem Zweck der Zurechnung und letztlich aus dem der Strafe abgeleitet werden. Ohne den Versuch einer solchen Ableitung bleibe jede Begriffsbestimmung des Vorsatzes sinnlos, da eine an pseudonaturalistischen Kategorien vermeintlicher psychischer Befunde orientierte Explikation „stets ohne normativen Maßstab und Bezugspunkt ist.“ (S. 406 f.). Mit dem Bekenntnis zum Normativismus ist das Programm formuliert, an dem die drei Autoren sich messen lassen wollen. Lösen sie es in überzeugender Weise ein?

II. Vergleichsweise einfach macht es sich *Safferling*. Obwohl seine Ausführungen über die Lehre von der subjektiven Zurechnung im deutschen Strafrecht rund dreihundert Seiten umfassen, erschöpfen sie sich weitgehend in der Wiedergabe und knappen Erläuterung der herrschenden Meinung. Einen nennenswerten eigenen Akzent setzt *Safferling* lediglich an einer, systematisch allerdings besonders bedeutsamen Stelle, nämlich bei der Frage nach der Relevanz von Unrechtswertungen für den Vorsatzbegriff.

Safferling erkennt, dass die von der herrschenden Meinung gebilligte Verselbstständigung des Vorsatzes gegenüber dem Unrechtsbewusstsein angesichts der gängigen Behandlung von Blankettnormen und normgefüllten Tatbestandsmerkmalen bereichsweise leer läuft. Vorsätzlich handelt danach bekanntlich nur, wer über die „nackten“ Tatsachen hinaus die Wertungen, die den in das Strafrecht transferierten Normen zugrunde liegen, im Kern zutreffend nachvollzogen hat. Dies hat die, so *Safferling*, „seltsame Konsequenz, dass ein Großteil der Unrechtswertung in den subjektiven Tatbestand verlagert wird, sodass die Schuldwertung – also die konkrete Frage des § 17 StGB – marginalisiert wird.“ (S. 145). Man könnte diesen für sich genommen zutreffenden Befund zum Anlass nehmen darüber nachzudenken, ob die Trennung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein nicht auf eine Vergewaltigung der sozialen Phänomene hinausläuft. *Safferling* dagegen plädiert umgekehrt dafür, den Graben zwischen beiden noch zu vertiefen. Der Vorsatz, so fordert er, sei „von rechtlichen Wertungen frei zu halten“ (S. 153), gleichgültig ob diese ihre Wurzeln in strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Normen hätten (S. 177); er sei strikt auf „die

¹ *Gönner*, Revision des Begriffs und der Eintheilungen des Dolus, 1810, S. 26.

² *Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1907 (Nachdruck 2007), S. 139 f.

Kenntnis der jeweils die in Bezug genommene Norm tragenden Umstände“ zu beschränken. (S. 144) Das „Wissen und Nachvollziehen juristischer Wertung“ sei hingegen „immer eine Frage der Schuld und niemals eine Frage des Unrechts tatbestands.“ (S. 146). Im Ergebnis läuft dies, wie *Safferling* betont, auf eine „Erhöhung der Rechtskenntnispflicht der Bürger“ hinaus: Solange dem Täter „die tatsächlichen Umstände bekannt sind, liegt objektiv wie subjektiv Unrecht vor.“ (S. 149).

Safferling verkennt allerdings, dass dieser Versuch, den Teufel mit Beelzebub auszutreiben, im Widerspruch zu seinem eigenen Vorsatzverständnis steht. In seiner eingangs zitierten Äußerung sieht er die herausgehobene deliktssystematische Stellung des Vorsatzes darin begründet, dass „der Handelnde über ein Wissen verfügt hat, wonach erwartet werden kann, dass er von der Tat Abstand nimmt.“ Die Erwartung, von einer Tat Abstand zu nehmen, kann in einer freiheitlichen Strafrechtsordnung nur darauf gestützt werden, dass die betreffende Tat rechtswidrig sein würde. Ein Wissen, welches ihn dazu befähigt, dieser Erwartung zielgerichtet nachzukommen, hat der Handelnde demnach streng genommen nur dann, wenn ihm über die Tatumstände hinaus auch die Unerlaubtheit des von ihm geplanten Verhaltens bekannt ist; darin liegt ein klassisches Argument zugunsten des *dolus malus*. Zumindest aber muss dem Handelnden klar sein, dass er im Begriff ist, ein fremdes Rechtsgut zu beeinträchtigen. *Safferling* selbst räumt dies im weiteren Verlauf seiner Ausführungen ein: Der Täter müsse, damit Vorsatz angenommen werden könne, „gewusst haben, dass sein Verhalten zu einer Verletzung eines Rechtsguts führen wird oder führen kann.“ (S. 178). Dieses Wissen setzt jedoch unabdingbar jenes wertende Moment voraus, das *Safferling* aus dem tatbestandlichen Unrecht verbannen will. Ein Täter, dem nicht einmal in laienhaft-vager Form klar ist, dass die Sache, welche er an sich nimmt, einem anderen gehört, geht nicht davon aus, ein fremdes Rechtsgut zu beeinträchtigen; nach *Safferlings* soeben zitierter Definition kann ihm deshalb kein Diebstahlsvorsatz zugeschrieben werden.

Safferling scheint die Inkonsistenz seiner Ausführungen selbst zu spüren. Deshalb suggeriert er – wie soeben gezeigt, zu Unrecht –, dass das Wissen um die rechtsgutverletzende Qualität des eigenen Handelns gleichbedeutend sei mit der Kenntnis der risikobegründenden Faktoren (S. 178). Noch pointierter heißt es einige Zeilen später: „Vorsatz bedeutet [...] die bewusste Entscheidung für das Unrecht, bzw. die dieses konstituierenden Tatumstände.“ (S. 178). Diese Formel ist in mehrfacher Hinsicht ungenau und irreführend. Nimmt man die Wendung von den „das Unrecht konstituierenden Tatumständen“ beim Wort, so widerspricht sie *Safferlings* Forderung nach einer Entnormativierung des Vorsatzgegenstandes; denn zur Konstituierung der normativen Entität „Unrecht“ taugen Tatumstände nur, wenn ihnen ihrerseits normative Relevanz zukommt. Hält man dagegen an jener Forderung fest, so erweist sich die zitierte Formel *Safferlings* als argumentationslogisch verfehlt; denn das Wissen um reine Seinstatsachen begründet nicht eine „bewusste Entscheidung für das Unrecht“. Wie man seine Ausführungen auch wendet,

Safferling hat sich in einen heillosen Selbstwiderspruch verstrickt. Sein Scheitern lehrt aber immerhin eines: Wer Ernst macht mit der Normativierung des Vorsatzes, darf sich nicht zugleich krampfhaft an solche Kategorien der Verbrechenslehre klammern, die – wie zumal die Abtrennung des Unrechtsbewusstseins vom Vorsatz – auf der Basis eines nicht-normativen Vorsatzverständnisses entwickelt worden sind. Dies verkannt zu haben, ist *Safferling* zum Verhängnis geworden.

III. Das Anliegen *Bungs* erscheint prima facie wenig spektakulär. Ihm geht es, wie er bereits auf der ersten Seite seines Buches erklärt (S. V), um eine Verteidigung der traditionellen Auffassung, wonach der Vorsatz nicht lediglich eine Wissens-, sondern auch eine Wollenskomponente aufweist: „Es ist die irreduzibel volitive Ausrichtung der Handlung auf einen deliktischen Erfolg, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen darüber entscheidet, ob wir es mit einer unachtsamerweise hervorgerufenen Verletzung oder Gefährdung zu tun haben oder mit einer Vorsatztat“ (S. 207). *Bungs* Herleitung dieses Ergebnisses weist – für einen Frankfurter Habilitanden nicht selbstverständlich – unübersehbare Parallelen zum Finalismus *Welzels* auf. Zwar verwahrt *Bung* sich gegen dessen Ontologismus. Die „Seinsstruktur“ der Handlung müsse aus ihrer Interpretation folgen und nicht die Interpretation der Handlung aus der „Beschaffenheit einer seinsmäßigen Kategorie“ (S. 97 f.). Im Ergebnis wirkt sich dieser Unterschied in der Herangehensweise aber auf den ersten Blick kaum aus. Verantwortlich dafür ist vor allem *Bungs* Entscheidung, die von ihm angemahnte Interpretation mithilfe des Modells des praktischen Syllogismus durchzuführen. Danach stellt eine Handlung eine „Konklusion aus bestimmten Prämissen“ dar (S. 138). „Als erste Prämisse dient der sprachliche Ausdruck des Wunsches (Wollen), als zweite Prämisse der sprachliche Ausdruck jener Überzeugung, die typischerweise die Geeignetheit eines Mittels zur Verwirklichung dieses Wunsches betrifft (Wissen), und als Konklusion kann man die sprachliche Beschreibung der Handlung selbst anführen.“ (S. 138 f.). Der praktische Syllogismus bildet also die „Logik instrumentellen Handelns“ ab, und diese ist es, worauf es *Bung* zufolge „beim Vorsatz ausschließlich ankommt“ (S. 269).

Von einer normativen Überformung des psychischen Befundes ist bis zu diesem Punkt wenig zu merken. Deshalb wirkt es zunächst überraschend, dass *Bung* sich zur Bestätigung seiner Position ausgerechnet auf die Auffassung *Puppes* beruft: Deren „Interpretation des Täterhandelns nach allgemeinen Maßstäben der Vernunft“³ fasse das Verhältnis von Wissen und Wollen in einer Weise zusammen, „die der hier vorgeschlagenen Annäherung über das Modell des praktischen Schließens weitgehend entspricht“ (S. 186). Zu dieser Einordnung sieht *Bung* sich berechtigt, weil er, wie seine weiteren Ausführungen zeigen, sein Modell des praktischen Syllogismus mit einer anspruchsvollen Interpretationstheorie verbindet. Sie geht zurück auf den amerikanischen Philosophen *Donald Davidson*. Wie *Davidson* nachweist, beruht jede Interpretation auf einer grundlegenden Vernünftigkeitunter-

³ *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 40.

stellung: „Wenn wir keine Möglichkeit finden, die Äußerungen und das sonstige Verhalten eines Geschöpfes so zu interpretieren, dass dabei eine Menge von Überzeugungen zum Vorschein kommt, die großenteils widerspruchsfrei und nach unseren eigenen Maßstäben wahr sind, haben wir keinen Grund, dieses Geschöpf für ein Wesen zu erachten, das rational ist, Überzeugungen vertritt oder überhaupt etwas sagt.“⁴ Diese Erkenntnis macht *Bung* sich zu Eigen: Der Interpretation menschlichen Verhaltens müsse notwendigerweise die Annahme zugrunde gelegt werden, „dass wir es mit der vernünftigen Äußerung halbwegs vernünftiger Ansichten einer im Großen und Ganzen vernünftigen Person zu tun haben.“ (S. 206). Damit ist der Weg zu einer objektivierenden Vorsatzdeutung offen.

Unklar ist allerdings noch, wie weit dieses Objektivierungsprogramm reichen soll. *Puppe* will es auf die Kriterien der Risikobewertung beschränken. Im Hinblick auf die der Bewertung zugrunde liegenden Tatumstände sollen dagegen die individuellen Kenntnisse des konkreten Täters maßgeblich sein.⁵ Wie *Jakobs*⁶ moniert, führt dies zu einer wenig überzeugenden Besserstellung desjenigen, der sich aus rechtsfeindlicher Gleichgültigkeit die das Gefahrurteil begründenden Tatsachen erst gar nicht bewusst macht, gegenüber demjenigen, der skrupulös bedenkt, was er tut, und der sich deshalb auch über die Tatsachensituation voll im Klaren ist. Auch die Interpretationstheorien *Davidsons* und *Bungs* sprechen dafür, über die Position *Puppes* hinauszugehen: Von einer im Großen und Ganzen vernünftigen Person kann man nicht nur erwarten, dass sie sich „irrationale[n] Verarbeitungsmechanismen, Verdrängungen und Hoffnungen“ verschließt,⁷ sondern auch, dass sie sich nicht von sozial schlechthin unverständlichen Wissensblockaden beherrschen lässt. Es ist daher nur konsequent, wenn *Bung* betont, dass das in einer drastischen Form des Desinteresses zum Ausdruck kommende Nichtwissenwollen „dem bedingten Wollen des tatbestandlichen Erfolges mit guten Gründen gleichzustellen“ sei (S. 198). Damit gerät indessen *Bungs* zentrale These ins Wanken, die strengere Bestrafung des Vorsatzes legitimiere sich daraus, dass der Vorsatz- im Unterschied zum Fahrlässigkeitstäter „den Erfolg wollte“ (S. 270). Auch der grob tatsachenblinde Täter will den Erfolg nicht. Wenn es unter Wertungsgesichtspunkten dennoch geboten ist, sein Verhalten dem des mit Erfolgswillen handelnden Täters gleichzustellen, so kann der Grund für die strengere Bestrafung beider im Vergleich zum gewöhnlichen Fahrlässigkeitstäter nicht (ausschließlich) im Wollen liegen. Worin aber dann? Dazu schweigt *Bung*. Seine Konzeption rundet sich deshalb nicht zu einem Ganzen; mangels eines belastbaren tertium comparationis hängt seine Behauptung von der Vergleichbarkeit der beiden soeben genannten Fallgruppen in der Luft. *Bungs* Problembewusstsein verdient Anerkennung; der Entwurf einer in sich schlüssigen Konzeption des subjektiven Tatbestandes ist ihm aber letztlich nicht gelungen.

IV. Die neueren Forderungen nach einer Normativierung der strafrechtlichen Grundbegriffe sind aus der Gegnerschaft zum Finalismus mit seiner Verweisung auf angebliche „sachlogische Strukturen“ hervorgegangen. Mit ihrer Betonung der Interpretationsabhängigkeit sozialer und damit auch rechtlicher Phänomene bekennen sich die strafrechtlichen Normativisten zu einer Position, die in der neueren geistes- und sozialwissenschaftlichen Diskussion nahezu einhellig anerkannt wird: von der Systemtheorie *Parsons'* oder *Luhmanns* bis zum nietzscheanisch inspirierten Strukturalismus *Foucaults*. Der Normativismus erhöht die Verantwortlichkeit des einzelnen Interpreten, weil dieser die von ihm getroffene Wahl von Interpretationsgesichtspunkten persönlich zu vertreten hat und sich nicht durch einen Verweis auf die Natur der Dinge entlasten kann. Entgegen einem nicht selten anzutreffenden Missverständnis gibt er diesem aber keineswegs einen Freibrief für Beliebigkeit in die Hand. Bereits *Emil Lask*, der unter dem Banner des Neukantianismus das teleologisch-normative Denken in der deutschen Rechtsphilosophie hoffähig gemacht hat, sah, „dass die Existenz einer vorwissenschaftlichen Begriffsbildung nirgends eine so große Rolle spielt wie auf juristischem Gebiet.“⁸ Die Rechtswissenschaft entfalte ihre Tätigkeit innerhalb einer „schon auf Kulturbedeutungen bezogenen Welt“,⁹ und an diese „schon teleologisch geformte Lebens- und Kulturrealität“ müsse sie sich anlehnen.¹⁰

Auch *Stuckenberg*, unter den drei hier vorzustellenden Autoren der nachdrücklichste Vertreter einer normativistischen Strafrechtsdogmatik, unterstreicht die Bedeutung, die der Einbettung der Rechtsordnung in eine bestimmte Gesellschaft zukommt. Diese Einbettung „garantiert die nötige Bodenhaftung und setzt zugleich pragmatische Grenzen für ‚normative‘ dogmatische Konzeptionen, die in dieser Gesellschaft verständlich sein müssen, um operabel und akzeptabel zu sein.“ (S. 47). Deshalb dürfe sich das Recht, insbesondere das Strafrecht, nicht allzu weit von den sozialen Zurechnungsmustern seiner Gesellschaft entfernen (S. 259 f.). Diese seien in modernen Gesellschaften zwar durch die wissenschaftlichen Erkenntnisse der Zeit mitgeprägt, verdankten sich aber in erster Linie den Zurechnungsbedürfnissen des Alltagslebens (S. 111 f.). Auch bei den mentalistischen Termini, auf die in der strafrechtlichen Vorsatzdiskussion zurückgegriffen wird – „Wissen“ und „Wollen“ –, handelt es sich, wie *Stuckenberg* hervorhebt, nicht um wissenschaftlich belastbare Begriffe, sondern um Ausprägungen einer Alltagspsychologie. So könne die wissenschaftliche Psychologie auf Fragen wie die, ob ein nicht intendierter Nebenerfolg „gewollt“ sei, schon deshalb keine empirisch fundierte Antwort geben, weil sie sich ihr so gar nicht stellen (S. 150). „Insgesamt dürfte die Dissoziation von juristischer intentionaler Erklärung und psychologischen Modellen sowie deren taxonomische Inkongruenz eher zu- als abnehmen.“ (S. 150).

⁴ *Davidson*, Wahrheit und Interpretation, 1986, S. 199.

⁵ *Puppe* (Fn. 3), S. 40.

⁶ Zuletzt *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 584.

⁷ So *Puppe* (Fn. 3), S. 40.

⁸ *Lask*, in: Herrigel (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1923, S. 315.

⁹ *Lask*, (Fn. 8), S. 309.

¹⁰ *Lask*, (Fn. 8), S. 324.

Die Einsicht, dass die Leittermini der strafrechtlichen Vorsatzlehre sich „nur noch als alltagstheoretische begreifen [lassen], die durch eine Willensemotion gestützt werden“ (S. 150), hat beträchtliche Konsequenzen für deren dogmatische Ausdeutung. Angesichts der „notorische[n] Unschärfe“ umgangssprachlicher Charakterisierungen (S. 214) verlieren Streitigkeiten wie diejenige über die „wahre“ Bedeutung des Willensbegriffs erheblich an Gewicht. Stattdessen geht es in der Theorie der subjektiven Zurechnung darum, einen Ausgleich zu finden zwischen dem Erfordernis sozialer Plausibilität und der Forderung nach strafrechtstheoretischer Konsistenz. Deshalb sollte *Stuckenberg* zufolge zwar der Phänotyp „Vorsatz“ nicht dadurch überstrapaziert werden, dass die Wissens- oder Wollenskomponente in einer umgangssprachlich unplausiblen Weise ausgedehnt werde (S. 435). Dies schließe jedoch die Möglichkeit nicht aus, ihm Fallgestaltungen an die Seite zu stellen, die sich zwar phänotypisch von ihm unterscheiden, unter normativen Gesichtspunkten aber als gleichwertig erscheinen. „Aus axiologischer Sicht gibt es keinen Grund, warum in subjektiver Hinsicht gleichermaßen als strafwürdig empfundene Taten (nach dem Maßstab der Unrechtsschwere, Schuldschwere, blameworthiness usw.) mit einem Phänotyp koextensiv sein müssten. Normative Gleichstellungen phänotypisch unterschiedener Fallgruppen kennt die Dogmengeschichte seit alters her, exemplarisch in den Versuchen des gemeinen Rechts, den auf Absicht begrenzten und als zu eng empfundenen rezipierten *dolus*-Begriff zu erweitern um Fälle der Kenntnis oder gar vorwerfbaren Unkenntnis offensichtlicher Risiken mit den Figuren der *doctrina Bartoli* oder des *dolus indirectus*. Ebenso wurde schon von den Postglossatoren wie im kanonischen Recht die Gleichbehandlung von Kenntnis und willentlicher Unkenntnis akzeptiert.“ (S. 382 f.).

Dass eine solche Gleichstellung axiologisch möglich ist, besagt freilich nicht, dass sie auch geboten wäre. Mit der Offenlegung seiner eigenen Position hält *Stuckenberg* sich allerdings zurück, entsprechend der von ihm bereits in der Einleitung zu seinem Buch formulierten Zielsetzung, sich auf die Bereitstellung eines analytischen Rahmens für die künftige Vorsatzdiskussion zu beschränken (S. 1 f.). Wem an eindeutigen, rasch zitierfähigen Ergebnissen gelegen ist, der wird bei *Stuckenberg* deshalb nicht auf seine Kosten kommen. Wer hingegen die Anforderungen an eine wissenschaftstheoretisch reflektierte Theorie der subjektiven Zurechnung erkunden und darüber hinaus eine von den Zeugnissen mittelalterlicher Rechtsgelehrsamkeit bis zum Strafrecht Singapurs reichende Sammlung der einschlägigen rechtlichen Materialien bewundern will, der wird *Stuckenberg's* Werk reich belehrt aus der Hand legen.

Prof. Dr. Michael Pawlik, Regensburg

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

Christoph Burchard, „Irren ist menschlich“ – Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 104, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, 529 S., € 104,-

I. *Burchard* bespricht die große Mehrzahl der einen möglichen Vorsatzausschluss betreffenden Irrtümer unter Verwendung eines schuldorientierten Vorsatzbegriffs. Dass trotz einer Tatsachenfehlvorstellung Vorsätzlichkeit bejaht werden könne, lasse sich in Anlehnung an die Verantwortungsethik *Max Webers* bewerkstelligen, indem „der Vorsatztäter verpflichtet [wird], [...] die vorhersehbaren Folgen seines Tuns in sein Zukunftsgestalten einzubeziehen.“ Ein irrturnsanfälliger Mensch solle nicht „durch die eigene Irrturnsanfälligkeit“ mit einem Ausschluss der Vorsatzstrafe privilegiert werden. Als Ausgangspunkt seiner Untersuchung wählt *Burchard* die gesetzliche Regelung des Tatbestandsirrtums in § 16 StGB (S. 14-17). Da § 16 Abs. 1 S. 1 StGB so verstanden werden könne, dass der Täter bereits dann Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände hat, wenn der objektiv verwirklichte und der subjektiv vorgestellte Sachverhalt tatbestandlich in dem Sinne gleichwertig sind, dass beide demselben Straftatbestand subsumierbar sind, bezüglich der in § 16 Abs. 2 StGB erwähnten nur vorgestellten Umstände aber gerade keine Realitätskongruenz vorliegen müsse, liege § 16 StGB kein harmonisierbares Konzept zugrunde.

Hieran hat *Hettinger* (GA 2009, 555) Kritik geübt: Dass § 16 Abs. 1 S. 1 StGB fehlerhaft formuliert sei, wisse man seit langem; gleichwohl sei geklärt, dass mit den Umständen „die für erwiesen erachteten Tatsachen [...], in denen die gesetzlichen Merkmale gefunden werden“ (§ 267 Abs. 1 S. 1 StPO) gemeint seien, „die in concreto die abstrakten Tatbestandsmerkmale repräsentieren, ihm unterfallen“. Aber wie viel von den gerichtlich festgestellten Tatsachen der Täter kennen bzw. gewusst haben muss, steht gerade in Frage, und das kann auch nicht ohne weiteres mit einem Verweis auf die in den Urteilsgründen mitzuteilenden Tatsachen umgangen werden: Welche Schlussregel den Syllogismus „Der Täter hat sich in tatsächlicher Hinsicht X vorgestellt – somit hat der Täter vorsätzlich gehandelt“ zulässt, also den „Sprung“ von der Objekt- auf die Metaebene ermöglicht, ist keineswegs mit dem Verweis auf „Tatsachen“ beantwortet, die der Täter kennen müsse, wie man an der traditionsreichen Streitfrage um den Grund für die Unbeachtlichkeit des error in persona sieht (S. 15 m. Fn. 8). Bei *Hettingers* Bedenken handelt es sich somit lediglich um eine Meinungsverschiedenheit in der Herangehensweise, die den Vorwurf, das von *Burchard* errichtete Gebäude ruhe „auf tönernen Füßen“, weil die von *Burchard* angenommene „Freiheit von gesetzlicher Bindung“ bei der Errichtung seines Gedankengebäudes nicht bestehe, als unberechtigt erscheinen lässt.

II. In Vorarbeiten (S. 18-53) verneint *Burchard* die Frage, ob die objektive Zurechnung eines im error in persona herbeigeführten Erfolges dann ausscheiden muss, wenn sich die Objektverwechslung als zufällig darstellt. Die objektiv

zurechnungsausschließende Wirkung eines zufälligen Ereignisses sei „nicht auf die Handlungsentstehung zu erstrecken“ (S. 30-32), weil die Unvorhersehbarkeit der Personenverwechslung des Haupttäters durch eine außenweltliche Zufälligkeit induziert werde und weil der zufällige error in persona den irrelevanten Bereich der Tatvorbereitung betrifft. Das überzeugt: Da die Willensbildung nicht Gegenstand des vom Täter zu Kennenden – nicht Zurechnungsgegenstand – ist, sondern den Grund für die Zurechnung bildet, ist die Frage, ob die Willensrichtung „zufällig“ abweicht, kategorienfehlerhaft gestellt, weil sie an die Zurechnungsgrundlage mit Kriterien herangeht, die nur den Zurechnungsgegenstand betreffen – die objektive Zurechnung erfasst nur dem objektiven Tatbestand zu subsumierende Umstände, nicht aber die Täterpsyche selbst. Verallgemeinert: Außerhalb des als „Schuld“ bezeichneten Bereichs, in dem individuelle Defizite bei der Willensbildung begrenzt berücksichtigungsfähig sind, ist kein Raum für die Berücksichtigung von Zufälligkeiten bei der Willensentstehung.

Zur Rose-Rosahl-Konstellatation wirft *Burchard* sodann die verwandte Frage auf – vorläufig ohne sie zu beantworten –, ob die objektive Zurechnungsbeziehung einer vom angestifteten Haupttäter im „zufälligen“ error in persona begangenen Haupttat zum Anstifter durch die Zufälligkeit der Willensbildung des Vordermanns ausgeschlossen wird. Sowohl die Rose-Rosahl-Konstellatation als auch die Fallenstellerszenarien stellen nach Meinung des *Autors* Mischformen zwischen aberratio ictus und error in persona dar (S. 34-36). Weil der Hintermann bzw. Fallensteller die „vorhersehbare Unvorhersehbarkeit der Willensbildung seiner Mitmenschen, derer er sich zur Tatausführung bedienen will und muss“, übersieht, vermöge eine solche Fehlvorstellung den Täter nicht vorsatzausschließend zu privilegieren, äußert *Burchard* später (S. 499-502). Ähnlich nähert sich *Burchard* den Blutrausch-, dolus-generalis- und Tatobjektswechselfällen (S. 36-49). Die entscheidende Fragestellung laute hier, ob ein nicht zurechenbares Zweitverhalten durch Rückgriff auf ein Erstverhalten des Täters übergangen werden kann. Die Hauptschwierigkeit sieht *Burchard* dabei in der Aberkennung der Handlungsqualität des Zweitverhaltens, die Voraussetzung für die zurechnungskonstitutive Beseitigung des Regressverbots sei und die *Burchard* an späterer Stelle seiner Arbeit (S. 385-391) sowohl für den Vorsatzwechsel als auch für die dolus-generalis-Fälle bejahen möchte, für Blutrauschszenarien aber ein Regressverbot annimmt.

III. Die Erörterung des eigentlichen Hauptthemas beginnt *Burchard* in dem mit „Vorsatz und Irrtum“ überschriebenen umfangreichsten Kapitel des ersten Teils (S. 55-118). Sie erstreckt sich über den gesamten zweiten Teil („Legitimierung“, S. 119-485) und erfährt im dritten Teil eine „Dogmatisierung“ (S. 497-502).

1. In Vorüberlegungen stellt *Burchard* klar, dass es sich beim „Vorsatz“ um ein von der vom Täter real erlebten, notwendig konkretisierten „Vorstellung“ zu unterscheidendes Urteil – eben das „Vorsatzurteil“ – handelt (S. 60-64). Im Anschluss daran belegt *Burchard* die oftmals anzutreffende „naturalistische Gleichsetzung von deskriptiv wiedergegebener Vorstellung und askriptivem Vorsatzurteil“ mittels der

heute überwundenen Vorsatzform des *dolus generalis* (S. 66-69): Die Zurechnung des Erfolges zur vorsätzlichen Ersthandlung sei nur über ein latentes normatives Vorsatzverständnis zu erklären, das *Burchard* auch beim Irrtum über den Kausalverlauf ausmacht (S. 72-77).

2. a) In der Irrelevanz des *error in persona* erkennt *Burchard* einmal mehr psychologische Fiktionen (S. 79 ff.) und billigt zur *aberratio ictus* der herrschenden Konkretisierungstheorie zu, einen argumentationstheoretischen Fehler der „Vollendungslösung“ offenzulegen, indem der Wille des Täters, ein bestimmtes Tatobjekt anzugreifen, „in eine fiktive Angriffsrichtung gegen irgendein beliebiges Objekt umgewandelt“ werde, erkennt aber eine Vermengung von „Vorstellungs-Feststellung und Vorsatz-Urteil“ („unzulässige psychologische Fiktion“, S. 82 f.). *Burchard* stellt klar, dass es sich bei der *aberratio ictus* um einen Sonderfall des Irrtums über den Kausalverlauf handelt (S. 87 f.), dessen Beachtlichkeit nicht mit der „Wesentlichkeit der Drittschädigung“ gerechtfertigt werden kann, weil diese zu viel leistende Argumentation auch für den *error in persona* Gültigkeit beanspruchen müsste. Gleichwohl lasse sich die Versuchslösung bei der *aberratio ictus* mit der Vollendungslösung beim *error in persona* versöhnen, indem man der Lokalitätsvorstellung des Täters normativ „eine herausragende vorsatzbegriffliche Rolle“ beimisst und dabei die „Identitätsvorstellung marginalisiert“ (S. 89 f.).

b) Seine Bedenken gegen sämtliche bislang zur *aberratio ictus* vertretenen Ansätze führen *Burchard* an späterer Stelle (S. 436-486) zur Präsentation einer „objektiven Konkretisierungstheorie“, mit der die Vorsatz- durch eine objektiv verstandene Konkretisierungstheorie, mit der das Vorsatz- durch ein objektiv verstandenes Konkretisierungskonzept ersetzt werden soll. Die Frage, welches Gattungsobjekt das eigentlich vom Täter angegriffene ist, beantwortet ein „komparatives Konzept, das die Bedeutung der durch die Tat ausgelösten Schutzansprüche zueinander in Relation setzt und gewichtet“ (S. 295 f.). Weil die dabei vorzunehmende Hierarchisierung nicht der Kompetenz des „irrtumsanfälligen und häufig finalohnmächtigen Täters“ überlassen werden soll, wird die Individualisierung des Angegriffenen „entpsychologisiert“. *Burchard* bezeichnet dieses Konzept, das er besonders eindrucksvoll anhand der *aberratio ictus* darstellt, als „Vorsatz trotz Irrtum“ (S. 318 ff., 371 ff.). Die Bestimmung des Opfers dürfe bei *vorsätzlichem* Täterhandeln objektiv erfolgen, weil ein rein objektiver Maßstab dem Täter dort nichts Unerfüllbares abverlangt, wo dieser sich „gegen das Recht verschwört“ und „zur Gewalt gegen seine Mitmenschen versteigt“ (S. 383 f.). Für die Zurechnung des an einem anderen als dem vorgestellten Tatobjekt eingetretenen Erfolgs sei entscheidend, ob an dem anvisierten Tatobjekt objektiv eine konkrete Gefährdung eingetreten ist – dann habe der Täter bereits in dessen Freiheitssphäre eingegriffen, und eine vorsatzdeliktisch relevante Zurechnung des Erfolges am verletzten Dritten müsse unterbleiben; andernfalls könne der Erfolg dem Täter vorsatzdeliktisch zugerechnet werden, denn die Angriffsrichtung der Tat (und damit der Angegriffene) sei noch nicht über eine objektive, durch eine konkrete Gefahr zu

bestimmende Konkretisierung des Vorsatzes festgelegt worden (S. 438). *Burchard* begründet die Einbeziehung des Angegriffenen in die Angriffsrichtung des vorsätzlichen Verletzungsdelikts (S. 448-450) damit, dass ein Strafrecht, „das sich nicht als retrospektives Sanktions-, sondern als prospektives Schutzrecht versteht“, „Vorrangregeln formulieren“, also klären müsse, welchem Tatobjekt der Schutz des Strafrechts durch die vorsatzdeliktische Schutznorm zukomme, und welchem „nur“ der Schutz der fahrlässigkeitsdeliktischen Schutznorm (S. 451), weil der Vorsatz „verbrauchbar“ sei (S. 289 ff.) und deshalb nur *entweder* der von der Tätersvorstellung erfasste *oder* der objektiv getroffene Mitmensch als Tatobjekt eines Vorsatzdelikts in Frage komme. Deliktssystematisch geht es bei dieser faszinierenden Konzeption nicht um Erfolgsszurechnung zum Vorsatz, sondern um eine Frage der objektiven Zurechnung (S. 454-465); gleichwohl betont *Burchard* den Unterschied der von ihm in die Tatbestandsdogmatik eingeführten Achtung des „Subjekt-Status des achtens- und schützenswerten Mitmenschen“ zu den sonstigen Topoi der objektiven Zurechnung, in denen es nicht um den Geschädigten bzw. den Angegriffenen ging, sondern lediglich um „jene Sachverhalte als Repräsentanten der Freiheit des echten Täters“ ausgeschieden würden, die der Täter „schlechterdings in seine Folgenkalkulation nicht einzustellen vermochte“ (S. 454). Die Frage des Vorsatzes und seines Inhalts stellt sich für *Burchards* also erst dort, wo der Anvisierte bereits konkret gefährdet worden ist, die Tat sich aber gleichwohl gegen einen Dritten wendet. Für solche Fälle nimmt *Burchard* vom Kernanliegen seiner den Schutz des „vorrangig durch die Tat betroffenen, achtens- und schützenswerten [konkret gefährdeten] Mitmenschen“ objektiven Konkretisierungstheorie aus folgerichtig einen Versuch am Gefährdeten an.

c) Dieses Konzept, nach dem die Zurechnung eines eingetretenen Erfolges zur vollendeten Tat davon abhängt, dass das letztlich geschädigte Tatobjekt konkret gefährdet worden ist, gibt Anlass zur Hinterfragung: Bezüglich des gefährdeten wie des anvisierten Tatobjekts hat das Strafrecht versagt. *Schutz* kann ihm deshalb *pro praeterito* durch Strafe nicht mehr vermittelt werden. Es geht in einem sich „als prospektives Schutzrecht“ begreifenden Strafrecht folglich nur darum, generalpräventiv *pro futuro* zu kommunizieren, dass der Täter (im Vollendungsfalle) final in die Sphäre eines Anderen eingegriffen hat bzw. (im Versuchsfalle) ein solches finales Eingreifen misslungen ist. In einem strikt generalpräventiv dem Schutz von Rechtsgütern verpflichteten Strafrecht läge es jedenfalls nicht fern (S. 400-403), die von einem allgemeinen deliktischen Willen getragene, vorsatzdeliktische Verletzung eines Anderen als des Anvisierten auch dann zu bejahen, wenn zugleich ein anderer konkret gefährdet wurde. Dass diese Begründung einer strikten Vollendungslösung indes zu grobschlächtig wäre, wird deutlich, wenn man den Zweck der Verhängung der Sanktion Strafe nicht unmittelbar im Schutz von Rechtsgütern sieht – vor einer geschehenen Rechtsgutsbeeinträchtigung kann die Sanktion Strafe nicht schützen –, sondern im Schutz der durch die Tat angegriffenen Verhaltensnorm; erst die Verhaltensnorm, deren Befol-

gung die Sanktionsnorm mittels Strafe allein bezweckt, hat den Schutz von Rechtsgütern unmittelbar zum Gegenstand. Strafe trachtet also nicht absolut, sondern nur – pro futuro und gleichsam mittelbar über die Vermittlung von Verhaltensnormen – nach Rechtsgüterschutz. Damit ist Sanktionsvoraussetzung der Bruch einer Verhaltensnorm und genau deshalb die Existenzberechtigung der bei *Burchard* zentralen Kategorie „Schutznorm“ angreifbar: Weil das Strafrecht in der Gestalt von Sanktionsnormen lediglich mittels der Verhängung von Strafe die Beachtung von außerhalb des Strafrechts liegenden, von diesem vorgefundenen und an diese akzessorisch anknüpfenden Verhaltensnormen schützt, kann das Strafrecht selbst keine eigene Schutznorm aufstellen, sondern ist auf die Gewährung außerstrafrechtlicher, vom Strafrecht vorgefundener subjektiver Rechte angewiesen und kann diese auch nur in dem vom Strafrecht bereits vorgefundenen Maße über die Aufstellung von Verhaltensnormen schützen. Strafrechtlichen Verhaltensnormen kommt bei einer solchen Betrachtungsweise keine (eigene, Rechte des Opfers konstituierende) Distributiv- oder Gewährleistungsfunktion zu. Kann das Strafrecht subjektive Rechte nicht selbst schützen, sondern nur für die Beachtung von Verhaltensnormen sorgen, so bedarf die Differenzierung des Tatopfers je nach Eintritt einer objektiven Gefährdung einer über den bloßen Schutzgedanken hinausgehenden Legitimation.

Weiterhin: Definiert man den Gefährdungsbegriff mit *Burchard* über ein Wahrscheinlichkeitsurteil (S. 439-445), so dürfte in den Abweichungsfällen, in denen der Erfolg nicht über eine konkrete Gefährdung des getroffenen Abweichungsobjekts vermittelt wird, sich der eingetretene Taterfolg von vornherein als derart unwahrscheinlich darstellt, dass der Taterfolg an diesem Tatobjekt nicht als vom Täter ins Werk gesetzt anzusehen ist. Mithin „erledigt“ schon die allgemeine Kategorie der objektiven Zurechnung auf der Ebene des objektiven Unrechtstatbestands den Ausschluss der Zurechnung eines nicht über eine objektive Gefährdung vermittelten Erfolges, und zwar ohne dass die Tätersvorstellung noch irgendeine Rolle spielte – von einer Irrtumskonstellation kann dann von vornherein nicht die Rede sein. Es könnte dann kein Abweichungsfall auftreten, in dem die objektive Zurechnung zu bejahen wäre; sie wäre vielmehr bereits über das allgemeine Vorhersehbarkeits-, Wahrscheinlichkeits- oder Adäquanzurteil zu verneinen. Damit bewirkt das „objektive Konkretisierungskriterium“ *Burchards* keine eigenständige Einschränkung oder Erweiterung der Vollendungszurechnung, neu wäre nur die Rubrifizierung im *objektiven* Unrechtstatbestand, und ein Unterschied zu jenen Sachverhalten, die der Täter „schlechterdings in seine Folgekalkulation nicht einzustellen vermochte“ (S. 454), wäre nicht zu erkennen. Freilich steht und fällt das hier vorgetragene Argument mit der Prämisse, dass konkrete Gefährdung und Zufall Komplementärbegriffe sind (vgl. S. 451 f. m. Fn. 133).

d) Dass der Eintritt einer objektiven Gefährdung eines Tatobjekts im Hinblick auf die Verletzung eines anderen Tatobjekts bereits *objektiv* zurechnungsausschließend wirkt, betont *Burchard* mehrfach. Jedoch kommt damit die Folgefrage auf, ob mit *Burchards* Vorgehensweise die Problematik nicht einfach auf eine andere Ebene verschoben wird: Ist die

objektive Konkretisierung über eine objektive Gefährdung als Verlaufsmerkmal *essentiale* für die Zurechnung des Erfolgs zum irrtumsbefangenen Täter (S. 449), so müsste gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ja eigentlich weiter gefragt werden, wann eine objektive Gefährdung ihrerseits zum Vorsatz zuzurechnen ist. Damit stellt sich die Frage der subjektiven Zurechenbarkeit, die *Burchard* soeben über das Kriterium der objektiven konkreten Gefährdung aus dem die Grundlage des Vorsatzes bildenden kenntnisbedürftigen Sachverhalt eliminiert hat, an anderer Stelle erneut. Da nun die (subjektive) Willenskonkretisierung des Täters nach *Burchard* nur einen „in das konkrete Gefährdungsurteil aufzunehmenden handfesten Realfaktor“ darstellt, nicht aber für sich genommen schon eine hinreichende Grundlage der Zurechnung einer gesehene Gefährdung bildet (S. 452 f.), läuft die „objektive Konkretisierungstheorie“ darauf hinaus, einen objektiv zurechenbaren Erfolg stets auch subjektiv zum Vorsatz zuzurechnen. *Burchard* dürfte darin keinen Schaden sehen, weil er es für „verantwortungsethisch [...] richtig“ hält, „die Vorsatzzurechnung anhand eines Fahrlässigkeitsmaßstabes durchzuführen“ (S. 453 m. Fn. 136).

e) Was darüber hinaus gelten soll, wenn mehrere Tatobjekte konkret gefährdet oder gar verletzt werden, der Täter aber nur eines von beiden verletzen möchte, behandelt *Burchard* ebenfalls (S. 485 f.): Werden mehrere Tatobjekte gleichzeitig konkret gefährdet, begrenzt der Vorsatz des Täters die Anzahl der Tatobjekte aber auf eines, so versagt das Kriterium der objektiven Konkretisierung der Angriffsrichtung, weil kein temporales Rangverhältnis der Freiheitssphärenbeeinträchtigungen konstatiert werden kann. Weil sich ein Vorrang einer Freiheitssphärenbeeinträchtigung nicht ausmachen lässt, indes die „Daseinsgewissheit beider Opfer [...] gleichermaßen erschüttert“ sei, plädiert *Burchard* – von seiner am Opferschutz orientierten Werte aus höchst konsequent – für die Anwendung des prozessualen Instituts der echten Wahlfeststellung.

3. Als „Basis der Vorsatzurteils“, als „psychologischer Minimalbezug des Täters zur Tat“, fungieren bei *Burchard* die „Vorstellungsbilder des Versuchs“ (S. 101). Auf der Grundlage dieses Vorstellungsbildes wendet sich *Burchard* konsequent verantwortungsethisch beispielsweise gegen die Relevanz eines besonderen „Versuchsbeendigungsvorsatzes“ (S. 105 ff., 434 ff.), weil der Täter sich anmaße, „das Schicksal eines Mitmenschen in die eigenen Hände nehmen“ und den Zeitpunkt des Erfolgseintritts bestimmen zu können (S. 435). Sehr zugespitzt tritt an dieser Stelle die Vorliebe *Burchards* hervor, den Angreifer bzw. Täter, in die „Pflicht“ zu rufen (S. 435 f.) und ihm die Berufung auf einen andersgearteten Weltgestaltungswillen angesichts seiner beschränkten Gestaltungsfähigkeit zu versagen. Ganz allgemein spricht *Burchard* von einer „verantwortungsethische[n] Pflicht, im Falle eines rechtsgutsfeindlichen Ausgreifens in die Welt [...] alle vorhersehbaren Folgen mitzubedenken“ (S. 371). Doch sind Herkunft wie Existenzberechtigung dieser „Pflicht“ normtheoretisch zweifelhaft; der Geschädigte kann vom Täter regelmäßig nicht verlangen, dass dieser sich der eigenen Finalohnmächtigkeit gewahr wird, sondern nur, dass die den Geschädigten schützende Verhaltensnorm befolgt wird.

Das von Burchard „Vorsatz trotz Irrtum“ (S. 318 ff., 371 ff.) genannte Konzept beinhaltet somit normtheoretisch keine *Pflicht*. Auch wird damit keine sonstige rechtstheoretisch bedeutsame *Verhaltens*erwartung in Form einer *Obliegenheit* formuliert: Ein mit den notwendigen menschlichen Beschränktheiten versehener Täter müsste, um die Obliegenheit zu erfüllen, zugleich auch immer der Verhaltensnorm Folge leisten, weshalb weder eine isolierte Erfüllung der Obliegenheit noch eine Verhaltensnormwidrigkeit ohne gleichzeitige Obliegenheitswidrigkeit denkbar ist; denn einem zur Tatbegehung entschlossenen Täter gibt nicht das abstrakte Wissen um die eigene Unvollkommenheit, sondern nur die konkrete Einsicht in die Irrtumsbefangenheit seines Handelns Anlass zur Abstandnahme von der Tat. Hat die „Erkenntnisobliegenheit“ damit keine eigene Funktion, so ist sie lediglich als zurechnungstheoretischer Argumentationstopos, als Quintessenz einer verantwortungsethischen Irrtumslehre einzuordnen.

4. Die verantwortungsethisch aufgeladene „Pflicht“ zur Vergegenwärtigung der eigenen Finalohnmächtigkeit gerät auch dort in den Blick, wo Burchard sie dazu verwendet, einem vorsätzlich operierenden Täter die Berufung auf für ihn *subjektiv* Unvorhersehbares dort zu versagen, wo die Verantwortungsethik über den Täter und sein Handeln das Urteil fällt, vorsätzlich gehandelt zu haben (S. 381-384). Da Burchard einen der Tatbestandserfüllung hinreichend ähnlichen Sachverhalt als psychologische Basis des Vorsatzurteils ausreichen lassen und schon auf dieser Grundlage einen dem Täter individuell unvorhersehbaren Erfolg zum Vorsatz zurechnen will, setzt sich hier das Konzept „Vorsatz kraft Irrtum“ gegen das Konzept „Vorsatz trotz Irrtum“ durch; denn wo eine Folge nicht vorhersehbar ist, dort kann der Täter die eigene Finalohnmächtigkeit nicht erkennen, weshalb es – so sollte man meinen – an der Legitimationsbasis fehlt, um dem Täter einen Erfolg zuzurechnen, den er nicht (oder nicht so, sondern nur tatbestandlich ähnlich) vorausgesehen hat.

a) Burchard tritt dennoch dafür ein, das für das Fahrlässigkeitsdelikt maßgebliche individualisierende Urteil über die Vorhersehbarkeit des Erfolges beim Vorsatzdelikt nicht zu berücksichtigen. Wenn unter Anlegung verantwortungsethischer Maßstäbe das Vorsatzurteil gefällt worden ist, so ist es nach Burchard einerlei, ob der Täter *individuell* einen objektiv zurechenbaren Erfolgseintritt vorhersehen konnte. Die damit einhergehende Absage an die Parallelität von Vorsatz- und Fahrlässigkeitszurechnung begründet Burchard damit, dass die „Individualisierung der Folgenverantwortung“ als „Kernstück der Fahrlässigkeitshaftung“ (S. 381) unverzichtbar sei, weil „eine nur objektiv bestimmte Fahrlässigkeitshaftung inhuman“ wirke „und nach einem individualisierenden (Vorhersehbarkeits-)Maßstab“ verlange, andererseits aber der „leistungsschwache Vorsatztäter“ sich nicht darauf berufen dürfe, „dass er nicht dazu in der Lage war, eine objektiv vorhersehbare Folge individuell vorherzusehen“ (S. 383). Dies scheint in einem verantwortungsethisch aufgeladenen Zurechnungssystem plausibel, weil mit dem Vorsatzurteil ausgedrückt wird, dass der Erfolg willentlich in die Welt gesetzte Konsequenz des Täterhandelns ist. Jedoch würde

diese Begründung auch die Vorsatzzurechnung eines *objektiv* nicht zurechenbaren Erfolges tragen. Dem begegnet Burchard, indem er ergänzend die Erwägung heranzieht, dass der leistungsschwache Fahrlässigkeitstäter für sein Zurückbleiben hinter den Verhaltenserwartungen nichts kann, dagegen beim Vorsatzdelikt „der Leistungsschwache in rechtsgutsfeindlicher Absicht [...] durch seine Entscheidung gegen das Rechtsgut“ bewusst das Risiko eingeht, „dass er anhand eines objektiven Maßstabes, der ihn überfordern mag, bewertet wird“ (S. 384). Weil Burchard zwischen dem objektiv Zuzurechnenden als Teil der Verhaltensvorgabe und dem Vorsatz bzw. der Individualisierung des Vorhersehbarkeitsurteils als Bestandteil der Zurechnungsgrundlage trennt, ist gegen die normtheoretische Konstruktion, die kraft Vorsatzurteils die Frage nach der individuellen Vorhersehbarkeit überflüssig macht, nichts einzuwenden.

b) Dass die Argumentation mit der Rechtsfeindlichkeit des Vorsatztäters, welche die fahrlässigkeitspezifische Individualisierung des Vorhersehbarkeitsmaßstabes überflüssig mache, nur bei real gegebener Rechtsfeindschaft, die Burchard im Unrechtsbewusstsein erblickt, funktioniert, sieht der Autor selbst (S. 383 m. Fn. 547): Weil ein im (vermeidbaren) Verbotsirrtum handelnder Täter „nicht als Rechtsuntreuer auf(tritt)“, sondern „sich, was ihm verantwortungsethisch in der Schuld zum Vorwurf gemacht wird, als Rechtstreuer“ denkt, könnte „eine Individualisierung des Vorhersehbarkeitsmaßstabes auch im Rahmen der Vorsatzdelikte [...] angedacht werden“. Offenbar soll sich also das Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums auf den subjektiven Unrechtstatbestand auswirken und dort darüber entscheiden, ob im konkreten Einzelfall dem Täter ein subjektiv-individuell nicht vorhersehbarer Erfolg zum Vorsatz zugerechnet werden kann. Dazu ist *erstens* zu erinnern, dass Burchard, indem er den Verbotsirrtum des Täters mit dem Vorliegen von Rechtstreue gleichsetzt, eine formelle Schuld voraussetzt, nämlich das bisweilen höchst behelfsmäßig als „potentielles Unrechtsbewusstsein“ bezeichnete (vermeidbare) Fehlen des Unrechtsbewusstseins mit einem Kriterium materieller Schuld vermischt, nämlich dem Mangel an Rechtstreue. Beide Begriffe sind auf der Grundlage der Schuldtheorie, wie Burchard an anderer Stelle sieht (S. 361 f.), jedoch nicht kongruent. Mit dem Fehlen des Unrechtsbewusstseins als einem psychischen Faktum ist nämlich noch nicht ausgemacht, dass der Täter „nicht als Rechtsuntreuer“ aufgetreten ist; gerade ein auf Rechtstreue beruhender Verbotsirrtum soll den Täter nicht entlasten, eben weil auch das vermeidbare Fehlen von Unrechtsbewusstsein Ausdruck fehlender Rechtstreue sein kann. Demgegenüber scheint Burchard hier von echter Rechtsuntreue schon dann auszugehen, wenn dem Täter das Unrechtsbewusstsein zum Tatzeitpunkt fehlte, mag der Verbotsirrtum auch vermeidbar gewesen sein. Daher ist Jakobs' Vermutung, Burchard sage „Verantwortung für den Irrtum“ und beziehe „dabei die Plausibilität seiner Argumente aus dem Bereich des *dolus indirectus*“, weil nach Burchard nur der „Irrtum im engeren Sinne“ entlastet (HRRS 2009, 456, 457), dahin zu präzisieren, dass es genau genommen um eine Synthese des *dolus malus* mit dem *dolus indirectus* geht.

An dieser Annahme ist aus Sicht des Rezensenten allenfalls die ihr zugrunde liegende, soeben dargestellte kategoriale Konfundierung von Kriterien formeller und materieller Schuld zu beanstanden. Dass „eine Individualisierung des Vorhersehbarkeitsmaßstabes auch im Rahmen der Vorsatzdelikte [...] angedacht werden“ kann, wo der Täter im Verbotsirrtum (scil. nach *Burchard* nicht rechtsfeindlich) handelt, führt – *zweitens* – jedoch zu einer Gemengelage von Unrecht und Schuld, weil dem Vorliegen oder Nichtvorliegen eines in der Schuld untergebrachten formellen Zurechnungskriteriums Einfluss auf die Anforderungen des Unrechtstatbestandes eingeräumt wird. Nach *Burchard* soll ja die *Vorsatzzurechnung* beim im (vermeidbaren) Verbotsirrtum handelnden Täter (auch) davon abhängen, dass der Täter individuell die Erfolgsherbeiführung erkennen kann, wohingegen die individuelle Erkennbarkeit beim mit Unrechtsbewusstsein Handelnden für das Vorsatzurteil irrelevant sei. Dass damit die Trennbarkeit von Unrecht und Schuld nicht nur formal (dazu sogleich im Text), sondern auch materiell zur Disposition gestellt ist, sei hier nur angemerkt.

5. Das Verhältnis von Unrecht und Schuld ist an mehreren Stellen der Arbeit Gegenstand ausführlicher Darlegungen. So behandelt *Burchard* die „Unrechtsfigur“ des Vorsatzes ausdrücklich in Abhängigkeit von der Strafbegründungsschuld (S. 246 ff.): Er legt mit selten anzutreffender Klarheit dar, dass die herrschende Meinung den psychologischen Gehalt des Vorsatzes unter Rückgriff auf Schuld-elemente definiert, „indem sie ein voluntatives Vorsatzelement zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium kürzt“ (S. 247), dass die angebliche Vorsatzfähigkeit eines Schuldfähigen im Unrechtsbereich auf einer Fiktion von Schuldfähigkeit (S. 243 f.) beruht. Die Trennung von Unrecht und Schuld erhält *Burchard* – entsprechend der herrschenden Unterscheidung von unrechtslimitierter Verhaltensnorm und schuldeinbeziehender Sanktionsnorm – aufrecht (S. 244, 251), will das Vorsatzurteil aber dennoch schuldorrientiert auslegen (S. 255 f.): Weil der Schuldspruch „beherrscht [wird] vom einem Primat abstrakter Tatbestandsmerkmale“ und „die Bewertung der subjektiven Beweggründe, Ziele und Gesinnungen [...] dem Rechtsfolgenausspruch [...] vorzubehalten“ sei, sollte die „Trennung zwischen Strafbegründung und Strafzumessung auch in der Irrtumsdogmatik fruchtbar gemacht werden dürfen“. *Burchard* hält es mit dieser Begründung für legitim, die vom Täter objektiv bewirkte Tatbegehung subjektiv zuzurechnen, „sofern der vorgestellte und der tatsächlich eingetretene Geschehensverlauf deliktstatbestandlich gleichwertig sind“ (S. 261). Aber in Wahrheit geht es nicht um einen Zusammenhang zwischen der Strafbegründungsschuld und dem Vorsatzurteil, sondern um eine *schuldspruchbezogene* Bewertung des Vorsatzurteils, wobei Voraussetzung und Folge vertauscht werden: Erst dann kann ein Unwerturteil über den Täter und sein Verhalten im Schuldspruch abstrakt zum Ausdruck gebracht werden, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind. Daher kann nicht umgekehrt bei der Bestimmung des Abstraktionsgrades seiner Voraussetzungen mit der Abstraktheit des Schuldspruchs argumentieren. Indem der Vorsatz im Lichte des Schuldspruchs ausgelegt und damit die Deliktkategorien Unrecht

und Schuld über den einen Leisten des Schuldspruchs geschlagen werden, mutet man dem zuvörderst prozessualen, an das materielle Strafrecht akzessorisch anknüpfenden Institut des Schuldspruchs vermutlich zu viel zu.

6. Die Anwendung verantwortungsethischer Prinzipien zieht sich als roter Faden durch *Burchards* gesamte Arbeit. *Burchard* thematisiert sie etwa unter dem Gesichtspunkt der „*Folgenverantwortung* wegen potentieller Finalmacht“ in Auseinandersetzung mit *Welzel* und *Zielinski* (S. 318 ff.) und in einem Streifzug durch die subjektive Folgenverantwortung im Spannungsfeld von Gesinnungs- und Verantwortungsethik (*Aristoteles*, *Kant*, *Hegel* und *Max Weber*, S. 328-357); anschließend konstatiert *Burchard*, originär strafrechtliche „*Bezüge zu Weber* und seiner Verantwortungsethik“ seien einzig bei *Welzel* zur Bedeutung des vermeidbaren Verbotsirrtums auszumachen.

Von höchstem schulddogmatischen Erkenntniswert sind die anschließenden Schlussfolgerungen, die *Burchard* aus der Kontroverse zwischen *Welzel* und *Engisch* bezüglich der Interpretation der *Weberschen* Verantwortungsethik (S. 358-362) zieht: Mit einer verantwortungsethischen Herangehensweise an die Verbotsirrtumsdogmatik ist noch nicht entschieden, *wie* ein vermeidbar über die Verbotenheit seines Handelns Irrender zu bestrafen ist! Dass nach *Welzel* das auf Unrechtsebene gefällte Vorsatzurteil auf Schuldebene nicht von der bewussten Auflehnung des Täters gegen die Rechtsordnung abhängen soll und beim vermeidbaren Fehlen des Unrechtsbewusstseins nicht in Richtung Fahrlässigkeit korrigiert wird, führt *Burchard* darauf zurück, dass es „der verantwortungsethische Vorwurf, die eigene Gesinnung nicht kritisch überprüft zu haben, rechtfertigt [...], den subjektiv Rechtstreuen wegen Rechtsuntreue – d.h. wegen vorsatzdeliktischer, rechtsfeindlicher Tatbegehung – zur Verantwortung zu ziehen“ (S. 360 f.). *Burchard* erkennt demgegenüber mit *Engisch*, dass der vermeidbare Verbotsirrtum ja auch nach der Vorsatztheorie nicht per se in die Strafflosigkeit führt, weshalb das Begriffspaar Gesinnungsethik/Verantwortungsethik sich nicht eignet, „den Gegensatz von Vorsatztheorie und Schuldtheorie zum Ausdruck zu bringen.“ Weil auch nach der Vorsatztheorie gegebenenfalls aus einem Fahrlässigkeitstatbestand zu bestrafen wäre, geht es bei der Übertragung des Begriffspaares Gesinnungsethik/Verantwortungsethik auf die strafrechtliche Behandlung des vermeidbaren Verbotsirrtums letztlich um die Frage, ob eine „*Verantwortlichkeit* eigener Art, eben die der Rechtsfahrlässigkeit“ begründet wird oder „eine *Ausdehnung und Vertiefung* einer *bestehenden Verantwortlichkeit*, eben jener des Vorsatzdelikts“, also nur um „einen Unterschied des Umfang und des Grades“ (S. 361).

IV. *Burchard* hat einen faszinierenden Streifzug durch die Grundlagen des Strafrechts unternommen und dabei nicht nur frischen Wind in die Diskussion um die Normativierung des Vorsatzurteils gebracht, sondern sich gleichsam im Vorbeiflug auch an einigen anderen alten Zöpfen mit scharfer Schere zu schaffen gemacht. Gleichwohl wirkt das Werk wegen seiner fundierten philosophischen Absicherung an keiner Stelle ikonoklastisch. Dass hier gleichwohl einige wenige Punkte kritisiert wurden, liegt allein an der Streitbar-

keit von *Burchards* Ergebnissen. Auch wer kein spezifisches Faible für Verantwortungsethik hat und sich nicht besonders für Vorsatzdogmatik, sondern „nur allgemein“ für tiefsinnige strafrechtlich-rechtsphilosophische Literatur interessiert, wird in „Irren ist menschlich“ auf eine wahre Fundgrube an interessanten Erkenntnissen stoßen.

Ass. iur. Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe

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

Andreas Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 209, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2009, 214 S., € 58,-

Die Frage der Beteiligung bei Unterlassungen zählt zweifellos zu den „Klassikern“ der strafrechtlichen Streitstände. Obwohl seit Jahrzehnten unaufhörlich entsprechende Versuche unternommen werden, ist es bisher nicht gelungen, eine allgemein anerkannte Theorie zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten zu entwickeln. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht übertrieben, wenn man feststellt, dass sich *Mosenheuer* mit seiner Augsburger Dissertation thematisch an das „Hochreck der Dogmatik“ begeben hat. Inhaltlich werden die entsprechend hohen Erwartungen an die Arbeit zwar keineswegs enttäuscht, aber auch nicht vollumfänglich befriedigt.

Nach der Charakterisierung des Unterlassens als „Nichtvornahme einer Körperbewegung“ (S. 24) befasst sich *Mosenheuer* im ersten von insgesamt fünf Kapiteln mit der (umstrittenen) Frage der Abgrenzung zu den Begehungsdelikten. Insoweit geht der *Autor* zunächst auf die sogenannte „Konkurrenzlösung“ ein (S. 26 ff.), die auf eine Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen gänzlich verzichtet und stattdessen eine Klärung der Problematik auf der Ebene der Konkurrenzen bevorzugt. Hier soll dann der Grundsatz gelten, dass die Unterlassung – sofern sie sich auf denselben tatbestandlichen Erfolg bezieht – hinter das durch aktives Tun verwirklichte Delikt aufgrund materieller Subsidiarität zurücktritt, weil erstere die weniger intensive Angriffsform darstellt (S. 27). Anhand von vier geschickt ausgewählten Beispielen (u.a. „Ziegenhaarfall“, S. 27 f.) zeigt *Mosenheuer* sodann überzeugend, dass die Vertreter der Konkurrenzlösung in allen typischen Konstellationen zu denselben Ergebnissen gelangen wie diejenigen, die mit Hilfe der „Schwerpunkt-Formel“ bzw. eines Energie- oder Kausalitätskriteriums eine wertende Abgrenzung vornehmen (S. 33). Da eine solche aber von zahlreichen Vertretern in der Literatur in bestimmten Fällen als unerlässlich angesehen wird, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen, setzt sich der *Autor* mit den insoweit einschlägigen Fallgruppen intensiv auseinander (S. 33 ff.). Hierbei geht es um Sachverhaltskonstellationen, in denen ein Tun in ein Unterlassen umgedeutet werden soll, um das jeweils rechtspolitisch wünschenswerte Resultat zu erreichen. Diesbezüglich kommt *Mosenheuer* aber z.B. für die Fallgruppe des „technischen Behandlungsabbruchs“ zu dem Schluss, dass es weder erforderlich noch sinnvoll sei, das Abschalten eines Respirators durch den Arzt als Unterlassen einzustufen, weil man die zu befürwortende Straflosigkeit des Mediziners auch über § 34 StGB erreichen könne (S. 42 ff.). Dies ist in der Tat der bessere Weg, weil aller argumentativer Aufwand nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass das Drücken eines Knopfes letztlich doch die Vornahme einer Körperbewegung bedeutet und damit gerade kein Unterlassen. Auch für die anderen problematischen Fallkonstellationen (u.a. Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch, S. 37 ff. und

omissio libera in causa, S. 49 f.) weist der *Autor* dezidiert nach, dass eine Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht notwendig und zum Teil sogar kontraproduktiv ist, weil sie den Blick auf die eigentlichen Sachargumente (Fragen der Erfolgszurechnung und Rechtfertigung) verstellt (S. 51).

Im Anschluss daran überprüft *Mosenheuer* die von ihm bevorzugte Konkurrenzlösung vor dem Hintergrund des § 13 Abs. 2 StGB, indem er fragt, ob es denn sachgerecht sei, dem Täter in sämtlichen Fällen, in denen er den Tatbestand durch aktives Tun verwirklichte, die Berufung auf die in der vorgeannten Norm verankerte fakultative Strafmilderung zu verweigern (S. 54). Da aber nichts dafür spricht, einen Begehungstäter in den „Genuss“ von § 13 Abs. 2 StGB kommen zu lassen, verneint der *Autor* dies mit Recht (S. 57).

Im Zentrum des zweiten Kapitels stehen sodann grundlegende Überlegungen zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Nachdem sich *Mosenheuer* zunächst mit ausführlicher Begründung für einen extrem restriktiven (materiellen) Täterbegriff ausgesprochen hat (S. 65 ff.), analysiert er die wesentlichen Abgrenzungstheorien (S. 71 ff.) und schließt sich – in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur – der Tatherrschaftslehre an (S. 90).

Im dritten und umfangreichsten Teil des Werkes geht der *Autor* der Frage nach, welche der fünf Beteiligungsformen bei Unterlassungsdelikten in Betracht kommen. Keine Überraschung ist es zunächst, wenn *Mosenheuer* feststellt, dass eine unmittelbare Unterlassungstäterschaft existiere (S. 98).

Eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen hält der *Autor* demgegenüber mit nachvollziehbaren Gründen für konstruktiv problematisch (S. 116 ff.), nicht notwendig (S. 120 f.) und zudem nicht sachgerecht (S. 121 ff.). Ersteres begründet er u.a. damit, dass die Pflicht zur Lenkung bzw. Steuerung des Werkzeuges beim Unterlassungsdelikt keine Bedeutung habe (S. 118). Hinsichtlich des zweiten Einwands verweist *Mosenheuer* darauf, dass beim Unterlassen der „Umweg“ über eine fremde Handlung für die Unrechtsbegründung nicht notwendig sei (S. 121). Damit könne die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen letztlich auch nicht sachgerecht sein, weil sie einer Bestimmung unterschiedlicher Maße der Verantwortlichkeit, die gerade die Hauptfunktion des differenzierten Beteiligungs-systems der §§ 25 ff. StGB sei, nicht erlaube (S. 122 f.).

Zuzustimmen ist dem *Autor* auch in seiner ablehnenden Haltung gegenüber einer Mittäterschaft durch Unterlassen (S. 135 ff.). Diese beruht letztlich auf denselben grundsätzlichen Erwägungen (konstruktive Schwächen usw.), die schon im Rahmen der Beteiligungsform des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB einschlägig sind. Nicht in Gänze überzeugend sind hingegen *Mosenheuers* Ausführungen zur sog. „Lederspray-Entscheidung“ des BGH. Zwar ist seine Kritik an dem vorgeannten Urteil durchaus berechtigt, weil die Geschäftsführer der GmbH, die nicht für den Rückruf des Produktes gestimmt haben, in der Tat keine Mittäter durch Unterlassen sind. Die Frage einer unmittelbaren Täterschaft diskutiert der *Autor* sodann aber nur unter dem Aspekt der Möglichkeit zur Erfolgsabwendung (S. 141), ohne wenigstens kurz auf die h.L. einzugehen, die das zentrale Problem in der Kausalität verortet.

Da *Mosenheuer* im Bereich der Teilnahme nur eine Beihilfe durch Unterlassen anerkennt, reduziert sich die Frage nach der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme folgerichtig auf diejenige zwischen den Beteiligungsformen nach § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB und § 27 StGB (S. 158).

Mit dieser Feststellung ist der *Autor* zugleich zum Kern der Thematik vorgedrungen und analysiert nun im vierten Kapitel die verschiedenen Ansichten zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Bereich des Unterlassens. Seiner Meinung nach kommen nur zwei Lösungen ernsthaft in Betracht: Entweder bestrafe man den unterlassenden Garanten grundsätzlich als Täter oder man stufe ihn prinzipiell nur als Gehilfe ein (S. 190). Die übrigen Ansichten (u.a. die subjektive Sichtweise der Rechtsprechung) verwirft *Mosenheuer* von vornherein mit jeweils eingehender und nachvollziehbarer Begründung. Allerdings sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass es wünschenswert gewesen wäre, wenn sich der *Autor* auch mit dem neueren Ansatz von *Hoffmann-Holland* (ZStW 118 [2006], 620) auseinandergesetzt hätte. Dieser will die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Bereich des Unterlassens anhand des Gesichtspunktes der direkten Steuerung des Rechtsgutsangriffes vornehmen. Leider erwähnt *Mosenheuer* die Auffassung *Hoffmann-Hollands* nicht einmal.

Noch entscheidender ist allerdings die Frage, wie sich der *Autor* denn in der Abgrenzungsfrage letztlich positioniert: Er hält die Gehilfentheorie für den grundsätzlich besseren Ansatz (S. 189 f.), wenngleich diese seiner Ansicht nach unter einem Begründungsdefizit leide (S. 190). Der Tätertheorie hält er im Kern entgegen, dass sie in den Fällen zu Wertungswidersprüchen führe, in denen der unterlassende Garant zuvor aktiv Beihilfe zur Herbeiführung eines tatbestandlichen Erfolgs geleistet habe (S. 172 ff.). Als Beispiel nennt er die Mutter, die den Vater in dem Beschluss bestärkt, das gemeinsame Kind zu schlagen und zugleich nicht die Möglichkeit wahrnimmt, die Körperverletzung zu verhindern (S. 172 f.). Diesbezüglich ist *Mosenheuer* nun der Ansicht, dass sich das Konkurrenzverhältnis zwischen der (psychischen) Beihilfe durch aktives Tun und dem täterschaftlichen Unterlassen nicht widerspruchsfrei klären lasse, weil nicht klar sei, welche der beiden Angriffsformen subsidiär sei (S. 173). Die Antwort gibt er aber letztlich selbst, indem er (mit Recht) feststellt, dass jedenfalls die Annahme von Tateinheit allgemeinen Grundsätzen widerspreche. So werde schließlich der Mittäter, der einen anderen Mittäter zu einer Tat angestiftet habe, ja auch nicht wegen Mittäterschaft und Anstiftung zu dieser Tat verurteilt. Aber warum? Doch wohl deshalb, weil die Beteiligungsform nach § 25 Abs. 2 StGB gegenüber derjenigen nach § 26 StGB als die schwerere Angriffsform einzustufen ist und letztere verdrängt. Der Gesichtspunkt der materiellen Subsidiarität ist es letztlich auch, der im Falle der Mutter die aktive Beihilfe hinter das täterschaftliche Unterlassen zurücktreten lässt (so bereits *Walter*, ZStW 116 [2004], 555 [584]). Dann ist die erstgenannte Beteiligungsform zwar in der Tat nicht mehr Bestandteil des Schuldspruches (S. 173). Das liegt jedoch in der Natur der Sache. Inwiefern sich hier Wertungswidersprüche ergeben sollen, bleibt rätselhaft.

Im fünften Kapitel will der *Autor* schließlich nachholen, was die Vertreter der von ihm favorisierten Gehilfentheorie in seinen Augen bisher vernachlässigt haben: die Entwicklung einer tragfähigen Begründung. Dabei macht *Mosenheuer* den im Bereich der Begehungsdelikte anerkannten Aspekt der Tatherrschaft, die sich in eine Entscheidungs- und eine Gestaltungsherrschaft unterteilen lässt (S. 186), auch für den Bereich des Unterlassens fruchtbar. Insofern weist der *Autor* zunächst darauf hin, dass der Aspekt der Gestaltungsherrschaft (das „Wie“ der Tat) für die Beurteilung der Tatherrschaft des Unterlassenden irrelevant sei, weil ihm die Gestaltung der Tat gar nicht vorgeworfen werde, sondern nur der Umstand, dass ein bestimmter Erfolg eingetreten sei (S. 194). Als Anknüpfungspunkt verbleibe somit allein die Entscheidungsherrschaft als die Macht über das „Ob“ der Tat (S. 194 f.). Diesbezüglich stellt *Mosenheuer* nun fest, dass sowohl Unterlassender als auch Begehungstäter eine *negative* Entscheidungsherrschaft innehätten, weil beide über die Möglichkeit verfügten, darüber zu befinden, ob der Erfolg nicht eintritt (S. 195). Dem passiven Garanten fehle aber grundsätzlich die *positive* Entscheidungsherrschaft, weil er hinsichtlich des Erfolgeintritts vom Begehungstäter abhängig sei (S. 195). Hieran anknüpfend kommt der *Autor* nun im Kern zu folgendem Ergebnis: Der das vollverantwortliche Begehungsunrecht eines Dritten nicht hindernde Garant sei grundsätzlich Gehilfe, es sei denn er besitzt eine überlegene Hemmungsherrschaft (= negative Entscheidungsherrschaft). Diese liege immer dann vor, wenn der Unterlassende im Vergleich zum aktiv Handelnden ein Mehr an Hemmungsmotiven überwinden müsse (S. 196). Dies wiederum sei dann der Fall, wenn der aktiv Handelnde nicht vollverantwortlich agiere (S. 196 f.), aktuell keine Hemmungsmotive entwickeln könne (etwa im Fall des § 21 StGB, S. 197) oder diese rechtlich schwächer zu bewerten seien als die des Unterlassenden (S. 198).

Im Ganzen betrachtet verdient *Mosenheuers* prinzipieller Ansatz, die Problematik der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sowohl im Begehungs- als auch im Unterlassungsbereich auf das gemeinsame Fundament der Tatherrschaft zu stellen, durchaus Anerkennung. Was aber für Unbehagen sorgt, ist der Umstand, dass es dem *Autor* nicht überzeugend gelingt, die Tätertheorie zu widerlegen. Insofern bleibt die Frage, warum ein Unterlassender, der als Garant die Möglichkeit zur Erfolgsabwendung hat und damit alle Tatbestandsmerkmale des unechten Unterlassungsdelikts erfüllt, grundsätzlich nur Gehilfe sein soll. Wer einen Tatbestand in eigener Person voll verwirklicht, ist nach dem Gesetz stets Täter, da die Tat dann i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB selbst begangen ist (und „Begehen“ meint ausweislich der Überschrift des § 13 StGB auch die Variante des Unterlassens). Diese gesetzliche Entscheidung wird im Bereich des aktiven Tuns nicht in Frage gestellt und es erschließt sich nicht, warum im Falle des Unterlassens noch Raum für Abstufungen nach Tatherrschaftsgesichtspunkten verbleiben soll, wenn doch alle Tatbestandsmerkmale durch den Täter voll erfüllt wurden.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, Köln

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

Uwe Hellmann/Katharina Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 2. völlig neu bearbeitete Aufl., Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2008, 412 S., € 28.-

Das Schlagwort „Wirtschaftsstrafrecht“ erzielt in juristischen Datenbanken zusehends mehr Treffer. Wirtschaftsstrafkammern und Schwerpunktstaatsanwaltschaften sind in der Rechtspraxis schon länger etabliert und mit Großverfahren à la „Mannesmann“ häufig ausgelastet. Viele Strafverteidiger bieten zur Verhinderung insbesondere solcher medienwirksamen Prozesse „corporate compliance“ an. An der Universität Augsburg ist das erste „Center for Criminal Compliance“ gegründet worden. In der juristischen Ausbildung existieren mittlerweile sowohl wirtschaftsstrafrechtliche Prüfungsschwerpunkte als auch ein Masterstudiengang an der Universität Osnabrück, der den Namen „Wirtschaftsstrafrecht“ trägt. Obwohl der Begriff überaus populär ist, existiert keine verbindliche Definition dieses juristischen Teilgebietes. Dass der Begriff nicht fest umrissen ist, stellen die *Autoren* des vorliegenden Studienbuches bereits im Vorwort heraus. Deshalb haben sie sich ihrerseits praxisnah an dem Zuständigkeitskatalog des § 74c Abs. 1 GVG orientiert. Darüber hinaus wurden einschlägige Normen aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht einbezogen. Die Zusammenstellung der erläuterten Straftatbestände, Rechtsfiguren etc. soll nachfolgend mit Blick auf die Zielgruppe des Buches näher betrachtet werden.

Ausweislich des Vorwortes richtet sich auch die zweite Auflage des Buches an wirtschaftsstrafrechtlich interessierte Studierende, Referendare sowie Praktiker. Zur Wissensvermittlung bzw. Wissensvertiefung oder Wissensauffrischung haben die *Autoren* sich für eine induktive Darstellungsweise entschieden. Grundsätzlich ist jedem Abschnitt wie auch weiteren Gliederungsebenen des Buches – zum Teil nach kurzer Einführung in das Thema – ein Sachverhalt vorangestellt, der anschließend in gutachterlicher Weise bearbeitet wird. Insgesamt finden sich im Buch 79 anschauliche Fälle, die zum Teil der höchstrichterlichen Rechtsprechung entnommen sind. Die Falllösungen werden unter der Überschrift „ergänzende Hinweise“ regelmäßig durch weiterführende Informationen abgerundet. Den Stoff des Buches haben Professor *Dr. Uwe Hellmann* (Universität Potsdam) und Privatdozentin *Dr. Katharina Beckemper* (zur Zeit Universität Leipzig) abschnittsweise untereinander aufgeteilt.

Im ersten Abschnitt widmet sich *Hellmann* dem Kapital- und Finanzmarktstrafrecht, also sowohl dem Anlegerschutz (§§ 264a StGB, §§ 34 f. DepotG u.a.) als auch dem Schutz der Kreditinstitute (§§ 265b, 266b StGB). Die ersten 94 Seiten des Buches enthalten zudem Ausführungen zu Streitfragen des WpHG wie der möglichen Strafbarkeit des sog. „Scalping“ als einer Form des Insiderhandels.

Danach wird von *Beckemper* das Insolvenz- und Bilanzstrafrecht (§§ 283 ff. StGB u.a.) erläutert. Hierbei findet neben den Delikten in Zusammenhang mit Unternehmen auch die drohende Strafbarkeit bei Verbraucherinsolvenz in einem Fall Erwähnung (Fall 25 nach BGH NJW 2001, 1874).

Der dritte Abschnitt ist mit „Verletzungen des Wettbewerbs und gewerblicher Schutzrechte“ überschrieben. *Be-*

ckemper thematisiert anhand von fünf Fällen zum unlauteren Wettbewerb (z.B. Fall 38 angelehnt an BGH NJW 2002, 3415 zur Problematik „Verkaufsfahrt“) die einschlägigen Normen des UWG (§§ 17 ff. u.a.) und des KWG (z.B. §§ 55a, 55b). Anschließend werden strafbewährte Verletzungen des geistigen Eigentums insbesondere auf dem Gebiet des Marken- und Urheberrechtes erläutert (§§ 143 f. MarkenG; § 106 Abs. 1 UrhG u.a.). Die Fälle 47, 48 und 49 beleuchten die vermeintliche – strafrechtliche – Grauzone von Musikausbörsen und der Umgehung eines Kopierschutzes bei Audio-CDs. Der Abschnitt endet mit dem Kartellstraf- sowie Kartellordnungswidrigkeitenrecht (§ 298 StGB oder auch § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

Der vierte, ebenfalls von *Beckemper* bearbeitete Abschnitt befasst sich mit dem Strafrecht auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes im engeren Sinne. Hierunter fallen das Arzneimittel- und das Lebensmittelstrafrecht. Zur erstgenannten Materie finden sich zwei Fälle im Buch. Der an BGHSt 43, 336 angelehnte Fall 55 beschäftigt sich beispielsweise mit der Strafbarkeit des Herstellens einer „Designer-Droge“ (insbesondere § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 96 Nr. 4 i.V.m. § 13 Abs. 1 AMG). Das Lebensmittelstrafrecht wird sodann auf zehn Seiten erläutert. Die betreffenden Randnummern befassen sich mit unappetitlichen Themen wie verwesendem Fleisch in Imbissbuden (Strafbarkeit nach § 59 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 11 Abs. 2 Nr. LFGB) oder in Nahrungsergänzungsmitteln enthaltenen Bestandteilen von angebrüteten Eiern (s. auch LG München LMRR 2003, 50).

Auch die strafrechtliche Korruptionsbekämpfung wird im Buch behandelt. *Beckemper* nimmt die vom StGB vorgegebene Differenzierung zwischen Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§§ 299 ff. StGB) sowie der Amtsträgerbestechung (§§ 331 ff. StGB) auf und stellt die Tatbestände anhand von zwei Fällen dar. Fall 60 zur Bestechung kommunaler Amtsträger (angelehnt an BGHSt 51, 44) stellt eine inhaltliche Erweiterung zur Voraufgabe dar.

Die Bearbeitung der letzten beiden Abschnitte übernahm wiederum *Hellmann*. Abschnitt sechs trägt den Titel „Strafrecht der Wirtschaftslenkung“. Zunächst wird am Fall die praktische Bedeutung des Subventionsbetruges im Sinne des § 264 StGB ausführlich beleuchtet. Es schließen sich Ausführungen zum „Arbeitsstrafrecht“ an. Gemeint sind Straftaten nach § 266a StGB, dem Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, oder die strafbewährte illegale Beschäftigung nach §§ 10, 11 SchwarzArbG. Erwähnt wird aber auch die Ordnungswidrigkeit des § 404 Abs. 1 SGB III. Zudem wird § 370 AO in diesem Zusammenhang angesprochen. Der letzte Teil des Abschnittes deckt – in gebotener Kürze – den Komplex Außenwirtschafts- und Kriegswaffenkontrollstrafrecht ab. Der ausgewählte Fall behandelt die „dual-use“-Problematik im Rahmen des § 34 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 AWG.

Den Inhalt des siebten Abschnittes hätten viele Leser sicher nicht am Ende, sondern auf den ersten Seiten des Buches erwartet. Darauf, dass der „Allgemeine Teil“ des Wirtschaftsstrafrechts – gemeint sind die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung sowie mögliche Unternehmenssanktionen – zum Abschluss dargestellt wird, stimmen die *Autoren* ihre Leserschaft wohlweislich im Vorwort ein.

Die Begründung ist durchaus nachvollziehbar. Die eigentliche Bedeutung dieser allgemeinen Regelungen würde erst vor dem Hintergrund der Gesamtheit der Straf- und Bußgeldtatbeständen deutlich. Folglich finden sich die Erläuterungen zu § 14 StGB (z.B. Fall 69 zum faktischen Geschäftsführer) und die zur Organisationsherrschaft im Sinne des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB sowie die Darstellung der Regelungen von Einziehung, Verfall (§§ 73 ff. StGB) oder der Geldbuße gegen juristische Personen nach § 30 OWiG auf den Seiten 333 ff. Die Lektüre des Buches mit diesem Abschnitt zu beginnen, bleibt der Leserschaft natürlich unbenommen. Insgesamt nimmt der Abschnitt nur 53 Seiten ein. Der enge Fallbezug ermöglicht diese beachtliche Kompaktheit.

Zweifellos hält jeder Leser, der zum vorliegend rezensierten Werk greift, ein Buch in der Hand, das ihm fundiert und in kompakter Form das essenzielle Wissen des weiten Feldes „Wirtschaftsstrafrecht“ näher bringt. Durch den umfangreichen Fußnotenapparat und die weiterführenden Hinweise eignet sich das Werk mithin zur Wissensvertiefung. Ernsthaft vermissen kann man bei *Hellmann/Beckemper* „Wirtschaftsstrafrecht“ in der zweiten Auflage nichts. Eine ausführliche Erläuterung des von der Blankettnorm des § 370 AO geprägten Steuerstrafrechtes wäre in einem Kompendium zum Wirtschaftsstrafrecht mehr als überraschend. Im Hinblick auf das Kernstrafrecht beschränkt sich das Buch auf die Darstellung wirtschaftsstrafrechtlicher Besonderheiten. Dieses Vorgehen ist absolut sachgerecht. Würde man beispielsweise versuchen, den selbstverständlich im Wirtschaftsverkehr hoch bedeutsamen § 263 StGB umfassend in das vorliegende Werk einzuflechten, wäre der Rahmen eines Studienbuches gesprengt.

Besonders erfreulich ist, dass die *Autoren* um größtmögliche Aktualität bemüht waren. Beispielsweise wurde das erst nach Erscheinen des Buches in Kraft getretene MoMiG vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026 ff.) soweit möglich schon eingearbeitet (vgl. Randnummer 350 u.a.). Weitere Gesetzesänderungen wurden zudem Vorbildlich in die Neuauflage integriert. Wie im Hinblick auf § 38 Abs. 1 Nr. 2 a-c WpHG n.F. mit den traditionellen Begriffen „Primär- und Sekundärinsider“ umzugehen ist, wird in Randnummer 33 verständlich herausgearbeitet. Ferner ist das Stichwortverzeichnis positiv hervorzuheben. Neben einem üblichen, alphabetisch geordneten Nachschlagebereich findet sich im Anhang noch ein kombiniertes Gesetzes- und Sachregister. Hierdurch ist es möglich, die wichtigen Schlagworte zu einer bestimmten Norm auf einen Blick zu erfassen oder noch zielgerichteter selektiv im Buch zu lesen.

Festzuhalten bleibt, dass *Hellmann/Beckemper* gerade für Studierende, die bevorzugt fallorientiert und nicht allzu abstrakt lernen, das ideale Lehrbuch zum Wirtschaftsstrafrecht geschrieben haben. Zur Ergänzung bietet sich ein Blick in das 2007 in der ersten Auflage erschienene Buch „Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht“ der beiden *Autoren* (Verlag Kohlhammer, Stuttgart) an. Sonstigen interessierten Lesern kann man das vorliegende Studienbuch ebenfalls bedenkenlos empfehlen.

Wiss. Mitarbeiter Ass. jur. Marc Sitzer, Osnabrück

Buchrezension

Stephan Werner, Zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main 2008, 216 S., € 39,-

Die Arbeit – im Wintersemester 2006/2007 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt a.M. als Dissertation angenommen –, handelt von einem Thema, das als aktuell einzustufen ist. Durch Urteil vom 27.11.2008 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus Art. 6 Abs. 1 EMRK abgeleitet, dass der Beschuldigte – jedenfalls grundsätzlich – schon mit Beginn der ersten polizeilichen Vernehmung den Beistand eines Verteidigers erhalten muss. Die große Kammer kommt in concreto zum Ergebnis, dass der fehlende Beistand durch einen Verteidiger während der Polizeihaft die Verteidigungsrechte aus Art. 6 Abs. 3 lit. 6 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK auf nicht wieder gut zu machende Weise verletzt hat.¹ Selbst im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages wird das Thema – wenn auch nur mittelbar – berührt. Dieser sieht nämlich vor, eine gesetzliche Verpflichtung zu schaffen, wonach Zeugen im Ermittlungsverfahren auch vor der Polizei erscheinen und – unbeschadet gesetzlicher Zeugenrechte – zur Sache aussagen müssen.

In einer fünf Seiten langen Einleitung bekennt der *Verf.* sich zu dem bekannten Wort vom Strafverfahrensrecht als einem „Seismograph der Staatsverfassung“, zitiert den BGH-Satz, dass es kein Grundsatz der StPO sei, „dass die Wahrheit im Strafverfahren um jeden Preis erforscht werden müsste“ und kennzeichnet die StPO als „Versuch der Abwägung von Aufklärungseffizienz und Individualrechtsschutz“, den er als Summe der Mitwirkungs- und Gestaltungsrechte des Beschuldigten begreift.

Zunächst befasst er sich unter A. (S. 18-62) mit der verfahrensrechtlichen Einordnung der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren. Auf nur wenigen Seiten handelt er Prinzipien, Strukturen und Funktionen dieses Verfahrensstadiums ab, ohne in die Tiefe zu gehen. Wichtige Literatur wird ausgespart. Dem (angeblichen) Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens wird keine Zeile gewidmet. Ebenso kursorisch sind seine Ausführungen zu der gewandelten Bedeutung und Tragweite des Ermittlungsverfahrens. Zwar richtet er sein Augenmerk auch auf die Einleitung des Ermittlungsverfahrens; die Themen Vor-, Vorfeld- und Initiativvermittlungen werden allerdings nicht gestreift. Auch nach dem Rechtsschutz in diesem Stadium wird nicht gefragt. Nach Ableitung der Verteidigerbeistandsrechte geht er der Frage nach, ob de lege lata auch ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung gewährleistet wird. Nach der Untersuchung der gängigen Argumentationsmuster fasst er sein Ergebnis dahin zusammen, dass ein solches Recht nach derzeitiger Gesetzeslage ganz überwiegend nicht anerkannt werde. Dieses Resultat stellt er der Rechtswirklichkeit poli-

zeilicher Ermittlungstätigkeit gegenüber. Deutlich hebt er die faktische Überlegenheit der Polizei und ihre dominante Stellung im Ermittlungsverfahren hervor – contra legem. Hier vermisst man Hinweise auf die Erkenntnisse, die *Andreas Roth*² 1997 in seinem Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens am Beispiel der Kriminalitätsbekämpfung in deutschen Großstädten 1850-1914 vorgelegt hat.

Der mittlere Abschnitt B. (S. 63-138) gilt der normativen Zielsetzung und der Wirklichkeit der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung.

Nach Klärung des Begriffs der Beschuldigtenvernehmung und Hinweisen auf deren formalen Ablauf analysiert der *Verf.* Bedeutung und Zweck der Beschuldigtenvernehmung für das Ermittlungsverfahren. Er verdeutlicht beispielhaft, dass der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ein zentraler Stellenwert zukommt und veranschaulicht, dass sie nicht nur der Ort ist, an dem vorangegangene verdachtsgesteuerte Selektionen konkretisiert und verstärkt werden. „Sie ist letztlich die entscheidende Schaltstelle im Strafverfolgungsprozess überhaupt“ (S. 75).

Um eine eigene Stellungnahme zum Zweck der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung vorzulegen, referiert er im Eiltempo die heutigen Ansichten und unterzieht sie einer kritischen Analyse – summarisch und daher an der Oberfläche bleibend. Er kommt daher zu dem anfechtbaren Ergebnis, dass die Beschuldigtenvernehmung zum alleinigen Zweck die „Gewährleistung von Verteidigungsmöglichkeiten“ (S. 85) hat.

Zu bedauern ist, dass der *Verf.* die Dissertation von *Kroth*³ nicht ausgewertet hat. Er hätte die großen Widerstände in seine Überlegungen einbeziehen müssen, die 1964 bei der Einführung der Belehrungspflicht überwunden werden mussten. Auch die empirischen Befunde, die *Kroth* vorgelegt hat, hätten manche Thesen des *Verf.* stabilisiert.

Ein recht umfangreiches Kapitel über die Sozialpsychologie der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung schließt sich an (S. 87-138). Dabei geht es dem *Verf.* um „die Bedingungen und Konsequenzen menschlichen Verhaltens“ in der Vernehmungssituation.

Begonnen wird mit einer Betrachtung der institutionellen Rahmenbedingungen dieser Vernehmungsform. Zu ihnen zählen die für die Polizeibeamten bestehenden Rollenkonflikte und Zwänge ebenso wie die Art, in der sie bewältigt werden und die Ziele polizeilichen Handelns.

Im Zentrum steht die Vernehmung als asymmetrische Zwangskommunikation. Recht anschaulich wird referiert, dass die Vernehmung als Kampf verstanden wird, in dem es den Beschuldigten zu besiegen gilt. Die einschlägige Polizeiliteratur vermittelt eine Subkultur der Kriminaltaktik. Zu ihr gehören vernehmungsspezifische Fragetypen und Methoden, denen ein breiter Raum gewährt wird. Auch die innerräumliche Platzierung des Beschuldigten geschieht aus dieser Sicht

¹ Vgl. EGMR NJW 2009, 3707.

² *Roth*, Kriminalitätsbekämpfung in deutschen Großstädten 1850-1914, Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, 1997.

³ *Kroth*, Die Belehrung des Beschuldigten im Strafverfahren über sein Recht, die Aussage zu verweigern, 1976.

nicht ohne Sinn. Der Vernehmungsbeamte soll seinen Platz so wählen, dass er den ebenfalls sitzenden Beschuldigten von Kopf bis Fuß beobachten kann, da man nicht erfolgreich hinauf vernehmen, d.h. „bergauf kämpfen“ könne.

Gegenstand der Überlegungen im Abschnitt C. (S. 139-175) ist zunächst die Frage, inwieweit die Anwesenheit des Verteidigers als Regulativ für ein gerechte(re)s Kräfteverhältnis dienen kann. Folgende Maßgaben werden untersucht: Rechtliche Beratung und Korrektur – Schutz und Entlastung des Beschuldigten – Kontrolle der Justizförmigkeit.

Das Fazit überrascht nicht: Durch die Anwesenheit eines Verteidigers könnte die bestehende Asymmetrie der Vernehmungssituation weitgehend kompensiert werden, so dass der *Verf.* im Ergebnis die Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit konstatiert.

Im 2. Teil dieses Kapitels (S. 149-175) thematisiert der *Verf.* die gesetzliche Statuierung eines Verteidigeranwesenheitsrechts bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen, indem er das pro et contra abhandelt.

In seiner Schlussbetrachtung (S. 175-187) resümiert er Weg und Ziel seiner Arbeit. Sie macht deutlich, dass das Thema der Arbeit auch ganz eng mit der Funktion der Verteidigung im Strafverfahren verwoben ist – ein Blickwinkel, der insgesamt zu kurz geraten ist. Gerade die abschließenden Bemerkungen, in denen Verteidigung unverbunden und nicht vernetzt mit Begriffen wie „ein ganz bewusst installierter ‚Störfaktor‘“, „von Verfassungswegen zuge dachte Funktion“, „so sinnvoll wie eine Bremse im Auto“ und Strafverteidigung als „integraler Bestandteil des Rechtsstaats“ assoziiert werden, zeigen, dass diesem Thema zu wenig Aufmerksamkeit zuteil geworden ist.

Zu beklagen ist auch, dass der *Verf.* nicht den Zusammenhang mit dem Institut der notwendigen Verteidigung gesehen hat. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass die entstehungsgeschichtlichen Wurzeln der notwendigen Verteidigung nicht im sozialstaatlichen Postulat der Herstellung von Chancengleichheit liegen, sondern dem rechtsstaatlichen Gedankengut entspringen. Es liegt daher nahe, die Prozesskostenhilfe der ZPO für die Belange der StPO nutzbar zu machen – ein Unterfangen, das im Detail sehr schwierige Übertragungsfragen aufwirft, die hier nicht ausgebreitet werden können.

Alles in allem: Ein Schritt in die richtige Richtung, aber nicht alle Steine auf diesem Weg sind zur Seite geschoben worden.

Rechtsanwalt Justizrat Prof. Dr. Egon Müller, Saarbrücken

2. Karlsruher Strafrechtsdialog – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*

Von Wiss. Mitarbeiter **Patrick M. Pintaske** und Wiss. Mitarbeiter **Marc Sitzer**, Osnabrück

Am 19.6.2009 fand unter der Leitung von RiOLG Prof. Dr. Matthias Jahn und VRiBGH Armin Nack der 2. Karlsruher Strafrechtsdialog statt. In Zusammenarbeit mit der von Prof. Dr. Thomas Rotsch und Kollegen aus Wissenschaft und Praxis gegründeten Arbeitsgruppe (WuP) wurden aktuelle Kernfragen des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts diskutiert.

Der Vormittag war einerseits der Thematik „Das systematische Verhältnis von Mord und Totschlag“, die durch das *obiter dictum* des 5. Strafsenates des BGH (NJW 2006, 1008) neu belebt wurde, andererseits der „Reform der Tötungsdelikte“ auf der Grundlage des neuen AE-Lebens (vgl. GA 2008, 193) gewidmet.

Mit seinem Eröffnungsreferat verdeutlichte Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin die „vier am schwersten wiegenden Mängel des geltenden Rechts“ zur Diskussion des Verhältnisses zwischen Mord und Totschlag. Außerdem ging er auf den von ihm mit verfassten AE-Leben ein. VRiBGH Dr. Ruth Rissing-van Saan verteidigte in ihrem Impulsreferat zwar die sog. „Eigenständigkeitsthese“, schloss eine Änderung der Rechtsprechung aber keineswegs aus. Sie sah vorrangig den Gesetzgeber gefordert. In seinem Kommentar betonte Bundesanwalt Prof. Dr. Hartmut Schneider, dass aus „ergebnisorientierter Perspektive“ ein „wirklicher Druck zur Preisgabe“ der Ansicht der Rechtsprechung nicht bestünde. Er gestand aber die dogmatische Fragwürdigkeit der Lösungen zu. Aus seiner Sicht sollte bei einer Reform der Tötungsdelikte mehr Augenmerk auf die Rechtsfolgenrechte gelegt werden.

In der Diskussion zum systematischen Verhältnis zwischen Mord und Totschlag wurde auf den Aspekt nationalsozialistischer Spuren im Mordtatbestand sowohl von Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch als auch von Prof. Dr. Monika Frommel hingewiesen. Jedoch würde eine Änderung der Rechtsprechung zu Problemen mit der Verjährung von NS-Verbrechen führen, betonte Vizepräsident BGH a.D. Dr. Burkhard Jähnke. Wichtig sei die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Rechtsfolgenlösung, forderte Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer.

Am AE-Leben wurde von Hirsch der zu weit gefasste Strafrahmen und das Abstellen auf die Gefährlichkeit des Täters kritisiert. Ebenso sei die Betonung der lebenslangen Freiheitsstrafe und die Neueinführung von Regelbeispielen nicht überzeugend, fügte RiBayObLG a.D. Prof. em. Dr. Karl-Heinz Gössel hinzu. Für den AE-Leben spreche jedoch, dass dieser das erhöhte Unrecht des Mordes gegenüber dem Totschlag berücksichtige, so RiOLG Prof. Dr. Henning Radtke. Die Systematik des AE-Lebens wurde wiederum von Kreuzer in Frage gestellt.

* Der Tagungsband mit sämtlichen Beiträgen und den ausführlichen Diskussionsberichten ist vor kurzem in der Reihe „Strafrechtsdialog“ im Carl Heymanns Verlag (ISBN 978-3-452-27242-3) erschienen.

Abschließend stellte Roxin Einigkeit über die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB auf die 1. und 3. Gruppe des § 211 StGB fest, weshalb die Diskussion zur Eigenständigkeit des § 211 StGB nur ein „Scheingefecht“ sei. Ebenso sei der AE-Leben als Grundlage eines völlig neuartigen Konzeptes anerkannt.

Am Nachmittag führte RiBVerfG Prof. Herbert Landau in das Thema „Rechtsmissbrauch im Strafprozess“ ein. Spätestens seit dem Stammheim-Prozess gehöre z.B. der Missbrauch des Richterablehnungsrechtes zu den meistdiskutierten Problemen des Prozessrechtes. Rechtsmissbrauch sei jedoch nicht nur eine Spielart der sog. „Konfliktverteidigung“. Auch für Staatsanwaltschaft und Gericht seien Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet.

RiBGH Wolfgang Pfister (vgl. StV 2009, 550) analysierte zunächst die gesetzlichen Grundlagen. Die StPO enthalte nur an wenigen Stellen (z.B. § 241 Abs. 1) Regelungen zum Rechtsmissbrauch. Ein allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot sei nicht normiert. Ein ungeschriebenes Verbot lasse sich aber „aus der Gesamtheit unseres Strafverfahrensrechtes herausdestillieren“. Einen „Missbrauch der Missbrauchsklausel“ müsse man nicht befürchten. Diese These belegte Pfister durch die Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung der letzten Jahre. Beginnend mit BGH StV 1991, 99 sei nur in „extremen Ausnahmefällen“ auf das Rechtsmissbrauchsverbot abgestellt worden. Exemplarisch könne man BGHSt 38, 111 nennen. In dem zugrundeliegenden Verfahren standen hunderte Beweisanträge im Raum. In den Kontext des Rechtsmissbrauchs rückte Pfister ferner die Entscheidung des Großen Senates zur sog. „Rügeverkümmung“ (BGHSt 51, 298) sowie die des 5. Senates zu widersprüchlichem Prozessverhalten (BGH NSTZ 2008, 475). Dennoch befürchtet Pfister – auch wegen der aktuellen Absprachepraxis – den Verlust von öffentlichem Vertrauen in die Strafrechtspflege.

Hieran schloss sich der kritische Kommentar von Prof. Dr. Werner Beulke (vgl. StV 2009, 554) an. BGHSt 38, 111 trage er noch mit. Jedoch habe die jüngste Rechtsprechung „den Bogen überspannt“. Negative Beispiele seien die Rechtsprechung zur Rügeverkümmung und die durch den BGH gebilligte Fristsetzung bei Beweisanträgen (vgl. BGHSt 52, 355).

In der anschließenden Diskussion warb Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans Dahn für das Tätigwerden der an sich im Falle des Rechtsmissbrauchs zuständigen Landesgerichte. Für eine offene Prozessführung durch die Gerichte plädierten insbesondere Rechtsanwalt Prof. Dr. Alexander Ignor und RiBGH Prof. Dr. Thomas Fischer. Dies würde dem Rechtsmissbrauch bereits im Ansatz „den Wind aus den Segeln“ nehmen.

Roxin zog in seinem die Tagung abrundenden Schlusswort ein positives Fazit. Es gehe ein außergewöhnlicher Kongress zu Ende, „von dessen Erträgen wir noch lange werden zehren können“. Auch nachmittags habe eine erfreuliche Annäherung der Positionen stattgefunden. Alle Beteiligten

te seien sich darüber einig gewesen, dass der Rechtsmissbrauch kein subsumtionsfähiger Rechtsbegriff sei. Die Entwicklung konsensfähiger Lösungen ließe sich – wie von *Ignor* angeregt – durch empirische Untersuchungen unterstützen. Für die Zwischenzeit forderte *Roxin* Zurückhaltung der Parteien ein. Pauschalurteile über das angeblich gesunkene Ethos der Anwaltschaft oder über eine übertriebene Erledigungsenergie der Richter seien kontraproduktiv.

Der 2. Karlsruher Strafrechtsdialog war eine spannende und lebhafte Veranstaltung. Es lässt sich vermuten, dass der Strafrechtspraxis und -wissenschaft durch die Tagung mögliche Veränderungen bevorstehen. Wir dürfen gespannt sein.