

AUSGABE 5/2010

S. 357 - 402

5. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Das Wesen der Strafrechtsdogmatik
Von Prof. Dr. Ricardo Robles Planas, Barcelona 357

**Was ist Verharmlosen?
Überlegungen zu § 130 Abs. 3 StGB**
Von Privatdozent Dr. Peter Rackow, Münster 366

Europäisches Strafrecht

**Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen
Union – ein Überblick**
Von Wiss. Angestellter Dominik Brodowski, LL.M., Tübingen 376

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

**Andreas Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung.
Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei
Unterlassungsdelikten, 2009**
(Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen) 387

**Jörg Weddig, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn
bei der Gifffalle – Eine Auseinandersetzung mit dem
„Passauer Apothekerfall“ (BGHSt 43, 177), 2008**
(Wiss. Mitarbeiter Patrick M. Pintaske, Osnabrück) 391

Strafprozessrecht

**Michael Heghmanns/Uwe Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum
Strafverfahren, 2008**
(Dr. Matthias Mittag, Kamenz) 393

**Helmut Vordermayer/Bernd von Heintschel Heinegg (Hrsg.),
Handbuch für den Staatsanwalt, 3. Aufl. 2008**
(Dr. Matthias Mittag, Kamenz) 397

**Tobias Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA.
Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat,
2010**
(Privatdozent Dr. Marco Mansdörfer, Freiburg i.Br./Saarbrücken) 400

Strafvollzugsrecht

**Frank Arloth, StVollzG, Strafvollzugsgesetz Bund, Bayern,
Hamburg, Niedersachsen, 2. Aufl. 2008**
(Dr. Henning Hadel, Kiel) 402

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

Das Wesen der Strafrechtsdogmatik* **

Von Prof. Dr. Ricardo Robles Planas, Barcelona

„Als Strafrechtsdogmatik ist die Strafrechtslehre [...] ein System von Lehrsätzen, die Ergebnisse wissenschaftlichen Bemühens sind“.¹

Die Strafrechtsdogmatik bezweckt in erster Linie eine abstrakte Ausarbeitung des Strafrechts, die zwar von dem positiven Recht, nicht aber von der Wirklichkeit, in der diese ihre Auswirkungen hat, unabhängig ist. In diesem Sinne leistet sie einen eigenen und unersetzbaren Beitrag zur Idee der Gerechtigkeit und der gerechten Zurechnung der Verantwortung zu jeder Zeit und in jeder Gesellschaft. Daher hängt sowohl ihre Entwicklung in der Auslegung der Rechtsbegriffe wie in der Systematisierung und Axiomatisierung von ihren Legitimationsparadigma ab. Auch der Einfluss auf die Praxis des positiven Rechts, der in unterschiedlichem Ausmaß auftreten kann, folgt hieraus.

The criminal legal dogmatic's main aim is the development of criminal law in abstract terms, regardless of the positive law, but not of the reality in which it develops. In this sense, it makes a particular and irreplaceable contribution to the idea of justice and fair allocation of responsibility in every age and society. Therefore, both its development in the interpretation of legal concepts as well as the systematisation and axiomatization depends on the paradigm of legitimacy which one subscribes. Influence in the practice of positive law, which can happen in varying degrees, also flows from this same view.

I. Strafrechtsdogmatik, Hermeneutik und soziale Wirklichkeit

1. Zu den wichtigsten Aufgaben des Strafrechtsdogmatikers rechnet man üblicherweise die Auslegung von Gesetzestexten, also die hermeneutische Arbeit. Dem Dogmatiker geht es darum, Rechtstexte – wozu auch die Gesamtheit der in der Sprache des Strafrechts verwendeten Symbole und Begriffe gehört – *verständlich zu machen*.² Hermeneutik bedeutet, etwas zu verstehen.

2. Die hermeneutische Vorgehensweise der Strafrechtsdogmatik weist zwei Merkmale auf. Das erste ist jedem hermeneutischen Wissenszweig eigen, das zweite ist eine Besonderheit der Strafrechtsdogmatik, sobald es ihr bewusst

wird, dass jede Diskussion über den Einzelfall immer auch die Zufügung einer Strafe zum Gegenstand hat. Konkret: Auf der einen Seite versucht die Dogmatik Begriffe dadurch verständlich zu machen, dass sie auf den herkömmlichen Fundus von Überlegungen und Schlussfolgerungen – also auf dasjenige, was wir allgemein als „System“ bezeichnen – zurückgreift.³ Andererseits kann sich diese Herstellung von Sinn nicht darauf beschränken, Begriffe zu deuten, sondern muss sich zugleich über die Richtigkeit dieser Deutung äußern und auf die Frage, ob im Einzelfall eine Strafe zuzufügen ist, eine Antwort geben.⁴

3. Wenn die Strafrechtsdogmatik nach der Bedeutung der Begriffe fragt, die vom Gesetzgeber bei den einzelnen Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches gebraucht werden, so verweist sie auf eine *Gesamtheit herkömmlicher Sätze* und bewertet Folgen anhand von materiellen Legitimationskriterien, d.h. von Richtigkeitskriterien. Gleiches geschieht, sogar um einiges offener, im Allgemeinen Teil und in der Deutung der abstraktesten Grundbegriffe des Strafrechts, wie etwa „Straftat“ und „Strafe“.⁵

Wie jede hermeneutische Betätigung bemüht sich die Strafrechtsdogmatik nicht so sehr um die Entdeckung einer Bedeutung, sondern eher um *die Zuschreibung von Bedeu-*

³ v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840, S. XXXVI: „Ich sehe das Wesen der systematischen Methode in der Erkenntnis und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verbunden werden“. Zum Verhältnis zwischen gesetzlicher Vorschrift und System vgl. Rödig, Einführung in eine analytische Rechtslehre, 1986, S. 89 ff., 90: „Bildung jeweils größerer Informationseinheiten“; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 4/38: „Wenn die strafrechtlichen Normen nicht willkürlich sein sollen, müssen sie miteinander verbunden sein und in diesem Sinn ein System bilden“.

⁴ So Zaczyk, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 723 (S. 731). Ebenso Frisch, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 156 (S. 159), dem zufolge bestimmte Auslegungsergebnisse rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Texte deshalb ausgeschlossen werden müssen, weil sie die Grenzen des Legitimierbaren überschreiten. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass die Auswahl eines Auslegungsergebnisses unter den vielen möglichen anhand einer Reihe von Kriterien erfolgen soll, die sich jenseits der Auslegungslehre im strengen Sinne befinden. Noch weiter geht Vives Antón, Fundamentos del sistema penal, 1996, S. 468: „eine Rechtsdogmatik ist Ausdruck unserer Weise, die Gesellschaft zu verstehen und bewerten“.

⁵ Entschiedene Hervorhebung, dass die Frage nach der materiellen Richtigkeit und Legitimität das Proprium der Strafrechtsdogmatik darstellt, bei Frisch (Fn. 4), S. 156.

* Prof. Dr. Wolfgang Frisch zum 67. Geburtstag am 16. Mai 2010 gewidmet.

** Ins Deutsche übersetzt von Luís Greco, München. Der Beitrag ist in spanischer Sprache in ZIS 2010, 134 erschienen.

¹ Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, 1/10.

² Vgl. statt aller Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, S. 35; Hassemer, ARSP 72 (1986), 195; García Amado, Azafea 5 (2003), 191, mit einer unbedingt zu empfehlenden Darstellung der heutigen hermeneutischen Richtungen, ihrer historischen Grundlagen und ihrer Grenzen.

tion oder von Bedeutungen,⁶ wobei der eigene herkömmliche Begriffsapparat und die eigenen Zwecksetzungen (die letztlich von der Institution der Strafe gestellten Anforderungen) den Ausgangspunkt bilden. Richtigerweise wurde deshalb behauptet: „Vorverständnis von der Richtigkeit der Lösung eines bestimmten sozialen Konflikts und methodische Auslegung eines Textes sind damit nicht verschiedene Sachverhalte, vielmehr vollzieht sich jede Auslegung auf der Grundlage eines Vorverständnisses, mit dem der Auslegende an das Auslegungsprojekt herangeht“.⁷ Unter den wenigen Versuchen der Strafrechtsdogmatik, dieses Verfahren konkreter zu beschreiben, sind die Überlegungen *Langers*⁸ hervorzuheben. Dieser führt nämlich aus, dass die von der Strafrechtsdogmatik geleistete Begriffsklärung mit der von ihm sog. *Sachfassung* anfängt, welche die Erscheinungen der Wirklichkeit in ihrem Sinngehalt zum Gegenstand hat. Dieser Stoff wird anschließend im Wege einer gedanklichen Abstraktion, die ihrerseits durch wertende und teleologische Momente gekennzeichnet ist, einzelnen Begriffsmerkmalen zugeführt, und so erlangt man eine *Definition*. Am Ende bildet man eine *Benennung*, d.h. eine sprachliche Formulierung, die zukünftig dazu gebraucht wird, auf die Definition Bezug zu nehmen. *Langer* zieht das Fazit, dass auch die Klärung *gesetzlicher Begriffe* diese drei Phasen durchgeht, nur bildet die vom Gesetzgeber beschlossene *Benennung* den Ausgangspunkt. Die weiteren Schritte, nämlich die Erfassung der Wirklichkeitserscheinungen und deren Zusammenführung zur Definition, sind dann Sache der Dogmatik (oder desjenigen, der das Gesetz auslegt, denn dieses Verfahren ist nichts anderes als das, was man als Gesetzesauslegung bezeichnet), und sie „führen dann zur Präzisierung und gegebenenfalls zur Korrektur der Bestimmung des von dem Gesetzesmerkmal gemeinten und zunächst nur vordergründig in den Blick genommenen Gegenstandes“.⁹

Dieser Rekonstruktionsvorschlag liefert nicht nur eine kühne, wenn auch höchst aufrichtige Beschreibung der Vorgehensweise der Dogmatik. Er bringt insbesondere auch zwei Gesichtspunkte zur Sprache: erstens die Grundprämisse der Hermeneutik, der zufolge die Anwendung des Gesetzes auf einen Sachverhalt nie zur bloßen Auslegung eines Textes verkürzt werden darf,¹⁰ sondern ein Verfahren der *Konkretisierung* darstellt, an dem deskriptive, kognitive und normativ-wertende Momente¹¹ unterschiedlichster Beschaffenheit

untrennbar teilhaben; zweitens, dass die Verbindung desjenigen, der der das Allgemeine (die Rechtsnorm) und das Besondere (den Sachverhalt) mit der Realität in eine Beziehung zu einander setzen soll, im Strafrecht ein besonderes Merkmal besitzt: Die (Straf-)Rechtsbegriffe dürfen nicht aus kalter Entfernung zu den Menschen und deren Lebenspraxis entstehen,¹² ein Ergebnis darf sich nie allein auf die bloße Tatsache der Macht der Rechtsordnung berufen können.¹³ Vielmehr muss sich die Legitimität einer jeden Entscheidung auf nicht bloß positive Überlegungen (Prinzipien) stützen lassen. Deshalb wurden hier wertende und teleologische Momente betont. Zu diesem Punkt später mehr.

4. Die Spannung zwischen der Strafrechtsdogmatik und dem Gesetz, die vor allem im Besonderen Teil ziemlich ausgeprägt ist, muss sich mildern, sobald erkannt wird, dass die Auslegungsarbeit der Strafrechtsdogmatik nichts anderes bedeutet, als die Bestimmung des semantischen Feldes der Rechtsbegriffe, d.h., dass die Strafrechtsdogmatik nur den Sinn der gesetzlichen Begriffe *festlegt*, die dazu gebraucht werden, die Auferlegung *strafrechtlicher Pflichten* zu rechtfertigen.¹⁴ Es geht also nicht nur um Auslegung im strengen Sinne, sondern um *dogmatische Argumentation*. Das Gesetz ist in diesem Zusammenhang fast nie *primär* die „Lösung“ des Sachverhalts.¹⁵ Zur Lösung kommt man erst durch die

penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Bd. 1, 2008, S. 639 (S. 646) mit einem vorbildhaften Zitat von *Grünhut* zur Erinnerung gebracht wird.

¹² So *Zaczyk* (Fn. 4), S. 728.

¹³ So *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 14, dem zufolge sich der Dogmatiker oder der Rechtsanwender sonst vom moralischen Subjekt zum schizophrenen Beamten verwandeln würde.

¹⁴ Vgl. *Jakobs* (Fn. 3), 4/37: „die Grenze der Auslegung [ist] nicht der Sinn [...], den die Begriffe des Rechts *haben*, sondern der ihnen *beigelegt* werden kann“; *Schmidhäuser* (Fn. 1), 5/42; „Für die Rechtsanwendung ist eben nicht der Wortlautbestand, sondern der Auslegungstatbestand maßgebend“. Bzgl. des Allgemeinen Teils *Hruschka*, Imputación y Derecho penal, Estudios sobre la teoría de la imputación, 2005, S. 270 (= JZ 1985, 1): „die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen befassen sich eben mit etwas ganz anderem als mit dem Strafgesetzbuch, und deshalb werden die Bestimmungen des Gesetzes, bewußt oder unbewußt, zureichend oder nicht zureichend, an dem eigentlichen Gegenstand der Strafrechtslehre *ausgerichtet*“ (*Hervorhebung* von mir).

¹⁵ Zwingendes Fazit, wenn man die Ansätze der Hermeneutik ernst nimmt. Vgl. *Mir Puig*, in: El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, S. 22: „der Wortlaut enthält weder für sich, noch in vollendeter Form den Inhalt der anzuwendenden Norm“ (mit Hinweis auf den Ansatz von *Friedrich Müller* aus dem Jahre 1971, in der 1. Aufl. des o. Fn. 2 zitierten Werks). Nach *Rüthers*, Rechtspolitisches Forum 15/2003, S. 12 ist „das von der Dogmatik entwickelte System aussagekräftiger und ‚gültiger‘ als die einzelne, immer interpretationsbedürftige Gesetzesbestimmung“, weil erst die Dogmatik das innere System der Gesamtrechtsordnung aufdeckt. Ähnlich jüngst *Riggi*, El problema del

⁶ Vgl. *Silva Sánchez*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 645 (S. 646).

⁷ *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 2 Rn. 67.

⁸ *Langer*, GA 1990, 435 (438).

⁹ *Langer*, GA 1990, 435 (439) der als Beispiel den Begriff des Angriffs aus § 32 StGB anführt.

¹⁰ Vgl. etwa *Müller/Christensen* (Fn. 1), S. 236 ff.; *Hassemer*, ARSP 72 (1986), 195 (202); *Schroth*, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), El pensamiento jurídico contemporáneo, 1992, S. 287 (S. 301).

¹¹ Was seit dem Auftritt des Neukantismus hervorgehoben wird, wie von *Sanz Morán*, in: García Valdés u.a., Estudios

Verortung des Problems in dem System und durch die unvermeidbare Frage nach der materiellen Legitimität der Entscheidung. Soll sich die dogmatische Lösung innerhalb einer vom Gesetzlichkeitsprinzip geleiteten Praxis bewegen,¹⁶ besteht auch kein Zweifel daran, dass all dies nur unter Beachtung der Wortlautgrenze erfolgen darf.¹⁷

5. Weil also die Dogmatik bei der Deutung eines Begriffs oder bei der Auslegung eines Textes genau umgekehrt vorgeht wie es den gewöhnlichen Beschreibungen entspricht – denn die dogmatische Sinnzuschreibung erfolgt aus dem Blickwinkel einer Gesamtheit von Axiomen oder Prinzipien heraus, die sich auf einer höheren Ebene bewegen, und wird materiell durch ein Vorverständnis über richtiges Recht legitimiert – muss man das Fazit ziehen, dass die Dogmatik einen *eigenständigen und unabhängigen Zugang zu dem Gegenstand der gesetzlichen Regelung findet*. Selbstverständlich kann die Dogmatik keine formelle Legitimation ersetzen,¹⁸ aber danach trachtet sie auch nicht. Deshalb ist die dogmatische Argumentation an den Wortlaut des Gesetzes gebunden und bedarf ferner einer hinreichenden normativen Begründung. Bezüglich der so genannten teleologischen Auslegung hat *Silva Sánchez* diese Gedanken überzeugend dargestellt und entwickelt.¹⁹

Als Exkurs sei hinzugefügt, dass das Gesagte sich auf das Verhältnis von Dogmatik und Kriminalpolitik auswirkt. Wie *Mir Puig*²⁰ bereits vor Jahren gezeigt hat, kann das in den letzten Jahrzehnten weit verbreitete Interesse der Strafrechtler für die Kriminalpolitik durch die fragwürdige Gleichsetzung der Dogmatik mit der schlichten Deutung der geltenden Gesetze erklärt werden. Man spürt das Bedürfnis, die eigenen Horizonte in Richtungen zu erweitern, die mehr Möglichkeiten schöpferischer Betätigungen eröffnen, denn dies ist der einzige Weg zur Verbesserung des geltenden Rechts. Begreift man dagegen die Dogmatik in ihrer ureigensten Funktion eines „Mittels zur *Teilhabe an der Schöpfung des Rechts*“²¹,

„fraude de ley“ en el Derecho penal, im Druck, der meint, die Grenze der Auslegung sei nicht der mögliche Wortsinn, sondern die paradigmatische Semantik des Gesetzestextes. Der Gesetzestext sei also für klare Fälle entscheidend, während die schwierigen Fälle – die m.E. die Mehrheit darstellen dürften – anhand analogischer und axiologischer Überlegungen zu lösen seien.

¹⁶ Oder einer Bindung an eine methodisch gesicherte überlieferte Rechtsprechung, wie es im Common Law geschieht (klärend *Zaczyk* [Fn. 4], S. 732 Fn. 41).

¹⁷ *Zaczyk* (Fn. 4), S. 732 spricht hier von „Rückbindung“.

¹⁸ *Jakobs* (Fn. 3), 4/33: „der Grundsatz der Gesetzesbindung soll nicht die Bestrafung ohne guten Grund, sondern Bestrafung ohne Gesetz hindern.“

¹⁹ *Silva Sánchez* (Fn. 6), S. 660: „objektiver Zurechnungszusammenhang zwischen richterlicher Entscheidung (bzw. dogmatischem Vorschlag) und Gesetzestext“. Über die teleologische Auslegung im Strafrecht s. *Gimbernat Ordeig*, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1999, S. 77 ff.

²⁰ *Mir Puig* (Fn. 15), S. 14.

²¹ *Mir Puig* (Fn. 15), S. 13.

und erkennt man ferner, dass „der Rechtswissenschaft nicht nur die *Wiedergabe* des Gesetzes, sondern dessen *rationale Entfaltung* obliegt“,²² dann wird auch die Nützlichkeit der Dogmatik für den Zweck der Verbesserung des Rechts klar: „Um Gesetze zu reformieren, muss man bis zu dem tieferen Sinn des Rechtsinstituts, das Gegenstand der Regelung ist, dringen und die von seinem Wesen gestellten Anforderungen berücksichtigen – und diese Aufgaben sind Kennzeichen einer guten Dogmatik“.²³

7. Kann die Funktion, den Sinn von Begriffen zu bestimmen, nur deshalb verwirklicht werden, weil und insoweit es ein System gibt, und werden sowohl dieser Sinn als auch das System selbst durch dasjenige festgelegt, was man für materiell legitim hält, dann liegt es nahe, dass man sich zunächst mit dem System in der Dogmatik befasst und danach mit der Frage nach der Legitimität des Rechts.

II. Strafrechtsdogmatik als System

1. Nicht selten wird behauptet, dass die Systematisierung und Ordnung des Rechtsstoffs anhand von Prinzipien und abstrakten theoretischen Sätzen eine der Aufgaben der Dogmatik sei. Diese Prinzipien und Sätze sollten den vorhandenen Begriffsapparat vereinfachen, worauf sich konkrete Rechtsentscheidungen zurückführen lassen könnten.²⁴ Einer der wichtigsten Vorteile dieser Vorgehensweise ist, dass sie eine Beantwortung auch von noch nicht gestellten Fragen möglich macht. Eine systematisch vorgehende Methodik führt somit zu mehr Rechtssicherheit im Vergleich zu einer nicht systematischen Vorgehensweise. Ohne die Bedeutsamkeit dieser Leistung in Frage zu stellen, muss hinzugefügt werden, dass die systematische Sichtweise der Strafrechtsdogmatik über das bloße Ideal der Reduktion der Komplexität des – gegenwärtigen und zukünftigen – positiven Rechts hinausgeht.

2. Denn zunächst entsteht die Strafrechtsdogmatik schon vor dem positiven Gesetz und hat sich – insbesondere im Allgemeinen Teil – fast nie vom Gesetz beeinflussen lassen. Vielmehr spricht man dem Gesetzeswortlaut jede Kompetenz ab, das System zu gestalten oder zu beeinflussen (man denke an Fragen wie die Unterscheidung von Unrecht und Schuld, die Stellung des Vorsatzes oder die Behandlung des Irrtums). In diesem Bereich – noch deutlicher als bei Auslegungsfragen – arbeitet der Dogmatiker nicht so sehr mit dem, was ihm der Gesetzgeber anbietet, sondern mit Problemen, Begriffen, Fallgruppen usw. Gewiss kann die Systematisierungsarbeit die Gesamtheit der dogmatischen Sätze als etwas begreifen,

²² *Mir Puig* (Fn. 15), S. 19.

²³ *Mir Puig* (Fn. 15), S. 20, der klarstellt, dass „ein Rechtsinstitut nicht eine Figur ist, die sich allein aus der konkreten gesetzlichen Regelung ergibt, sondern die typischen Lebensverhältnissen in ihrer rechtlichen Bedeutung“ (Fn. 19).

²⁴ *Rödig*, Einführung in eine analytische Rechtslehre, 1986, S. 89: „Axiomatisierung“. Dazu im Allgemeinen bereits *Gimbernat Ordeig* (Fn. 19), S. 51 ff., 102 ff.; *Schünemann*, in: Ders. (Hrsg.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, S. 1 (S. 31 ff.); *Silva Sánchez*, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, S. 72 ff.

was die Tätigkeit der alltäglichen Rechtsanwender erleichtern soll und sich deshalb nicht allein mit der an sich korrekten Lösung von Fällen befassen soll. Will man also die Praxis beeinflussen, müssen die positiven Gesetze in das System integriert werden – was aber nichts daran ändert, dass diese Gesetze aus der Sicht des Systems eine Kontingenz bleiben.²⁵

Auch im *Besonderen Teil* geht es um eine Axiomatisierung. Sonst entsteht die Gefahr der Topik.²⁶ Das System des Besonderen Teils unterscheidet sich nicht wesentlich von dem des Allgemeinen Teils, sondern ist eher als eine Verlängerung und Konkretisierung des letzteren auf bestimmte Bereiche anzusehen.²⁷ Sicher kann das System der Vermögensdelikte Züge aufweisen, die im System der Delikte gegen das Leben nicht vorhanden sind, wie etwa die Disponibilität des Rechtsguts des Vermögens oder das Nichtvorhandensein von allgemeinen Solidaritätspflichten bezüglich des fremden Vermögens. Auch hier besagt das positive Gesetz kaum etwas über das System an sich, auch wenn dieses dazu neigen wird, mit der Mehrheit der in einer bestimmten Zeit geltenden Gesetze vereinbar zu sein, wenn es in der Praxis von Nutzen sein will.

3. Eigentlich fängt die Gestaltung des dogmatischen Systems nicht mit einer Reduktion der Komplexität des positiven Gesetzeswortlauts an, sondern gerade umgekehrt mit einer Steigerung von Komplexität, wenn es um die geregelten Fälle geht. Wie *Hruschka* hervorgehoben hat, geht es darum „die denkbaren Fallkonstellationen, problematische wie scheinbar unproblematische, umstrittene wie nicht umstrittene, zu sammeln, zu sortieren und systematisch zu variieren, um vollständige Fallsysteme und vollständige Systeme von Fallsystemen zu erhalten“.²⁸ Allein dies macht es möglich, dass die zwischen den verschiedenen Konstellationen bestehenden relevanten Unterschiede zum Vorschein kommen und dass die Ergebnisse miteinander logisch und axiologisch wider-

²⁵ *Hruschka* (Fn. 14), S. 272: „Gewiß, sie [die Gesetze, R.R.] sind notwendig; ohne sie könnten wir manchmal nicht auskommen, nämlich dann, wenn gewisse Weichen gestellt werden müssen. Aber im großen und ganzen nehmen die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen ihren Fortgang auch ohne sie“. Mit Entschiedenheit meint *Silva Sánchez*, GA 2004, 679 (680), dass eine konkrete nationale Rechtsordnung nicht den Gegenstand der Strafrechtsdogmatik darstellt, sondern bloß die Grenzen ihrer Konstrukte der lege lata absteckt.

²⁶ Warnung vor den katastrophalen Auswirkungen der nicht systematisierenden Vorgehensweise bei *Rödig* (Fn. 24), S. 91-92. Vgl. ferner *Gimbernat Ordeig* (Fn. 19), S. 90-91: „Die mangelnde Abstraktion bedeutet vielmehr, dass man nicht mehr die gemeinsamen Züge unterscheiden kann, die es ermöglichen, dass eine Vielzahl konkreter Sachverhalte unter einen allgemeinen Begriff subsumiert wird. Die Folge ist eine widersprüchliche Praxis, die rechtlich gleiche Sachverhalte ungleich behandelt.“

²⁷ So *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 65; *Jakobs*, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 793 (S. 810).

²⁸ *Hruschka* (Fn. 14), S. 267.

spruchsfrei werden. Auf diese Weise gewinnt so etwas wie ein Raum rationaler Lösungen allmählich seine Konturen.²⁹

Sowohl bei der Bildung von Fallsystemen als auch bei deren späteren Verfeinerung spielen unterschiedliche Überlegungen eine Rolle. Trotzdem gibt es nicht wirklich so etwas wie eine Methode zur Bildung und Verfeinerung von Fallsystemen. Gewiss bedient sich der Dogmatiker der Regeln der Logik und der Argumentationstheorie, aber es stehen ihm weitere Vorgehensweisen zu Verfügung, um für sich den relevanten Stoff, der den Gegenstand seiner Wertungen bilden wird, zu gewinnen.

4. Trotzdem – und dies wird m.E. von *Hruschkas*³⁰ Ansatz nicht hinreichend beachtet – hat die systematische Methode in der Strafrechtsdogmatik eine zweite Dimension inhaltlichen Charakters, die mindestens so wichtig sein dürfte wie die erste und die die Strafrechtsdogmatik von anderen analytisch vorgehenden Wissenszweigen unterscheidet. Man beobachte nur die Entwicklung des Aufbaus der Straftat und es leuchtet sofort ein, dass sich die Dogmatik nicht nur mit der logisch-strukturellen Systematisierung des relevanten Stoffs befasst, sondern auch operationelle Begriffe – also Kategorien – bildet, die Träger *fundamentaler Wertungen* sind.³¹ So ist neben der analytischen Dimension noch die normativ-ethische Dimension der Dogmatik hervorzuheben, denn letztlich ist die Hauptfrage der Dogmatik die nach der *Richtigkeit* eines Urteils, das Verantwortung zuschreibt. Und ähnlich wie die logisch-analytische Dimension ist diese normativ-ethische Dimension übernational.³²

Die Entstehung des Tatbestandsbegriffs und die Gliederung der Straftat in objektive und subjektive Elemente waren wichtige Systematisierungsschritte, auch wenn sie zu sehr an formellen Gesichtspunkten orientiert waren.³³ Seit langem besteht aber in der strafrechtsdogmatischen Reflexion nach deutschem Vorbild eine Tendenz zur *Systematisierung nach materiellen Gesichtspunkten*.³⁴ Die Gestaltung der dogmatischen Kategorien von Unrecht und Schuld und die Trennung von Zurechnung und Bewertung als Voraussetzungen einer Straftat sind systematische Überlegungen, die weniger mit der Einordnung einiger positiv-rechtlicher Elemente als mit Theorien über das Wesen der Straftat und über die Legitimität der Einordnung eines Verhaltens als Straftat zu tun ha-

²⁹ *Hruschka* (Fn. 14), S. 267.

³⁰ Der sogar die Dimension des Wertenden lächerlich macht, *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. XXI: „gilt doch für Wertungen nicht selten der Satz ‚Wieviel Köpfe, soviel Sinne!‘“

³¹ So schon *Radbruch*, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Bd. 1, 1930, S. 158.

³² In diesem Sinne *Silva Sánchez*, GA 2004, 679 (681): „internationale Grammatik“, die man nicht aufgeben dürfe.

³³ Siehe etwa das klassifikatorische System der Straftatvoraussetzungen bei *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl. 1872, S. 118, gegliedert nach den Kategorien des „Subjekts“, „Objekts“ und der „Mittel“.

³⁴ Hervorgehoben von *Frisch* (Fn. 4), S. 165.

ben.³⁵ In Wahrheit ist der systematische Blickpunkt der Strafrechtsdogmatik deshalb einzigartig, weil die Sollenssätze der Dogmatik nicht allein die Verhältnisse unter Bürgern oder zwischen Bürger und Gemeinschaft zum Gegenstand haben, sondern immer auch die mögliche Rechtsfolge einer *Strafe* mitberücksichtigen müssen. Die Systematik, die diese Sätze ordnen soll, ist deshalb noch einmal sowohl durch diesen *Legitimitätsanspruch* als auch durch den qualifizierten Charakter strafrechtlichen Zwangs bedingt.

5. Hier dürfte meiner Ansicht nach der wichtigste Unterschied zwischen dem Straftatsystem deutscher und englisch-amerikanischer Prägung liegen. Die Überlegenheit des ersten über das zweite beruht darauf, dass die Straftatlehre des Common Law nur eine binäre und formelle Struktur der Ordnung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Vorliegens gewisser Tat- und Täterumstände ist. Auf der einen Seite finden sich die objektiven und subjektiven Voraussetzungen, auf der anderen die straffausschließenden Umstände. Dagegen wird das Straftatsystem unserer kulturellen Tradition auf Grundlage materieller Begriffe wie Unrecht und Schuld, verbotenes und sanktionierbares Verhalten oder Strafwürdigkeit und Bedürftigkeit errichtet, was das System unmittelbar mit Legitimationsfragen verbindet. Letzteres ist allein deshalb möglich, weil die von unserer Dogmatik gebildeten Rechtsbegriffe abstrakt und komplex sind und auf tieferen Wertungen beruhen, die ihrerseits eine theoretisch-kritische Potenz innehaben, von welchen die instrumentell-deskriptiven Begriffe des Strafrechts des Common Law weit entfernt sind.³⁶

6. Ferner ist die axiologische oder teleologische Systembildung nicht mit einer logisch-strukturell vorgehenden Systembildung inkompatibel. Vielmehr stehen sie in einem Komplementaritätsverhältnis zueinander und sind beide für den Dogmatiker wichtig. Erstere geht von Legitimitätsprinzipien des Strafrechts aus und versucht, sie in einem System zu entwickeln, so dass sie auch im Einzelfall zur Geltung kommen. Letztere geht von der Bildung gewisser Fallgruppen nach relevanten Strukturen aus. Es leuchtet aber ein, dass ein nach axiologischen Kategorien orientiertes System diese Kategorien erst bilden kann, nachdem es sich eine große Menge von ähnlich strukturierten Fällen vorgestellt hat. Und

³⁵ So auch *Frisch* (Fn. 4), S. 165.

³⁶ Ähnlich *Schünemann* (Fn. 27), S. 4. *Ambos*, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, 2008, S. 22, der – im Rahmen des Völkerstrafrechts – meint, das kontinentale System führe wegen seiner Raffinesse zu billigeren und gerechteren Ergebnissen. Auch *Silva Sánchez*, GA 2004, 679 (682) betont das Fehlen eines strukturierten dogmatischen Systems im angelsächsischen Raum. Ich würde meinerseits hinzufügen, dass die kontinentale dogmatische Tradition ein stabileres und kompakteres System gestaltet hat, weil ihr die Erforderlichkeit der Legitimierung der im Rahmen dieses Systems getroffenen Entscheidungen bewusst wurde. Das führt dazu, dass sich die fundamentalen Wertstrukturen der bloßen Kontingenz entziehen und ein höheres Abstraktionsniveau erreichen, was auch einen Rationalitätsgewinn bedeutet.

ein System von Fällen findet nur dann relevante Strukturen, d.h. Strukturen, die für Zwecke einer Strafzufügung nicht irrelevant sind, wenn die wesentlichen Wertunterschiede bereits zuvor ausgearbeitet wurden. Hierzu zwei Beispiele: Warum werden die Fälle des Tatbestandsirrtums und des Verbotsirrtums unterschiedlich bewertet? Warum werden bei der Lehre vom Vorsatz und Irrtum die Prinzipien der Referenz und Simultaneität zu analytisch-strukturellen Prinzipien erhoben?

7. Diese nicht nur mit der Reduktion der Komplexität von Gesetzen befasste Systematisierung ist der eigentliche Kern des dogmatischen Denkens und das, was der Dogmatik ihre außerordentliche Potenz über andere Analyseformen der Realität verleiht. Dies ist in der Strafrechtswissenschaft eine Konstante. Deshalb kann es nicht überraschen, dass der Satz, mit dem *Liszt* sein Lehrbuch des Deutschen Strafrechts beginnt, nämlich: „Strafrechtswissenschaft ist die zu einem geordneten Ganzen (zum System) entwickelte Kenntnis von Verbrechen und Strafen in ihrem inneren Zusammenhange“,³⁷ auch 140 Jahre später ihre volle Gültigkeit behält und dass sein Inhalt zu einer unverzichtbaren Komponente eines rechtsstaatlichen Strafrechts erhoben wurde.³⁸ Und trotz der Feststellung, dass die Strafrechtswissenschaft ihr höchstes Entwicklungsniveau durch die kontinentaleuropäische Dogmatik deutscher Prägung erreicht hat, wäre es grotesk, die Dogmatik mit bestimmten landeseigenen Wirklichkeitszügen zu identifizieren.³⁹ Seit geraumer Zeit kennt die Dogmatik keine Grenzen.

Mit den entschiedenen Worten *Schünemanns*: „[D]as Festhalten am kontinentaleuropäischen System in seiner wissenschaftlich entwickeltsten Gestalt, nämlich der der deutsch-spanischen Diskussion, bedeutet nicht weniger als

³⁷ v. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1889, S. 1.

³⁸ Worüber es weitgehende Übereinstimmung gibt, vgl. etwa: *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 1; *Hruschka*, GA 1981, 241; *Schmidhäuser* (Fn. 1), 1/10; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 3; *Frisch*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 159 (161); *Zaczyk*, in: Widmaier u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dachs, 2005, S. 33 (S. 41); *Pawlik*, in: Ders. u.a. (Fn. 6), S. 469 (S. 472). Nach *Hassemer*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 21 (S. 25) ist die Systematisierung – zusammen mit der Verallgemeinerung und der Ausrichtung auf die Wahrheitsfindung – ein hinreichendes Kennzeichen, um von einer wirklichen Wissenschaft des Strafrechts sprechen zu können.

³⁹ So auch *Silva Sánchez*, GA 2004, 679 (680), der betont, wie verfehlt es ist, die deutsch geprägte Strafrechtsdogmatik als nationales Produkt anzusehen. Ebenso *Roxin*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 38), S. 369 (S. 379): „Die Strafrechtswissenschaft [ist] unbeschadet der teilweise unterschiedlichen Regelungen auch moderner Kodifikationen nur eine [...], an deren Entwicklung Forscher aus allen Ländern zusammenarbeiten müssen“.

der gebotene Schutz des liberalen Rechtsstaates gegen seine Untergrabung, sei es durch Diktaturen, sei es durch den Verfall der demokratischen Regimes. Die ständige Perfektionierung dieses Systems ist deshalb keineswegs ein nur Wissenschaftskreise interessierendes Glasperlenspiel ohne praktische Bedeutung“.⁴⁰

8. Die Kraft des Systems der Straftatlehre ist also kein Zufall. Ist die Straftatlehre eine Theorie der Voraussetzungen, unter denen eine Person für die Begehung einer als Straftat definierten Tat verantwortlich gemacht werden soll und deshalb dieser Person eine Strafe zugefügt werden kann, dann müssen die Kategorien oder Institute eines solchen Systems den Versuch darstellen, Teile oder Elemente des Wesens der Straftat, also dessen, was man legitimerweise für strafbar erklären darf, auszudrücken.⁴¹ Die große Kraft der Dogmatik besteht genau in einer solchen Verbindung der allgemeinen Voraussetzungen der Straftat, also der Theorie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, mit der Theorie über den Sinn und Zweck, also über die Grundlage der Legitimität der Strafe.⁴² Deshalb kann man sagen, dass die durch die Dogmatik betriebene Systematisierung eine bestimmte Vorstellung von der Legitimität des Strafrechts voraussetzt.⁴³ Das erklärt auch, weshalb es nicht eine einzige mögliche (i.S.v. richtige) Theorie zur Strafrechtssystematik geben kann.⁴⁴ Man kann nicht einmal behaupten, es bestehe eine einzige Weise, die Straftatkategorien oder -voraussetzungen aus einer von allen anerkannten Legitimitätsgrundlage abzuleiten. Hier ist die „schöpferische Funktion“ der Dogmatik besonders präsent.⁴⁵

⁴⁰ *Schünemann*, InDret 1/2008, 1 (9). Sehr skeptisch neuerdings *Quintero Olivares*, in: García Valdés u.a. (Fn. 11), 2008, S. 623 („nüchterne Haltung zur Dogmatik“).

⁴¹ So *Frisch* (Fn. 4), S. 166.

⁴² Vgl. *Frisch* (Fn. 4), S. 171: „In diesem Sinne sind die Allgemeinen Lehren des Strafrechts sicherlich der wissenschaftlichste Teil des Strafrechts“. Ebenso *Jakobs*, *El Derecho penal como disciplina científica*, 2008, S. 15: „Die wissenschaftliche Behandlung des Rechtstoffs unterscheidet sich von der bloß schöngeistigen dadurch, dass erstere bei der Frage nach der Legitimität der jeweiligen Rechtsordnung beginnt“. Man siehe ferner die Rezension von *Sánchez Lázaro*, InDret, 3/2009, 1 ff.

⁴³ So auch *Pawlik* (Fn. 38), S. 477: „Weil Verbrechen und Strafe als Tatbestand und Rechtsfolge aufeinander bezogen sind, hängt die Ausgestaltung des Verbrechensbegriffs maßgeblich von der Art und Weise der Straflegitimation ab.“

⁴⁴ Vgl. die Überlegungen von *Vives Antón* (Fn. 4), S. 483.

⁴⁵ M.E. ist die Mahnung von *Mir Puig* (Fn. 15), S. 21, immer noch sehr aktuell, der zufolge die Entstehung des römischen Rechts – eines Werks der Rechtsgelehrten – als ein Vorbild angesehen werden sollte, „um eine Bremse gegen eine, von oben herab‘ gedachte Gesetzgebung eines monopolisierenden Staates zu errichten, der dazu neigt, die schöpferischen Kräfte der Gesellschaft zu stillen. Würden sich in den Gesetzesreformen immer nur die Meinungen niederschlagen, die die Billigung der herrschenden Lehre gefunden haben – denn die herrschende Lehre bildet sich durch eine langsame Diskussion, wie sie für die geschichtliche Entwicklung des Rechts

Die Stabilisierung der Systemelemente durch das Vorhandensein einer dogmatischen Gemeinschaft ist Voraussetzung und Garantie für das Funktionieren des Systems. Solange eine solche Gemeinschaft besteht, wird die vielfach beschworene kritische Funktion der Dogmatik gegenüber dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung zum Vorschein kommen.⁴⁶ Durch die Konstruktion von Theorien und den Beleg ihrer Plausibilität hat man es deshalb geschafft, eine gefestigte Rechtsprechung oder eine herrschende Lehre überzeugend zu bekämpfen und sogar zu ändern. Das beste Beispiel dafür ist sicherlich die Überwindung des Kausaldogmas durch die so genannte Lehre von der objektiven Zurechnung.⁴⁷

Das Vorhandensein einer von der Wissenschaftsgemeinschaft anerkannten systematischen Methode führt zu dem, was ein Rechtstheoretiker als „Negationsverbot“ bezeichnet hat: Die dogmatischen Sätze dürfen durch die Rechtsprechung nicht ohne weiteres abgelehnt werden, will diese ihre Aufgaben weiterhin rational wahrnehmen. Will die Praxis von einer bestimmten dogmatisch anerkannten Lösung abweichen, ist sie dazu verpflichtet, „bessere Argumente“ anzubieten. Das Argument der Rechtssicherheit reicht in diesem Zusammenhang aber nicht aus⁴⁸. Deshalb wurde sogar behauptet, dass „die Dogmatik so die Freiheit der Juristen bei der Rechtsanwendung im Umgang mit dem geltenden Recht begrenzt“. Sie „definiert die Bedingungen und Grenzen richterlicher Beurteilungsspielräume, die Zulässigkeit neuer Konstruktionen und Argumentationsmuster für die Lösung von Rechtsproblemen“⁴⁹.

Ferner sollte das Gesagte dazu beitragen, die m.E. kurz-sichtige Gegenüberstellung von Demokratie und wissenschaftlicher Methode zu entschärfen. Es ist bereits zweifelhaft, wie *Silva Sánchez* hervorgehoben hat, ob der Demokratiegedanke in irgendeiner Wissenschaft eine Rolle spielen darf, denn in der Wissenschaft geht es nicht um Mehrheiten,

typisch ist, und spiegelt im Ganzen den Stand sozialer Entwicklung wider – wäre sichergestellt, dass die rechtlichen Regelungen der Gesellschaft und den wahren Problemen eines jeden Rechtsinstituts angemessener wären. Hier liegt nämlich die Grundlage der dogmatischen Arbeit, wogegen der Gesetzgeber normalerweise seine Bestimmungen sehr eilig erlässt und sich zu weit entfernt von den Erfordernissen der Regelungsgegenstände befindet. Hätte man darauf geachtet, dann wären die vielen Fehler vermieden worden, die in Spanien die Reformen des geltenden Strafgesetzbuchs verkörpern.“

⁴⁶ Siehe etwa die entschiedene Haltung von *Muñoz Conde*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 38), S. 199 (S. 210 f.), mit Nachw. zu seinen zahlreichen Beiträgen in Fn. 36.

⁴⁷ Vgl. das grundlegende Werk von *Gimbernat Ordeig*, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, passim.

⁴⁸ In diesem Sinne *Rüthers*, *Rechtspolitisches Forum* 15/2003, S. 28.

⁴⁹ *Rüthers*, *Rechtspolitisches Forum* 15/2003, S. 29, mit Verweis auf *Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 24.

sondern um die Kraft des besseren Arguments.⁵⁰ Gewiss verhält es sich bei der Rechtswissenschaft – anders als in anderen Wissenschaften – so, dass die Bürger dazu in der Lage sind, sich an den Entscheidungen zu beteiligen, weil das Recht am Ende auch über das Leben der Bürger bestimmenden Einfluss haben kann. Das Recht kann sich aber darauf verlassen, dass diese Beteiligung nur dann erfolgt, wenn zuvor bestimmte Kenntnisse über den Entscheidungsgegenstand erworben wurden. So verhindert die Dogmatik, dass Entscheidungen ad hoc getroffen werden.⁵¹

III. Dogmatik und Legitimität des Rechts

1. Die Gebotenheit, sich mit Legitimitätsfragen zu befassen, entsteht aus der Einsicht in das Wesen des Strafrechts als ein System der Zufügung von Strafwang. Weil es bei der Bestrafung darum geht, einzelnen Menschen Zwang zuzufügen, also darum, konkrete Pflichten aufzuerlegen, lässt jede Systematisierung, die nicht die Frage nach der Legitimität dieser Pflichten einbeziehen kann, wichtige Aspekte ungeklärt. Die strikt formelle Legitimität, die aus dem Vorhandensein eines Gesetzes folgt, wurde schon erwähnt. Kennzeichnend für die dogmatische Arbeit ist aber die Suche nach anderen Arten von Gründen, die – zusammen mit dem aus der Gesetzesautorität abgeleiteten Grund – die Zufügung von Zwang rechtfertigen können.⁵²

Diese Rechtfertigungsarbeit kann selbstverständlich nicht deutlich von der Dogmatik unterschieden werden, sowohl weil durch die Systematisierung die Notwendigkeit von Kritik deutlich wird, als auch weil die Kritik immer auch systematische Auswirkungen hat.⁵³

An diesem Punkt wird es erforderlich, auf die *Straftheorie* Bezug zu nehmen. Diese bilden die letzte Sinneinheit zur Gestaltung des Straftatsystems und zur Begründung der Wertungen der Legitimität einer Vielzahl konkreter Aspekte (u.a. der einer auf dem Gesetz fundierten Argumentation). Selbstverständlich machen sich auch bei der Begründung der Strafe die Besonderheiten der dogmatischen Methode bemerkbar.

Die dogmatische Perspektive sieht die Strafe nicht als bloßes Faktum, wie es die empirischen Wissenschaften tun.⁵⁴ Das Einzigartige bei der dogmatischen Reflexion ist vielmehr die Fragestellung nach der Rechtfertigung und Legitimität (und insofern sprechen einige sogar von einem „wahren“ Diskurs)⁵⁵. Dieser Aspekt ist auch das, was die Rechtsdogmatik von Wissenszweigen wie der Rechtssoziologie, die das Recht als etwas Gegebenes,⁵⁶ also aus einer völlig externen Perspektive⁵⁷ betrachtet, unterscheidet.

⁵⁰ *Silva Sánchez*, GA 2004, 679 (684).

⁵¹ So *Zaczyk* (Fn. 4), S. 728 Fn. 27.

⁵² Hervorgehoben von *Pawlik* (Fn. 38), S. 476 mit Berufung auf *Kant*.

⁵³ *Maiwald*, in: Behrends/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989, S. 120 (S. 122): „Die Systematisierung verwandelt sich unversehens in Kritik“.

⁵⁴ Betont von *Frisch* (Fn. 4), S. 174.

⁵⁵ *Jakobs* (Fn. 41), S. 22.

⁵⁶ *Luhmann*, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, 1993, S. 5: „Juristen (und Dasselbe würde

2. Wie kann man aber von der Richtigkeit oder der Legitimität dogmatischer Sätze sprechen? Das ist möglich, soweit die Beurteilung nicht allein aus dem Inneren einer positiven Rechtsordnung erfolgt, sondern aus einer allgemeineren Perspektive. Erst auf deren Grundlage kann man die eigene und auch andere mögliche positive Rechtsordnungen beurteilen. Dies erfordert selbstverständlich das Zugeständnis, dass „beim Umgang mit dem Gesetz Durchblicke auf etwas hinter dem Gesetz Stehendes stattfinden, das wir einmal ganz allgemein und unbestimmt ‚Recht‘ nennen wollen“⁵⁸ oder dass „die Strafrechtswissenschaft [...] nicht nur auf Ordnung und Auslegung des jeweils geltenden Rechts, sondern auch auf seine vorpositiv-kritische Bestimmung [bezieht]“⁵⁹ oder dass „es [...] in der Lehre vom Allgemeinen Teil des Strafrechts nicht [...] um die positivrechtlichen *Regelungen*, sondern um die *Regelungsmaterie* [geht]. Nicht um die Antworten, die das Gesetz in seinen positiven Rechtssätzen auf bestimmte Fragen gibt, sondern um diese Fragen selbst“.⁶⁰ Kurz und bündig: Es geht um „die Frage nach dem ‚*Recht im Recht*‘“⁶¹.

Trotzdem schafft es diese Perspektive nicht, so äußerlich zu werden, um das, was sich in der Welt der Gesetze ereignet, als bloßes *Faktum* zu betrachten, über dessen *rechtliche* Legitimität man nicht sinnvoll reden kann. Bei dieser Perspektive geht es auch nicht – wie es die Rechtsgelehrten des Mittelalters angenommen haben – um die „offenbarte Wahrheit“. Die Finalisten dachten, wahres Recht erreiche man nur aus der treffenden Bestimmung des Regelungsgegenstandes: Die Aufgabe der Dogmatik bestehe demnach in der Entdeckung und der begrifflichen Erfassung der Wirklichkeit, auf die sich das Recht bezieht.⁶² All diesen Ansätzen – und auch anderen, die hier nicht angesprochen werden können – ist es

mutatis mutandis für Ethiker gelten) setzen beim Normbegriff eine besondere Existenzweise voraus, die seit dem 19. Jahrhundert auch als ‚Geltung‘ bezeichnet und von faktischem Sein unterschieden wird. Sie arbeiten mit dieser Voraussetzung, weil es für das Rechtssystem darauf ankommt, Fakten den Normen zuzuordnen und zu entscheiden, ob ein Verhalten der Norm entspricht oder gegen sie verstößt. Deshalb sucht das Rechtssystem in der *Unterscheidung* von Normen und Tatsachen die Grundlage für die eigene Art und Weise, die Welt zu beobachten. Die Soziologie ist dagegen frei, auch Normen als Tatsache zu behandeln.“

⁵⁷ *Luhmann* (Fn. 56), S. 2: „Es liegt nicht in der Kompetenz des Soziologen, die Entscheidung zu treffen oder auch nur: eine bestimmte Entscheidung zu empfehlen.“

⁵⁸ *Engisch*, *Introducción al pensamiento jurídico*, 2001, S. 218.

⁵⁹ *Köhler* (Fn. 27), S. 65.

⁶⁰ *Hruschka* (Fn. 30), S. XVI. So auch *Sanz Morán* (Fn. 40), S. 642-643, der darauf hinweist, dass auch die Ansätze von *Torío López*, *Bacigalupo Zapater*, *Mir Puig* oder *Silva Sánchez* in dieselbe Richtung gehen.

⁶¹ *Henkel*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1. Aufl. 1964, S. 5.

⁶² *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. IX.

gemein, dass sie einen dem positiven Recht überlegenen Standpunkt einnehmen, von dem aus sie die Richtigkeit oder Wahrheit des positiven Rechts beurteilen. Ihr Fehler ist aber, dass sie diesen Diskurs als etwas verstehen, was jenseits des Rechts liegt, also als etwas Metapositives.⁶³ Neumann sagt bildhaft: „Die Rechtswissenschaft hat ihre eigene Physik“⁶⁴. Das hat die neuere Lehre vor Augen, wenn sie die Einnahme einer strikt normativen Perspektive fordert.⁶⁵

3. Eine besondere Erwähnung verdienen die Berührungspunkte von Rechtsdogmatik und *Philosophie*. Gewiss behandeln einige philosophische Ansätze das Recht als Tatsache, die es zu erklären gilt. Derartige Ansätze äußern sich also nicht über die Frage nach dem Richtigen oder Gerechten. Es gibt aber auch eine breite philosophische Tradition, die sich mit dieser Frage nach dem richtigen oder gerechten Recht befasst.⁶⁶ Diese Philosophie unterscheidet sich nicht so sehr von der Dogmatik: Zwar kann man behaupten, dass sich die Erste mit Grundproblemen auf hoher Abstraktionsstufe beschäftigt,⁶⁷ während die Letzte genau nach diesem Punkt ihre Arbeit beginnt und aus diesen Grundüberlegungen Konsequenzen ableitet. Die Dogmatik gestaltet die Theorie des richtigen Rechts für konkrete Lebensbereiche und für die Lösung bestimmter Probleme⁶⁸.

4. Die Frage ist dann also: Wie kann sich der Jurist über das positive Recht stellen und gleichzeitig innerhalb des Rechtsdiskurses bleiben? Wo befindet sich „dieser dogmatische Limbus“? Wahrscheinlich ist *Jakobs* weitgehend Recht zu geben, wenn er meint, in diesem Bereich geht es um „die Frage nach dem Zusammenhang *des Rechts mit der Gesellschaft*“⁶⁹ und wenn er behauptet, dass „die Strafrechtswissenschaft [...] auch die Antwort auf die Frage zu geben [hat], welches Strafrecht in der jeweiligen Zeit legitimes Strafrecht ist und welches nicht legitim, mit anderen Worten,

welche Rede von Recht und Unrecht in einer bestimmten Zeit eine *wahre* Rede ist, die *wahre* Benennung der normativen Verfassung der Gesellschaft“⁷⁰. Übrigens wurde dies bereits von *Engisch* mit ähnlich Worten gesagt: „Der Jurist muß, wenn er der Rechtsidee Geltung verschaffen will, lauschen auf die Stimme des ‚objektiven Geistes‘. Er muß wissen, was ‚die Forderung des Tages‘ gebietet, welche übergesetzliche Gedanken Berücksichtigung heischen und reif sind, juristisch angewendet zu werden. Ohne Eigensinn muß er sich als Diener der herrschenden sozialen, ethischen und kulturellen Anschauungen fühlen, darf nicht Reaktionär und nicht Revolutionär sein wollen“⁷¹.

5. Kennzeichnend für den „dogmatischen Limbus“ ist also sowohl die Autonomie der Dogmatik (der Strafrechtswissenschaft), um „das Recht mit dem Geist ihrer Zeit“ zu verbinden, in dem Sinne, dass sie es „legitimiert oder delegitimiert [...] aus diesem Geist“⁷² als auch ihre Bindung, die, in den Worten eines bekennenden analytisch orientierten Autors, bestimmt „ob es gerecht oder ungerecht ist, den Täter [...] verantwortlich zu machen“⁷³. Deshalb ist es richtig, dass „die Grenzen der Verantwortlichkeit [...] durch soziale Regeln, nicht durch ontologische Vorgegebenheiten bestimmt [werden]“⁷⁴. Die Frage führt aber viel weiter, und letztlich lautet sie, ob die Anerkennung des Vorhandenseins von „sozial akzeptierten Richtigkeitskriterien“⁷⁵ nicht bedeutet, dass es in jeder Gesellschaft so etwas wie stabile *abstrakte* Ideen von Gerechtigkeit und Recht geben muss, die sich jenseits des (notwendig konkreten und kontingenten) Konsenses befinden und von denen die Dogmatik unmittelbar zehrt.⁷⁶ Fällt die Antwort auf diese Frage bejahend aus, dann kann das Fazit gezogen werden, dass die Grenzen und Bindungen der Strafrechtsdogmatik keine anderen sind als die, die von den Ideen der Gerechtigkeit und des Rechts abgeleitet werden⁷⁷ und

⁶³ Gegen die sachlogischen Strukturen *Welzels* meinte bereits sehr früh *Stratenwerth* (Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“, 1957, S. 13 ff.), dass sie als Teil der Seinswelt nicht die rechtliche Welt vorbestimmen könnten, sondern dass sie erst im Rahmen der im Recht geltenden obersten Wertprinzipien ihre Relevanz zugewiesen bekämen. Also bindet sich das Recht selbst an sachlogische Strukturen und nicht umgekehrt.

⁶⁴ *Neumann*, in: Prittowitz/Manoledakis (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 1999, S. 119 (S. 121).

⁶⁵ Das Credo des Normativismus würde demgemäß lauten: „Regeln und Begriffe [werden] dem Strafrecht und der Strafrechtsdogmatik nicht von außen vorgegeben [...], sondern von ihnen selbst autonom gebildet“ (*Neumann* [Fn. 64], S. 121).

⁶⁶ Vgl. etwa *Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. 2007, S. 56 ff.; *Seelmann*, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. 2007, S. 99 ff. Aus anderer Perspektive auch *Vives Antón* (Fn. 4), S. 468 ff., der den Schwerpunkt bei den Gerechtigkeitskriterien legt.

⁶⁷ Siehe die diesbezüglichen Erwägungen von *Loos*, in: *Ders./Jehle*, *Bedeutung der Rechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart*, 2007, S. 155.

⁶⁸ Sehr klar *Frisch* (Fn. 4), S. 175.

⁶⁹ *Jakobs* (Fn. 42), S. 17.

⁷⁰ *Jakobs* (Fn. 42), S. 22.

⁷¹ *Engisch* (Fn. 58), S. 232.

⁷² *Jakobs* (Fn. 69), S. 106.

⁷³ *Neumann* (Fn. 64), S. 124: Konsens.

⁷⁴ *Neumann* (Fn. 64), S. 124.

⁷⁵ Dazu näher *Neumann* (Fn. 64), S. 124.

⁷⁶ Mit *Zaczyk* ist hinzuzufügen, dass die Dogmatik zur Erkenntnis dieser Ideen einen Beitrag leisten kann, wozu weder die Gesetzgebung noch die Rechtsprechung fähig sind (*Zaczyk* [Fn. 4], S. 732).

⁷⁷ Deshalb, und entgegen *Neumann* (Fn. 64), geht es nicht nur um Richtigkeitskriterien für eine „bestimmte Praxis“, d.h. nicht nur um „partielle Wahrheiten“, sondern um die „Wahrheit als Ganzheit“, wie bereits *Gimbernat Ordeig*, *Estudios de Derecho penal*, 3. Aufl. 1990, S. 161 dargelegt hatte. *Henkel* (Fn. 61), S. 453, betonte wohl etwas Ähnliches, als er behauptete: „Rechtliche Verpflichtungskraft hat jede Regel, die die Tendenz aufweist, den Rechtswert zu verwirklichen“ und der den „*materiale Verbindlichkeitsgrund*“ einer Rechtsnorm darin erblickte, „daß der Inhalt des von ihr Geforderten der *Wesenssubstanz oder Essenz des Rechts entspricht*.“ (*Hervorhebung* im Original). Dort wo diese Übereinstimmung fehlt, erodiert „die Rechtstreue der Allgemein-

dass die Zuständigkeit der Dogmatik dort endet, wo diese Prämissen aufhören, rational zu sein.⁷⁸

IV. Abschließende Überlegung

Die vorhergehenden Gedanken machen eine Vielzahl von methodischen Klärungen erforderlich, die hier nicht einmal angedeutet werden können. Nur ein Wort zu der Dogmatik als Rechtswissenschaft: Fundamentaler Gegenstand der Dogmatik ist nicht das positive Recht, sondern das Recht aus einer abstrakten Perspektive.⁷⁹ Auf Letzteres zielen die Bemühungen des Theoretikers ab, der durch die Auswahl bestimmter Prämissen und die Formulierung preskriptiver Sätze innerhalb eines Systems deduktiv vorgeht. Während der formalistische Rechtswissenschaftler zu seinen Prämissen allein das positive Recht rechnet, können andere auf eine Vielzahl von Argumenten verweisen, die über das positive Recht hinausgehen (vor allem auf diejenigen, die mit der Gerechtigkeitsidee zu tun haben). Weil das Strafrecht bestimmte Besonderheiten aufweist (seine preskriptiven Sätze und sein System als solches müssen sich vor den Prämissen über Sinn und Legitimität der Institutionen Strafe und Straftat rechtfertigen können), liegt hier das, was für die Strafrechtsdogmatik spezifisch und identitätsstiftend ist. Der Formalist besitzt keine Legitimationstheorie und obwohl der (methodische) Positivist⁸⁰ sie besitzt, hat er keine Argumente, um die (zumindest geringere) Gültigkeit derjenigen positiven Normen zu bestreiten, die seinen eigenen Prämissen widersprechen. Allein die Strafrechtsdogmatik ist dazu in der Lage, einen angeblichen Rechtsakt widerspruchsfrei als bloßen Akt der Gewalt zu entlarven.

heit“ (*Maiwald* [Fn. 53], S. 135) und es entstehen „Makulaturgesetze“ (*Jakobs* [Fn. 42], S. 23).

⁷⁸ Ähnlich *Maiwald* (Fn. 53), S. 137: „Ihre Kompetenzen enden [erst, R. R.] dort, wo die Unbeweisbarkeit der Prämissen beginnt“.

⁷⁹ Jüngst in diese Richtung *Schuhr*, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2006, S. 31 ff., 45 ff., die hervorhebt, wie ähnlich die Rechtswissenschaft und die Mathematik oder Physik vorgehen, nämlich durch die Formulierung von Theorien über einen abstrakten Gegenstand.

⁸⁰ Über die unterschiedlichen Versionen des Positivismus und ihr Verhältnis zur Strafrechtsdogmatik *Ortiz de Urbina Gimeno*, *La excusa del positivismo*, 2007, S. 31-113.

Was ist Verharmlosen?

Überlegungen zu § 130 Abs. 3 StGB*

Von Privatdozent Dr. Peter Rackow, Münster**

European Union Framework Decision 2008/913/JI2008/913/JI requires that member-states (until the end of November 2010) penalise certain utterances concerning genocide, crimes against humanity and war crimes. Member-states are to create criminal offences against inter alia the “publicly condoning, denying or grossly trivializing” of (any) war crime. The implementation of the said requirements would bring substantive changes of sensitive criminal law provisions since until now the criminal law of important Continental Western-European nations (as for instance France and Germany) understandably concentrates on speeches and expressions related to the historic crimes of National-Socialist-Germany, especially the NS-genocide, whereas in the past a characteristically broad-spaced understanding of the provision on the freedom of expression in the UK hindered the creation of criminal offences against speeches and expressions more or less affirmative of certain international crimes. Although FD 2008/913/JI2008/913/JI (to a certain degree) ties in with recent Polish, Czech and Swiss legislation, it nevertheless raises questions concerning the dogmatic feasibility of its implementation. The following considerations are intended to help establishing an operable perspective de lege ferenda by means of assessing (de lege lata) the prohibition of trivialising genocidal acts of National-Socialist-Germany (§ 130 para. 3 German Penal Code) with regard to the disputed illegality of the so-called “U-Bahnlied” sung by a certain type of football-supporters in order to demoralise their counterparts: “We are working on a subway, we are working on a subway – from St. Pauli (et-cetera) to Auschwitz”.

Ein Beispiel, an dem sich trotz (oder eventuell auch wegen) seiner Bizarrerie die erheblichen Unsicherheiten zeigen, welche die Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB mit sich bringt, bildet die divergierende obergerichtliche Rechtsprechung zu dem bei manchen Fußballanhängern beliebten sog. U-Bahnlied: „Eine U-Bahn, eine U-Bahn bauen wir, von (wahlweise) St. Pauli, Braunschweig, Cottbus, Bremen usw. bis nach Auschwitz“. Zu diesen Gesängen liegt inzwischen Rechtsprechung verschiedener Land- bzw. Oberlandesgerichte vor, welche das U-Bahnlied teilweise als strafbare Verharmlosung von NS-Verbrechen gem. § 130 Abs. 3 StGB,¹ teilweise als straflos² bewertet haben. Diese

Situation ist nicht zuletzt unter general- und spezialpräventiver Perspektive misslich, bedenkt man, dass für das Absingen des U-Bahnlieds (und ähnliche Äußerungen) anfällige Fußballanhänger (Auswärts-)Spiele ihrer Mannschaft in unterschiedlichen Gerichtsbezirken zu besuchen pflegen. Der vor diesem Hintergrund zu unternehmende Versuch, die Konturen der Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB, die de lege lata auf „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung[en] der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ beschränkt ist, zu schärfen, ist dabei (über den Fall des U-Bahnliedes) hinaus deshalb belangreich, weil die Umsetzung der Vorgaben des Art. 1 Abs. 1 lit. c Rb 2008/913/JI³ den Kreis grundsätzlich sozusagen verharmlosungstauglicher Äußerungsgegenstände gegenüber dem Jetztzustand deutlich erweitern wird.

I. Volksverhetzung durch Verharmlosung de lege lata et ferenda

Bei der strafrechtlichen Würdigung des U-Bahnlieds ergeben sich im Wesentlichen zwei Fragestellungen, die letztendlich ineinander übergehen: Zunächst kann man bezweifeln, dass Äußerungen, die – im Unterschied bspw. zu der paradigmatischen Erklärung, der Holocaust sei doch gar nicht so schlimm gewesen – (jedenfalls) keine explizite Wertung beinhalten, welche unmittelbar auf „eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuchs bezeichneten Art“ bezogen ist, tatbestandliche Verharmlosung sein können. Die weitere Frage, ob bzw. unter welchen Umständen Äußerungen, die die NS-Völkermordtaten auf dem (Um-)Weg der Parallelisierung mit anderen – insbesondere geschichtlichen – Geschehnissen thematisieren, nach der Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB strafbar sein können, lässt sich nicht getrennt von der Frage der Tatbestandlichkeit mittelbarer Verharmlosungen beantworten, zumal Bewertungen, die nicht (unmittelbar) auf die NS-Verbrechen bezogen sind, einen anderen unmittelbaren Gegenstand haben müssen; um aber überhaupt als Volksverhetzung i.S.d. § 130 Abs. 3 StGB in Betracht zu kommen, muss der (unmittelbare) Gegenstand der Äußerung eine Beziehung zu den Völkermordtaten des Dritten Reichs aufweisen bzw. es muss ein derartiger Zusammenhang durch den Äußernden hergestellt werden. Anders ausgedrückt: in

* Aus Anlass divergierender obergerichtlicher Entscheidungen zum „U-Bahnlied“ (OLG Rostock StraFo 2007, 426; OLG Braunschweig StraFo 2007, 212; LG Cottbus, Beschl. v. 26.2.2009 – 24 Qs 411/08) und der Vorgaben des Rahmenbeschlusses (2008/913/JI) zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

** Der Verf. ist Leiter des FG 06 Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei.

¹ OLG Braunschweig StraFo 2007, 212; LG Cottbus, Beschl. v. 26.2.2009 – 24 Qs 411/08.

² OLG Rostock StraFo 2007, 426 (427). Vgl. dazu, dass das OLG Rostock die Sache möglicherweise deshalb nicht dem BGH gem. § 121 Abs. 2 GVG vorgelegt hat, weil ihm zur Zeit seiner Entscheidung (Beschl. v. 23.7.2007 – 1 Ss 080/06 I 42/06) der Beschluss des OLG Braunschweig v. 6.3.2007 noch nicht bekannt war, Stegbauer, NStZ 2010, 129 (134).

³ ABl. EU v. 6. 12.2008, L Nr. 328, S. 55; dazu Zimmermann, ZIS 2009, 1 (6 ff.); vgl. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 14.1.2009 (BR-Drs. 137/09, S. 11).

den Grenzfällen der Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB, in denen es an der Äußerung einer unmittelbar auf die NS-Völkermordtaten bezogenen Bewertung fehlt, geht es zwangsläufig um das Anstellen von Vergleichen, um das Insinuieren von Parallelen.

Diese durch die U-Bahnlied-Entscheidungen aufgeworfenen Fragen, denen im Folgenden nachgegangen werden soll, sind wie schon einleitend erwähnt über den konkreten Fall hinaus für die Auslegung der Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB von Belang, zumal Konstellationen, bei denen sich die Frage ergibt, inwieweit durch vergleichende, durch gleichsetzende, durch Bezugsverhältnisse herstellende Äußerungen strafbare Volksverhetzung begangen werden kann, zukünftig häufiger zu erwarten sind, wenn der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit nachkommt. Dessen Art. 1 Abs. 1 lit. d sieht vor, dass „das öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Verbrechen nach Artikel 6 der Charta des Internationalen Militärgerichtshofs im Anhang zum Londoner Abkommen vom 8. August 1945 [...]“ unter Strafe gestellt wird; dies nun ist bereits de lege lata durch § 130 Abs. 3 StGB gewährleistet. Soweit allerdings durch Art. 1 Abs. 1 lit. c Rb 2008/913/JI den EU-Mitgliedstaaten aufgegeben wird, das Billigen etc. sämtlicher Genozide, sämtlicher Verbrechen gegen die Menschlichkeit und sämtlicher Kriegsverbrechen unter Strafe zu stellen, läge in der Umsetzung dieser Vorgabe eine erhebliche Ausweitung des § 130 StGB.⁴ Mustert man nun zwecks präziserer Einschätzung des Harmonisierungsvorhabens des Art. 1 Abs. 1 lit. c Rb 2008/913/JI, dessen Umsetzung bis zum 28. November 2010 vorgesehen ist,⁵ die Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch, so ergibt sich ein zweischneidiges Bild. Auf der einen Seite kann sicherlich schon lange keine Rede mehr davon sein, dass § 130 Abs. 3 StGB eine besondere Erscheinung des deutschen Strafrechts darstellt; die unglücklichen Erfahrungen des 20. Jahrhunderts haben in den kontinentaleuropäischen Staaten diverse Vorschriften entstehen lassen, welche bestimmte Äußerungen zu (völker-)strafrechtlich relevanten (historischen) Daten bei Strafe verbieten und in deren Kern sich als sozusagen kleinster gemeinsamer Nenner das Verbot der Leugnung des NS-Völkermords ausmachen lässt.⁶ Andererseits ergibt nähere

Betrachtung rasch, dass diese Regelungen durchaus heterogen ausfallen, worin sich zeigt, dass sich bei der auch (straf-)rechtlichen Aufarbeitung historischer Erfahrungen unterschiedliche Nuancierungen herausbilden können: In westeuropäischen Gründungsmitgliedstaaten der Union konzentriert sich das Strafrecht auf den NS-Völkermord,⁷ während in

worden (vgl. u. Fn. 9). Eingehend zur Rechtslage in wichtigen westeuropäischen Staaten *Laitenberger*, Die Strafbarkeit der Verbreitung, rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte, 2003, S. 95 ff., zusammenfassend S. 355 f.

⁷ Dies gilt für Art. 1 des belg. Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale v. 23.3.1995, für § 130 Abs. 3 StGB, für den im Jahre 1990 durch das Loi Gaysot eingefügten Leugnungstatbestand des Art. 24^{bis} des frz. Loi du 29.7.1881 sur la liberté de la presse (Art. 9 Loi no. 90-615 du 13.7.1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, JORF no. 162 v. 14.7.1990, S. 8333; ein Gesetzentwurf, der die Strafbarkeit der Leugnung auch des Völkermords an den Armeniern vorsah, war dem frz. Senat im Oktober 2006 zugeleitet worden; vgl. <http://www.senat.fr/leg/ppl06-020.html> [Recherche vom 8.3.2010]), nicht dagegen für das Verbot der (öffentlichen) Rechtfertigung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gem. Art. 24 Abs. 3 Loi du 29.7.1881 sur la liberté de la presse (Instrukt. zu den frz. lois mémorielles *Laitenberger* [Fn. 6], S. 187 ff.; *Axer*, in: Hammerstein/Mählert/Trappe/Wolfrun, Aufarbeitung der Diktatur – Diktatur der Aufarbeitung?, 2009, S. 146 ff., insb. S. 155 ff. zur einschlägigen Rspr.). Auch das österreichische Recht beschränkt sich auf Äußerungen, die sich auf den „nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ beziehen; vgl. insoweit den 1992 in das Verfassungsgesetz vom 8.5.1945, StGBI. Nr. 13, über das Verbot der NSDAP (Verbotsgesetz) eingefügten § 3h österreichischen Verbotsgesetzes (österreich. BGBl. 1992, S. 743). Keine Beschränkung auf Taten des Dritten Reichs bzw. andere bestimmte (die jeweilige Gesellschaft in besonderer Weise berührende) historische Geschehnisse findet sich dagegen in Art. 607 Abs. 2 des span. CP, der dabei allerdings nur Äußerungen zu Völkermorden erfasst und in Art. 457-3 des luxemburgischen CP, der sich auf Genozide, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen bezieht. Außerhalb der EU sieht Art. 261^{bis} Abs. 4 SchweizStGB Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe für denjenigen vor, der öffentlich wegen „Rasse, Ethnie oder Religion“ der Opfergruppe „Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht“. Eine Beschränkung bspw. auf die NS-Verbrechen enthält der Tatbestand nicht, sodass nach schweizerischem Recht bspw. auch die Massentötungen von Armeniern durch die Türken grundsätzlich „[I]eugnungsfähig“ sind (vgl. *Schleiminger Mettler*, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2007, Art. 261^{bis} Rn. 59 m.w.N. auch zu einschlägiger Rspr.). Eine

⁴ *Krauß*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 130 Rn. 25; *Lohse*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 130 Rn. 8. Irreführend *Weber*, ZRP 2008, 21 f., demzufolge bereits de lege lata die „deutsche Strafgesetzgebung über diese Mindestvorschriften deutlich hinausgeht“.

⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 1 Rb 2008/913/JI; gem. Art. 10 Abs. 2 sollen die EU-Staaten zu diesem Termin Rat und Kommission Bericht erstatten, durch welche Vorschriften die Rb-Vorgaben in das nationale (Straf-)Recht umgesetzt worden sind.

⁶ Freilich ist in Spanien gerade die Leugnungsmodalität des Art. 607 Abs. 2 CP Ende 2007 für verfassungswidrig erklärt

Polen und Tschechien nationalsozialistische und kommunistische Verbrechen explizit nebeneinander thematisiert werden;⁸ verschiedentlich beschränkt sich das mitgliedstaatliche Strafrecht auf griffigere Äußerungstypen und erfasst keine verharmlosenden Äußerungen;⁹ schließlich fällt auf, dass Äußerungen, die sich (lediglich) auf Kriegsverbrechen beziehen, zumeist nicht erfasst sind.¹⁰ Wenig überraschend angesichts der expansiven Tendenzen der EU-Kriminalpolitik¹¹ haben sich die Staaten nun einmal mehr auf den größten

Art. 261^{bis} Abs. 4 SchweizStGB vergleichbare Regelung findet sich mit § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB in Liechtenstein.

⁸ In Polen ist die öffentliche Leugnung nationalsozialistischer und kommunistischer Verbrechen sowie sonstiger Verbrechen gegen den Frieden, die Menschlichkeit sowie von Kriegsverbrechen (zum Nachteil poln. Staatsbürger bzw. Personen poln. Abstammung) strafbar gem. Art. 55 Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. 1998 nr 155 poz. 1016); näher zur polnischen Rechtslage *Kulesza*, in: Joerden u.a. (Hrsg.), *Vergleichende Strafrechtswissenschaft*, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarz zum 70. Geburtstag, 2009, S. 331 (338 ff.); in Tschechien verbietet § 405 Trestní zákoník (Sbírka zákonů č. 40/2009) das Ableugnen und weitere Äußerungen zu nationalsozialistischen und kommunistischen Verbrechen. – Der Verf. dankt Herrn *Szymon Świdorski*, Institut für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität (Göttingen) herzlich für seine unverzichtbare Hilfe bei der Recherche der polnischen und tschechischen Rechtslage!

⁹ So beschränkt sich Art. 24^{bis} des frz. Loi du 29.7.1881 sur la liberté de la presse auf das Infragestellen; Art. 55 des poln. Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. 1998 nr 155 poz. 1016) erfasst Fälle des Bestreitens; in Spanien ist (lediglich) das Rechtfertigen von (sämtlichen) Genoziden sowie der Versuch, die für sie verantwortlichen Regimes und Organisationen wiederzuerrichten, gem. Art. 607 Abs. 2 CP unter Strafe gestellt; eine Leugnungsmodalität hat das Tribunal Constitucional am 7.11.2007 für verfassungswidrig erklärt (B.O.E. no. 295 Suplemento, de 10.12.2007). In Deutschland verzichtet § 130 Abs. 4 StGB auf die Erfassung verharmlosender Äußerungen (vgl. hierzu *Krauß*, [Fn. 4], § 130 Rn. 113; *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen [Hrsg.], *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 130 Rn. 28). Vgl. insoweit auch BVerfG NJW 2010, 47 (53), wo betont wird, dass § 130 Abs. 4 StGB nicht bereits „eine Verharmlosung des Nationalsozialismus als Ideologie oder eine anstößige Geschichtsinterpretation dieser Zeit unter Strafe“ stellt.

¹⁰ Anders verhält es sich indes mit Art. 24 Abs. 3 des frz. Loi du 29.7.1881 sur la liberté de la presse Art. 457-3 des luxemburg. CP und Art. 55 des poln. Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu.

¹¹ Zur expansiven Kriminalpolitik der EU nur *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 7 f. m.w.N.; krit. jüngst auch *Pastor Muñoz*, GA 2010, 84 (93 f.).

denkbaren gemeinsamen Nenner verständigt. Die Harmonisierungsvorgaben des Art. 1 Abs. 1 lit. c Rb 2008/913/JI gehen dabei über diejenigen des Art. 6 des Zusatzprotokolls zum Europaratsübereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art hinaus¹² und mit ihrer Umsetzung zeichnen sich erhebliche Abgrenzungsprobleme ab, selbst wenn man in Rechnung stellt, dass ein dort angesprochenes Erfordernis, dass die Äußerung „wahrscheinlich zu Gewalt oder Hass gegen solch eine Gruppe oder gegen ein Mitglied solch einer Gruppe [gemeint ist diejenige Gruppe zu deren Nachteil das gebilligte etc. Verbrechen begangen worden ist] aufstachelt“ (wohl) voraussetzungsvoller wäre als das Merkmal der Friedensstörungseignung wie es sich gegenwärtig in § 130 Abs. 3 StGB findet.¹³

Insbesondere ein zukünftiges Verbot der (gröblichen) Verharmlosung sämtlicher Kriegsverbrechen bedeutete eine erhebliche Vergrößerung des Kreises für hetzerisch verharmlosende Äußerungen grundsätzlich in Betracht kommender Bezugs- bzw. Vergleichsgegenstände;¹⁴ aber auch bereits die

¹² ETS 189. Das Europaratsübereinkommen, dass in Deutschland bis dato nicht ratifiziert worden ist, bezieht sich nämlich zum einen lediglich auf Fälle der Verbreitung von Äußerungen mittels Computersystemen und zum anderen ist die Leugnung etc. von Kriegsverbrechen nicht erfasst. Die in Form eines § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F., der die Billigung, Rechtfertigung, Leugnung und gröbliche Verharmlosung eines von einem internationalen Gericht rechtskräftig festgestellten Genozids hätte unter Strafe stellen sollen, diskutierte Umsetzung des Europaratsübereinkommens (vgl. BT-Drs. 15/4832, S. 2 f.), ist Anfang 2005 unter Verweis auf die seinerzeit wieder aufgenommenen Beratungen über den EU-Rb zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit „zurückgestellt“ worden (BT-Drs. 15/5051, S. 5).

¹³ Skeptisch bzgl. der Trennschärfe des nach dem Rb vorgesehenen Wahrscheinlichkeitserfordernisses *Zimmermann*, ZIS 2009, 1 (7). Den Staaten ist es dabei unbenommen, anstelle des Wahrscheinlichkeitserfordernisses ein weniger voraussetzungsvolles Merkmal zu schaffen, da ihnen bei der materiellen Strafrechtsangleichung durch Rahmenbeschlüsse die Schaffung von „Mindestvorschriften“ aufgegeben wird (vgl. etwa *Ambos* [Fn. 11], § 12 Rn. 7). Bei der Anpassung des § 130 Abs. 3 StGB wird sich daher die Frage ergeben, ob an der Friedensstörungseignung (für alle tatbestandlich erfassten Konstellationen) festgehalten werden soll.

¹⁴ Bereits der Umstand, dass die Bewertung bestimmter Vorgehensweisen als Kriegsverbrechen bspw. in den Fällen des Perfidieverbots (Art. 8 Abs. 2 lit. b lit. xi IStGH-Statut) erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, muss dabei zwangsläufig entsprechende (Folge-)Probleme bei der Anwendung eines Strafgesetzes erzeugen, welches die (gröbliche) Verharmlosung derartiger Kriegsverbrechen verbietet (vgl. zur str. Abgrenzung verbotener Perfidie von zulässigem Tarnen bzw. planvollem Verdecken der eigenen Absicht etwa *Cottier*, in: Triffterer [Hrsg.], *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Code*, 2. Aufl. 2008, Art. 8

Vorgabe, die (gröbliche) Verharmlosung sämtlicher Völkermordtaten (und sämtlicher Verbrechen gegen die Menschlichkeit) unter Strafe zu stellen, erscheint (unabhängig von dessen näherer kriminalpolitischer Bewertung) als ein jedenfalls energischer Schritt der Europäischen Union,¹⁵ welcher absehbar nicht zuletzt in Deutschland tagespolitische Aufmerksamkeit erzeugen wird, wenn seine Umsetzung in geltendes (Straf-)Recht ansteht.¹⁶

II. Volksverhetzung durch verharmlosende Vergleiche?

Setzt man (vor dem Hintergrund der diametralen Bewertung des U-Bahnlieds durch das OLG Rostock einerseits und das OLG Braunschweig sowie das LG Cottbus andererseits) bei der Frage nach den Maßstäben, die richtigerweise an die Volksverhetzung durch verharmlosende Äußerungen anzulegen sind, an der insoweit auf „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung[en] der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ beschränkten *lex lata* des § 130 Abs. 3 StGB an, so ergibt sich, dass diese zunächst durch quantitative Verharmlosungen verwirklicht werden kann. Erfasst sind also solche Äußerungen, die zwar einräumen, dass in der Zeit des Dritten Reichs Völkermordtaten vorgefallen sind, jedoch nicht in dem Umfang, der allgemein angenommen wird; tatbestandlich ist insoweit bspw. die (öffentliche) Erklärung, es sei allenfalls eine Million Juden

Rn. 82; *Dörmann*, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, 2003, S. 240 ff. insb. 243 f.; instruktiv mit Blick auf den Fall der Befreiung der kolumbianisch-französischen Politikerin *Íngrid Betancourt* und weiterer Geiseln aus den Händen der FARC-Guerilla durch kolumbianische Kommandos, die sich im Sommer 2008 als Mitarbeiter einer fiktiven Hilfsorganisation verkleidet, bei ihrer Aktion indes auch das Kennzeichen des IKRK verwendet hatten, *Dehn*, JICJ 6 [2008], 627 [insb. 631 ff.]). Die zentrale Schwierigkeit eines Verbots der Verharmlosung (auch) von Kriegsverbrechen dürfte allerdings darin bestehen, dass diese vergleichsweise häufig vorkommen, so dass relativierende Äußerungen qua Vergleich hier eher möglich sind (als etwa bzgl. von Völkermordhandlungen). Vgl. u. Haupttext bei Fn. 28 ff.

¹⁵ Zumal wenn man bedenkt, dass die EU-Kommission im Jahre 2006 den in Fn. 7 erwähnten auf den Genozid an den Armeniern bezogenen frz. Gesetzentwurf als dem Dialog mit der Türkei hinderlich kritisiert hatte (vgl. <http://www.faz.net> Artikel „Französische Nationalversammlung nimmt Genozid-Gesetz an“ v. 12.10.2006 [Recherche v. 8.2.2010]).

¹⁶ Vgl. hier etwa den Vorwurf des sächsischen PDS-MdL *Bartl*, § 15 Abs. 2 lit. a SächsVersG (zu diesem vgl. u. bei Fn. 49 f.), der die Opfer der „nationalsozialistischen oder der kommunistischen Gewaltherrschaft“ nebeneinander nennt, stelle einen „Versuch, die Totalitarismustheorie ins Versammlungsrecht zu transformieren“, dar (sächs. LT-Drs. 5/286). Für das Vereinigte Königreich bedeuten die Rahmenbeschlussvorgaben insoweit eine Zäsur als der bisweilen geforderten Schaffung eines (Holocaust-)Leugnungsstatbestands ein weitgreifendes Verständnis des freedom of expression entgegensteht (vgl. *Laitenberger* [Fn. 6], S. 248 f.).

ermordet worden.¹⁷ Neben den Fällen quantitativer Verharmlosung ist die Möglichkeit eines qualitativen Verharmlosens anerkannt; es können also ggf. auch solche Äußerungen tatbestandlich erfasst sein, welche zwar die Tatsachenbasis der NS-Völkermordtaten (uneingeschränkt) akzeptieren, jedoch auf eine abschwächende moralische oder rechtliche Bewertung des historischen Geschehens hinauswollen.¹⁸ Derartige Fälle qualitativen Verharmlosens liegen etwa vor, wenn jemand (öffentlich oder in einer Versammlung) äußert, die Judenvernichtung sei gerechtfertigt oder – denkbar plump – doch gar nicht so schlimm gewesen.¹⁹

Die Subsumtion unter die Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB fällt in sämtlichen erwähnten Fällen deshalb nicht sonderlich schwer, weil Äußerungen wie diejenige, es sei allenfalls eine Million Juden ermordet worden, die Taten der Nationalsozialisten seien gerechtfertigt gewesen oder der NS-Völkermord sei nicht so schlimm gewesen, gemein haben, dass die in ihnen enthaltene (verharmlosende) Bewertung (geringerer Umfang, gerechtfertigt bzw. nicht so schlimm etc.) unmittelbar auf die Völkermordhandlungen des Dritten Reichs bezogen sind.

1. Mittelbares Verharmlosen?

Im Schrifttum findet sich nun die diesbezügliche Forderung, die Anwendung der Verharmlosungsalternative des § 130 Abs. 3 StGB zur Wahrung des Bestimmtheitsgebots und um der Meinungsfreiheit willen ausschließlich auf solche Wertungen zu beschränken, welche „Bezug nehmen auf die NS-Verbrechen selbst“²⁰. Nimmt man diese Forderung beim Wort, so sind damit allerdings nicht nur die Fälle des Vergleichs der NS-Völkermordhandlungen mit anderen „Völker-

¹⁷ Vgl. *Krauß*, (Fn. 4), § 130 Rn. 107; *Lohse* (Fn. 4), § 130 Rn. 33 m.w.N. Problematisch ist insoweit freilich die Entscheidung BGH NJW 2005, 689 (691), weil die Äußerung des Angekl. sich auf die (allein) in Auschwitz ermordeten Menschen bezogen hat. Vgl. insoweit die Anm. von *Stegbauer*, NJ 2005, 225 (226).

¹⁸ Vgl. insoweit insb. BGHSt 46, 36 (40); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 130 Rn. 8; *Lohse* (Fn. 4), § 130 Rn. 33; *Miebach/Schäfer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, § 130 Rn. 70; *Rudolphi/Stein*, in: *Rudolphi/Horn/Günther/Samson* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 64. Lfg., Stand: Oktober 2005, § 130 Rn. 23; *Stegbauer*, NStZ 2000, 281 (285); vgl. schließlich auch *Wandres*, Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens, 2000, S. 230 und passim.

¹⁹ Vgl. nur *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 130 Rn. 31 („Behauptungen angeblich guter Gründe, namentlich die Behauptung von ‚Rechtfertigungsgründen‘ oder von rassen- oder gesundheitspolitischen ‚Notwendigkeiten‘“); *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 130 Rn. 21.

²⁰ *Ostendorf* (Fn. 9), § 130 Rn. 28; vgl. bzgl. § 130 Abs. 4 StGB auch *Leist*, NVwZ 2005, 500 (503).

rechtsverbrechen²¹ exkludiert, sondern konsequenterweise auch alle weiteren Äußerungen, welche Parallelen herstellen, unabhängig davon, ob die NS-Völkermordhandlungen mit dem Genozid in Ruanda im Jahre 1994 verglichen werden, mit den Kriegsverbrechen der Roten Armee in Ostpreußen im Jahre 1945 oder mit den Übeln, die der Mannschaft bzw. den Fans des FC St. Pauli oder von Hannover 96 drohten.

Für eine derartig tief greifende Beschneidung des Anwendungsbereichs der Verharmlosungsmodalität mag man anführen, dass sie die im Weiteren zu erörternden Zweifelsfragen hinsichtlich der Einordnung vergleichender bzw. gleichstellender Äußerungen von vornherein vermiede; indes erscheint sie weder grammatisch²² noch systematisch²³ veranlasst und hätte zur Folge, dass gerade subtilere Formen des Herunterspielens der NS-Verbrechen von vornherein straflos gestellt wären: Die Äußerung, der Holocaust sei doch gar nicht so schlimm gewesen wie man unrichtigerweise vielerorts hören und lesen kann, wäre (wie gesagt) erfasst, weil sie sich in drastisch bagatellisierender Weise unmittelbar auf ein Geschehen i.S.d. § 6 Abs. 1 VStGB bezieht; die Äußerung, der Holocaust sei doch gar nicht so schlimm gewesen, zumal wenn man die vergleichbaren Verbrechen der Roten Armee in Ostpreußen bedenkt, dürfte von den Verfechtern einer Beschränkung des § 130 Abs. 3 StGB auf „unmittelbare“ Verniedlichungen auch als tatbestandlich eingestuft werden, zumal immer noch (auch) eine unmittelbar auf die NS-Verbrechen bezogene Verharmlosung geäußert wird, welcher lediglich eine historisierende Erläuterung beigegeben ist – die Äußerung, der Holocaust könne gleichgesetzt werden mit den Verbrechen der Roten Armee in Ostpreußen (oder mit Kriegsverbrechen der Westalliierten im Zweiten Weltkrieg

²¹ Aus dem Begriff „Völkerrechtsverbrechen“, den *Ostendorf* (Fn. 9), § 130 Rn. 28 gebraucht, wird nicht recht deutlich, ob ausschließlich andere Genozide oder auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sämtliche Kriegsverbrechen und evtl. auch die „Aggression“ gemeint sein sollen.

²² Dass das Herunterspielen durch Vergleiche (begrifflich) geradezu einen typischen Fall des Verharmlosens darstellt, klingt in Redewendungen wie „Das ist doch kein Beinbruch!“ etc. an und ebenso in der Erläuterung des Begriffs „verharmlosen“ im Duden als „harmloser [...] hinstellen, als das Betreffende in Wirklichkeit ist“ (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 2. Aufl. 1989, S. 1646).

²³ Im Rahmen der Verharmlosungsvariante des § 131 Abs. 1 StGB ist nicht erforderlich, dass eine tatbestandlich erfasste Schrift eine unmittelbar auf diese bezogene Bewertung (grausamer oder unmenschlicher) Gewalttätigkeit zum Ausdruck bringt. Stattdessen können (natürlich auch) solche Darstellungen erfasst sein, welche Gewalttätigkeit dem Publikum dadurch als eine „sozial akzeptierte Form des Verhaltens oder als ‚nicht verwerfliche Möglichkeit zur Lösung von Konflikten‘“ vorstellen (vgl. etwa *Fischer* [Fn. 19], § 130 Rn. 10; *Lohse* [Fn. 4], § 130 Rn. 15 m.w.N.), dass sie Gewalt als willkürlich verfügbare Verhaltensalternative – anderen vergleichbar eben! – in den geschilderten „Alltag“ bspw. des positiv besetzten Protagonisten eines Action-Films etc. eingefügt schildert.

oder mit Kriegsverbrechen der amerikanischen Truppen in Vietnam oder mit der zu erwartenden Niederlage einer Fußballmannschaft und dem ebenfalls zu erwartenden Zusammengeschlagenwerden ihrer mitreisenden Fans) wäre dagegen von vornherein – unabhängig, also von der Beschaffenheit des Vergleichspostens! – bereits deshalb nicht tatbestandlich, weil es hier nun insoweit an der Unmittelbarkeit fehlt, als die Bewertung nicht ausgesprochen wird, dass der Holocaust (aufgrund seiner Vergleichbarkeit mit den bezeichneten Vorgängen) gar nicht so schlimm gewesen sei wie ansonsten unrichtigerweise behauptet wird.

Es dem Adressaten einer Äußerung zu überlassen, den (denkbar) nahe liegenden Schluss selbst zu ziehen, stellt eine bewährte rhetorische (bzw. agitatorische) Strategie dar, vor deren Hintergrund mehr dafür sprechen dürfte, dem BGH darin zu folgen, dass i.R.d. Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB „[a]lle denkbaren Facetten agitativer Hetze wie auch verbrämter diskriminierender Mißachtung [...] erfaßt werden [sollen]“²⁴. Legt man diese Sicht der Dinge zugrunde, so kann die Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB prinzipiell auch durch Vergleiche verwirklicht werden, die auf eine Relativierung der unter der NS-Herrschaft begangenen Taten hinauslaufen. In der zitierten Entscheidung war es dem BGH demgemäß möglich, die Aussage, die „herrschende politische Klasse“ legitimiere ihre „einzigartige politische Unfähigkeit“ mit der „Einzigartigkeit der deutschen Schuld“²⁵ als eine tatbestandliche Verharmlosung der NS-Völkermordtaten im Wege einer „polemischen Gleichsetzung“ anzusehen,²⁵ ohne dass dem entgegenstand, dass es dem Adressaten der Äußerung überlassen bleibt, den durch den Äußernden vorbereiteten Schluss zu ziehen, dass die deutsche Schuld alles andere als einzigartig sei und die NS-Verbrechen daher tatsächlich wesentlich weniger gewichtig seien als allgemein angenommen.

Lässt sich damit zumindest festhalten, dass nach der überzeugenden h.M. die Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB nicht erfordert, dass die fragliche Äußerung eine unmittelbar auf die NS-Verbrechen bezogene Bewertung dieser beinhaltet,²⁶ so ist damit noch nicht geklärt, welche Bezugsobjekte und welche Formen von Vergleichen bzw. Gleichsetzungen als Verharmlosung erfassbar sind. Dass ebendiese weiteren Fragen nach erstens tauglichen Bezugsobjekten und zweitens den Maßstäben, anhand derer festzustellen ist, ob eine Bezüge herstellende Erklärung (soweit man derartige mittelbare Äußerungen überhaupt als grundsätzlich subsumtionsfähig erachtet) die Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB verwirklicht, für die Bewertung einer Äußerung als strafbar oder straflos entscheidend sein kann, macht die Entscheidung des OLG Rostock schlaglichtartig deutlich, die das Absingen des U-Bahnlieds mit der Begründung als straflos bewertet hat, dass dieses die NS-Völker-

²⁴ BGHSt 46, 36 (40).

²⁵ BGHSt 46, 36 (41).

²⁶ BGHSt 46, 36 (40 ff.); *Lackner/Kühl* (Fn. 18), § 130 Rn. 8; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 19), § 130 Rn. 21; *Lohse* (Fn. 4), § 130 Rn. 33; *Miebach/Schäfer* (Fn. 18), § 130 Rn. 70; Nachw. zur a.A. oben Fn. 20.

mordhandlungen lediglich als „als ‚solche erkannte und als historische Wahrheit akzeptierte‘“ Vergleichsposten aufgreift.²⁷

2. Mittelbares Verharmlosen durch Vergleiche bzw. Gleichsetzungen?

Neben dem Bedenken (bzw. über dieses hinaus), dass vergleichende Äußerungen ihrer Eigenart gemäß gerade ohne eine unmittelbar auf den Holocaust bezogene Bewertung auskommen,²⁸ lassen sich Zweifel gegenüber der Einbeziehung bestimmter Vergleichsgegenstände bzw. Vergleichstypen formulieren. Diese Zweifel können nun zwei grundsätzliche Formen annehmen: Erstens lässt sich in Frage stellen, ob eine Verharmlosung der NS-Völkermordhandlungen auch dort vorliegt, wo Parallelen mit anderem exzeptionell schwerwiegenden Unrecht gezogen werden. Zweitens mag man erwägen, ein Verharmlosen mit der Begründung zu verneinen, dass der NS-Völkermord dort gar nicht heruntergespielt, sondern umgekehrt (lediglich) der Gegenstand, mit dem der Äußernde ihn vergleicht, aufgewertet wird, wo (klar ersichtlich) Unvergleichbares, Banales mit dem Holocaust zusammengebracht wird. Erstere Fragestellung wird sich de lege ferenda nur noch häufiger ergeben, sobald der Gesetzgeber Art. 1 Abs. 1 lit. c Rb 2008/913/JI umgesetzt hat. Die Klärungsbedürftigkeit der zweiten Frage bereits de lege lata machen die Unsicherheiten der Rechtsprechung bei der Bewertung des U-Bahnlieds deutlich. Wenn man so will, stellt sich die Problematik des U-Bahnlieds als gewissermaßen spiegelbildlich zu den Fällen der Parallelisierung der NS-Völkermordtaten mit anderen Genoziden bzw. anderen Völkerrechtsverbrechen gelagert dar.

a) Vergleich mit anderem exzeptionell schweren Unrecht

Mustert man das Meinungsbild unter der erstgenannten Fragestellung durch, so findet sich die Ansicht, § 130 Abs. 3 StGB könne grundsätzlich (vorbehaltlich des Vorliegens seiner weiteren Voraussetzungen) auch durch Vergleiche mit anderem schweren Unrecht verwirklicht werden, bspw. durch den Parallelen herstellenden Hinweis darauf, „welche Gräueltaten an Völkern es auch danach noch gegeben habe“²⁹, wohingegen die diametrale Auffassung erklärt: „Eine Gleichsetzung oder quantitative Aufrechnung mit anderen Völkermordtaten reicht nicht aus“³⁰. Der Ausschluss von Vergleichen der NS-Völkermordtaten mit anderen Genoziden wird dabei zuweilen unter Verweis auf die Bedürfnisse historischer Forschung begründet,³¹ während er sich bei *Ostendorf* aus der Forderung abzuleiten scheint, dass eine tatbestandliche Verharmlosung „immer Bezug nehmen [muss] auf die

NS-Verbrechen selbst“³². Hieran indes fehlt es – wie dargelegt – bei letztlich jedem Vergleich, so dass sich aus dem Erfordernis einer unmittelbar auf die NS-Völkermordtaten bezogenen Bewertung auch keine differenzierende Behandlung Vergleiche ziehender Äußerungen entwickeln lässt, sondern stattdessen deren (von der h.M. allerdings mit Recht nicht geteilter³³) Komplettausschluss aus dem Anwendungsbereich des § 130 Abs. 3 StGB folgen muss.

aa) De lege lata (§ 130 Abs. 3 StGB): NS-Völkermordverharmlosende Vergleiche mit anderen Genoziden?

Was dagegen den evident richtigen Gedanken anbelangt, dass solche Vergleiche schwerlich strafbare Volksverhetzung darstellen können, die sachlich berechtigt bzw. zumindest vertretbar sind, so könnte man erwägen, den diesbezüglich (insbesondere) im Raum stehenden Bedürfnissen deutscher und ausländischer³⁴ historischer Forschung³⁵ jenseits des streitbehafteten Tatbestandsmerkmals der Verharmlosung Rechnung zu tragen, zumal seriöser Geschichtsforschung (ohnehin) die Eignung fehlen wird, den öffentlichen Frieden zu stören,³⁶ und der Gesetzgeber des Weiteren die – in ihrem Verhältnis zum Tatbestand freilich unklare – Sozialadäquanzklausel des § 130 Abs. 6 StGB bereitgestellt hat.³⁷

Derartige Ausweichstrategien, die im Übrigen die Tatbestandsstruktur ignorierten, zumal sich die Frage nach der Friedensstörungseignung (i.S.v. § 130 Abs. 3 StGB) bzw. der Straffreiheit unter dem Aspekt der Sozialadäquanz bei einer Äußerung, die die NS-Völkermordtaten nicht verharmlost, bei Lichte betrachtet gar nicht ergibt, sind indes nicht erforderlich, da sich bei einer differenzierenden Behandlung des Verharmlosungsmerkmals, die danach unterscheidet, unter welchem Gesichtspunkt eine „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ mit anderem verglichen wird, auf konsequentem Wege sachgerechte Ergebnisse erzielen lassen: Allein dass NS-Verbrechen zum Gegenstand eines Vergleichs gemacht werden, ist (unabhängig von der Frage der Friedensstörungseignung der Äußerung bzw. dem eventuellen Eingreifen der Sozialadäquanzklausel des § 130 Abs. 6 StGB) ohne Weiteres keine tatbestandliche

²⁷ *Ostendorf* (Fn. 9), § 130 Rn. 28.

²⁸ Vgl. Nachw. oben Fn. 26.

²⁹ Soweit deren Erkenntnisse in einer Weise geäußert werden, die einen inländischen Erfolgsort i.S.v. § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB entstehen lässt, steht auch in diesen Fällen die Anwendbarkeit des § 130 Abs. 3 StGB im Raum, vgl. insoweit etwa *Fischer* (Fn. 19), § 9 Rn. 8, 8a m.w.N.

³⁰ Dass das Dritte Reich und die seinerzeitigen Genozidaten weiterhin einen zentralen Forschungsgegenstand der Geschichtswissenschaft darstellen, ändert nichts an der Offenkundigkeit der wesentlichen Elemente des NS-Völkermords als einer historischen Tatsache, insbesondere der in seinem Zentrum stehenden Gaskammermorde an den europäischen Juden (vgl. insoweit nur BGHSt 47, 284 m.w.N.).

³¹ Vgl. *Streng*, JZ 2001, 205 (206) zur „politikabstinenten wissenschaftlichen Erörterung von Opferzahlen“.

³² Vgl. insoweit nur *Fischer* (Fn. 19), § 130 Rn. 46.

²⁷ OLG Rostock StraFo 2007, 426 (427).

²⁸ Vgl. insoweit oben Haupttext u. Fundstellenangaben bei Fn. 20 ff.

²⁹ *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 26), § 130 Rn. 21; *Lohse* (Fn. 4), § 130 Rn. 33

³⁰ *Krauß* (Fn. 4), § 130 Rn. 25, *Fischer* (Fn. 19), § 130 Rn. 31.

³¹ *Stegbauer*, NSTz 2000, 281 (285).

Verharmlosung; wer den Holocaust unter dem Aspekt seiner Subsumierbarkeit unter § 6 Abs. 1 VStGB mit anderen Genoziden vergleicht und dabei zu dem Ergebnis kommt, dass die juristische Bewertung nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 VStGB übereinstimmt, stellt eine schlicht zutreffende Überlegung an, die im Übrigen zur Friedensstörung ungeeignet und weiterhin auch sozial-adäquat ist.

Allerdings ist damit keineswegs gesagt, dass jeder denkbare Vergleich der NS-Völkermordtaten mit anderen Genoziden deshalb keine Verharmlosung darstellt, weil sich der Holocaust unter dem bestimmten Gesichtspunkt seiner strafrechtlichen Bewertung nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 VStGB mit den Vorgängen in Ruanda im Jahre 1994 oder mit dem Völkermord an den Armeniern im Jahre 1915 tatsächlich gleichsetzen lässt: Wenn bspw. ein Geschichtslehrer an einer Berliner Hauptschule 65 volle Jahre nach Ende des Zweiten Weltkriegs seinen unverbildeten Schülern erklärt, dass die NS-Völkermordtaten erstens unter dem Aspekt ihrer juristischen Bewertung (als Völkermord), zweitens aber auch unter dem Gesichtspunkt ihres sozusagen organisatorisch-technischen Perfektionsgrades mit dem Genozid in Ruanda im Jahre 1994 verglichen werden könnten, so trifft die erste Gleichsetzung zu,³⁸ die zweite nicht.³⁹ Dass aber (auch) die zweite Gleichsetzung deshalb keine tatbestandliche Verharmlosung sein soll, weil erstere sachlich zutrifft, zumal das Vergleichsobjekt – der Genozid an den Tutsi also – unter dem Gesichtspunkt der Subsumierbarkeit unter § 6 Abs. 1 VStGB tatsächlich mit den Völkermordtaten des Dritten Reichs gleichgestellt werden kann, leuchtet weder in sachlogisch-begrifflicher⁴⁰ noch in teleologischer Hinsicht ein; letzteres nicht zuletzt auch deshalb, weil durch die Straffrei-

stellung sämtlicher denkbarer Vergleiche zwischen den NS-Völkermordtaten und anderen Genoziden Wertungswidersprüche im Verhältnis zu den strafbaren Fällen des quantitativen Verharmlosens erzeugt würden.⁴¹ Dass es einerseits (quantitative) tatbestandlich erfasste Verharmlosung darstellt, wenn jemand erklärt, im Dritten Reich seien allenfalls 1.000.000 Juden ermordet worden,⁴² andererseits die „quantitative ‚Aufrechnung‘“ bzw. die „Gleichsetzung“ des NS-Völkermords mit dem Genozid in Ruanda im Jahre 1994 (auch unter dem Aspekt der Opferzahlen⁴³) nicht unter § 130 Abs. 3 StGB subsumiert werden könne, ließe sich nämlich schwerlich unter Verweis darauf plausibilisieren, dass der Holocaust und das Geschehen des Jahres 1994 in Ruanda sich (immerhin) unter dem Aspekt ihrer völkerstrafrechtlichen Bewertung als Genozid gleichsetzen lassen.⁴⁴

bb) De lege ferenda (Art. 1 Abs. 1 lit. c Rb 2008/913/JI): Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen verharmlosende Vergleiche?

Nimmt man weiterhin die Perspektive de lege ferenda bzw. die diesbezüglichen Pönalisierungsvorgaben in Art. 1 Abs. 1 lit. c Rb 2008/913/JI mit in den Blick, so dürfte auch der Gesichtspunkt rahmenbeschlusskonformer Auslegung dafür sprechen,⁴⁵ Äußerungen, die den NS-Völkermord (bzw. de lege ferenda: sämtliche Genozide, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen) durch relativierende Vergleiche herunterspielen, zumindest nicht von vornherein

⁴¹ Vgl. zu diesen die Nachw. oben Fn. 17.

⁴² Vgl. BGH NJW 2005, 690 (691); zust. Fischer (Fn. 19), § 130 Rn. 31; Krauß (Fn. 4), § 130 Rn. 107; Lohse (Fn. 4), § 130 Rn. 33.

⁴³ Genannt werden Opferzahlen im Bereich von Hunderttausenden, vgl. Möller (Fn. 38), S. 196; Des Forges (Fn. 38), S. 33 ff.

⁴⁴ Allenfalls ließe sich wiederum darauf zurückgreifen, dass erstere Äußerung in ihrem verharmlosenden Gehalt den Holocaust unmittelbar anspricht, der Vergleich mit dem Genozid in Ruanda dagegen nicht. Dies nun gilt freilich – wie unter I. dargelegt – nicht nur für Vergleiche mit anderen Genoziden, sondern für sämtliche Parallelisierungen und damit beispielsweise auch für den Fall des U-Bahnlieds.

⁴⁵ Art. 9 Abs. 1 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen (ABl. EU 2008 C 115, S. 325) sieht vor, dass alle „Rechtsakte [...], die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon [...] angenommen wurden, [...] so lange Rechtswirkung [behalten], bis sie in Anwendung der Verträge aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert werden“. Der Rb zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit bleibt daher konsequenterweise als gem. Art. 29, 31, 34 Abs. 2 lit. b EUV a.F. ante-Lissabon zustande gekommenes Instrument der ehemaligen dritten Säule in Kraft und das nationale Strafrecht ist daher, soweit man der diesbezüglichen freilich mehr als zweifelhaften Rspr. des EuGH folgt (vgl. zur Kritik nur Ambos [Fn. 11], § 12 Rn. 4a m.w.N.), in Konformität mit seinen Vorgaben auszulegen, ohne dass das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon insoweit entscheidend wäre.

³⁸ Vgl. zur Einordnung als Völkermord Prosecutor v. Akayesu, Judgement 2.9.1998 (ICTR-96-4-T), paras. 112 ff.; Barth, Genozid, 2006, S. 112 ff.; Möller, Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof, 2003, S. 210 ff., insb. S. 216; Schabas, Genozid im Völkerrecht, 2003, S. 503 ff.; monografisch zu dem Geschehen in Ruanda im Jahre 1994 Des Forges, Kein Zeuge darf überleben, 2. Aufl. 2003.

³⁹ Das in Ruanda am häufigsten verwendete Tatwerkzeug war die Machete (vgl. etwa Barth [Fn. 38], S. 112; Möller [Fn. 38], S. 203). Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda (ICTR) hat im Urteil gegen den Angekl. Akayesu das Vorliegen einer systematischen Vorgehensweise u.a. damit begründet, dass im Vorfeld der Massaker Macheten in ungewöhnlich großer Zahl in das Land eingeführt worden waren (Prosecutor v. Akayesu, Judgement 2.9.1998 [ICTR-96-4-T], para. 173: „That the attack was systematic is evidenced by the unusually large shipments of machetes into the country shortly before it occurred“).

⁴⁰ Es versteht sich von selbst, dass Vergleiche aspektabhängig sind: Daraus, dass bestimmte körperliche Gegenstände – bspw. eine Tischplatte nebst zwei Böcken aus dem Abholmarkt und ein Louis-quatorze-Schreibtisch gleichermaßen – „(Schreib-)Tische“ darstellen, folgt nicht, dass sie sich etwa auch unter dem Gesichtspunkt ihres Anschaffungspreises oder der bei der Herstellung jeweils verwendeten Materialien vergleichen lassen.

aus dem Anwendungsbereich des § 130 Abs. 3 StGB abzuschichten: Wie erwähnt sieht der Rb zur Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus u.a. die Pönalisierung von (gröblichen) Verharmlosungen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen vor. Zumal aber Verbrechen gegen die Menschlichkeit und mehr noch Kriegsverbrechen (verglichen mit Genozidhandlungen) keine (zeit-)geschichtlich seltenen Ereignisse sind, ergibt sich bzgl. dieser ein denkbar weites Feld für mehr oder weniger (un-)sachgemäße Vergleiche. Anders als bei den bereits de lege lata erfassbaren Verharmlosungen der NS-Völkermordtaten, dürfte sich im Fall der Umsetzung der Rahmenbeschlussvorgaben daher jedenfalls hinsichtlich des Bereichs der Kriegsverbrechen (noch) häufiger das Problem der Bewertung vergleichender Äußerungen ergeben; Vergleiche sind auf diesem Feld vielfach sachlich durchaus gerechtfertigt, wenn man bedenkt, dass die (Kriegs-)Repressalie („belligerent reprisal“) im Unterschied zum Tu-quoque-Einwand als völkerstrafrechtlicher Straffreistellungsgrund in einem engen Kernanwendungsbereich nach wie vor in Frage kommt.⁴⁶ Eine derjenigen Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein die Berufung auf den Straffreistellungsgrund der Repressalie in Betracht kommt, besteht dabei dem Kupreškic-Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien zufolge in der Beachtung des „principle of proportionality“⁴⁷, womit aber letztendlich ausgesprochen ist, dass Kriegsverbrechen zumindest in einem gewissen Sinne der Aufrechnung zugänglich sind. Die Vorgaben des Art. 1 lit. c Rb 2008/913/JI erscheinen vor diesem Hintergrund als durchaus nicht unproblematisch⁴⁸ und jedenfalls dürfte ihre Umsetzung durch ein strafrechtliches Verbot sämtlicher Formen der „Aufrechnung“ von Kriegsverbrechen gegen Taten anderer vergleichbar mit dem „Gefahrentatbestand“⁴⁹ des § 15 Abs. 2 Nr. 2 lit. a SächsVersG, der u.a. für den Fall, dass eine „Versammlung [...] die Gewaltherrschaft, das durch sie begangene Unrecht oder die Verantwortung des nationalsozialistischen Regimes für den Zweiten Weltkrieg und dessen Folgen leugnet, verharmlost oder gegen die Verantwortung anderer aufrechnet“, die Möglichkeit eines Versammlungsverbots vorsieht,⁵⁰ nicht in Betracht kommen.

⁴⁶ Näher *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 397 ff.; *ders.* (Fn. 11), § 6 Rn. 23 u. § 7 Rn. 83 jeweils mit umfassenden Nachweisen; *Cryer/Friman/Robinson/Wilmschurst*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2007, S. 347 f.

⁴⁷ *Prosecutor v. Kupreškic et al.*, Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T), para. 535; mit Bezug auf das Kupreškic-Urteil *Ambos* (Fn. 46), S. 401 („Ihr Einsatz muß *verhältnismäßig* sein“).

⁴⁸ *Lohse* (Fn. 4), § 130 Rn. 8.

⁴⁹ Vgl. *Dietel/Gintzel/Kniesel*, Versammlungsgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2008, § 15 SächsVersG Rn. 267 ff.

⁵⁰ Dabei soll dem Entwurf der CDU-Fraktion und der FDP-Fraktion eines Gesetzes über die landesrechtliche Geltung des Gesetzes über Versammlungen und Aufzüge v. 29.10.2009, S. 14 f. zufolge die Modalität des Aufrechnens als ein Unterfall des Verharmlosens zu verstehen sein.

Entschiede man sich nun aber ganz im Gegenteil, vergleiche mit verharmlosender Tendenz von vornherein aus dem Anwendungsbereich der neu zu schaffenden Verbotsmodalität auszunehmen, so wären damit zwar vorhersehbare Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden, jedoch spricht viel dafür, dass eine derartige Lösung darauf hinauslaufen würde, dass die entsprechende Tatmodalität, deren Schaffung Art. 1 lit. c Rb 2008/913/JI dem deutschen Gesetzgeber aufgibt, von vornherein hinter die Rb-„Mindest“-Vorgaben zurückfällt. Angesichts der umfassenden Pönalisierungsvorgaben dürfte es nämlich dem Anliegen des Rb 2008/913/JI entsprechen, grundsätzlich auch das Herunterspielen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen durch solche Äußerungen zu erfassen, die diese Bezugsgegenstände mittelbar im Wege von relativierenden Vergleichen ansprechen, welche zumindest unter dem Gesichtspunkt der juristischen Bewertung der Vergleichsgegenstände zutreffend sind, so dass sich unter europäischer Perspektive die Einschätzung bestätigt, dass das Problem der Subsumtion vergleichender Äußerungen unter die Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB einer differenzierenden Lösung bedarf, die am Merkmal des Verharmlosens ansetzt:

cc) Differenzierung anhand der Gröblichkeit des Missgriffs

Da § 130 StGB (in sämtlichen Tatbestandsalternativen) keine lediglich unzutreffenden Auffassungen zu geschichtlichen Vorgängen verbietet,⁵¹ folgt aus der Feststellung der Unsachgemäßheit einer Parallele zwischen NS-Völkermordhandlungen und bestimmten Vergleichsgegenständen nicht zwingend, dass die fragliche Äußerung strafbar ist, nicht einmal, dass ein tatbestandliches Verharmlosen vorliegt, sondern nicht mehr, aber auch nicht weniger als dass sich ihre Straflosigkeit *nicht* bereits zwingend daraus ergibt, dass es (aufgrund Sachgerechtigkeit des hergestellten Bezugs) von vornherein an einem tatbestandlichen Verharmlosen fehlt. Anders ausgedrückt, ist für die Bewertung einer vergleichenden bzw. gleichstellenden Äußerung als strafbares Verharmlosen folglich eine qualifiziert gesteigerte inhaltliche Sachwidrigkeit des Vergleichs erforderlich.

Eine angemessene Behandlung der Fälle der Vergleichsbildung, die de lege lata sachgerechte Unterscheidungen im Bereich derjenigen Äußerungen ermöglicht, die NS-Völkermordhandlungen im Wege des Vergleichs bzw. der Gleichsetzung mit anderem herunterspielen, und dabei insoweit gewissermaßen zukunftsfähig erscheint, als sie auch den (noch problematischeren) Fallgruppen des Bagatellisierens von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen gerecht wird, erscheint möglich, wenn man das Kriterium der Gröblichkeit aufgreift, wie es sich bereits in Art. 261^{bis} Abs. 4 SchweizStGB, in § 283 Abs. 1 Nr. 5 des liechtensteinischen StGB sowie in § 3h des österreichischen Verbotsgesetzes⁵² und nunmehr auch in Art. 1 lit. c Rb 2008/913/JI findet⁵³. Bei Lichte (bzw. funktional) betrachtet ent-

⁵¹ *Fischer* (Fn. 19), § 130 Rn. 25 m.w.N.

⁵² Vgl. oben Fn. 7.

⁵³ Das Erfordernis der gröblichen Verharmlosung fand sich im Übrigen bereits in Art. 2 des Entwurfs des Gesetzes zur

scheiden sich im Übrigen die Fälle der (unmittelbaren) quantitativen Verharmlosung ohnehin in der Sache bereits an einer dementsprechenden Unterscheidung: Angesichts verbleibender Unsicherheiten über die genauen Opferzahlen, die sich letztlich aufgrund des Versterbens von Zeitzeugen, Verlusts von Dokumenten und dergleichen kaum mehr werden ausräumen lassen, muss nämlich für ein quantitatives Verharmlosen verlangt werden, dass geäußert wird, die fachwissenschaftlich anerkannten Erkenntnisse würden eine nach oben hin übertriebene falsche Größenordnung angeben.⁵⁴ Führt man das Gröblichkeitskriterium des europäischen Sekundärrechts, des schweizerischen und österreichischen Rechts in seinem sachlichen Gehalt mit dem Erfordernis zusammen, dass bei der quantitativen Verharmlosung (über die bloße Nennung unrichtiger Opferzahlen hinaus) die fachwissenschaftlich anerkannte Größenordnung der Opferzahlen bestritten werden muss, so lässt sich eine Linie abstrahieren, die plausible Lösungen der problematischen Fallgruppe des Verharmlosens durch Vergleiche ermöglicht: Ein tatbestandlich erfasstes Verharmlosen von NS-Völkermordhandlungen (bzw. de lege ferenda auch von sonstigen Genozidhandlungen, von deutschen oder sonstigen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von deutschen oder sonstigen Kriegsverbrechen) läge danach dort vor, wo die Parallele, die der Äußernde herstellt, unter dem Gesichtspunkt, unter dem sie gezogen wird, in der Weise klar sachwidrig ist, dass sich eine Sachdiskussion über den Vergleich bereits im Ansatz erübrigt, weshalb eine gröbliche Verharmlosung der tatsächlich schwerwiegenderen der beiden Vergleichspositionen stattfindet. Diese Voraussetzungen werden nun bspw. gegeben sein, wenn der Genozid in Ruanda im Jahre 1994 mit dem NS-Völkermord zahlenmäßig oder im Hinblick auf Methoden oder Organisationsgrad mit den Taten des Dritten Reichs gleichgesetzt wird, nicht aber bspw. bereits dort, wo jemand erklärt, dass nicht nur durch das Dritte Reich Konzentrationslager betrieben worden sind, sondern mit dem Gulag auch in der Sowjetunion ein etabliertes „KZ-System“ existiert habe,⁵⁵

Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches v. 15.2.2005 (BT-Drs. 15/4832, S. 2) bzgl. anderer Genozide (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB in der Fassung des Entwurfs), während hinsichtlich des NS-Völkermords (weiterhin) ein bloßes Verharmlosen hinreichen sollte (vgl. auch oben Fn. 12). Dass ein auf beide Fallgruppen bezogenes Erfordernis der gröblichen Verharmlosung zu unangebrachten Ergebnissen bzgl. den Holocaust bagatellisierender Äußerungen führen müsste, ist freilich nicht ersichtlich. Vgl. Haupttext.

⁵⁴ BGH NJW 2005, 689 (691); König/Seitz, NStZ 1995, 1 (3).

⁵⁵ Sofern (damit) allerdings erklärt wird, dass das Gulag-System mit den nationalsozialistischen Vernichtungszentren (Belzec, Chelmno, Sobibor, Treblinka und Auschwitz-Birkenau sowie Majdanek) gleichgesetzt werden könne, ist diese Aussage historisch falsch, weil in der Sowjetunion *derartige* Einrichtungen nicht bestanden haben (vgl. nur *Kotek/Rigoulot*, Das Jahrhundert der Lager, 2001, S. 22). Mit Blick auf die Beschaffenheit des Vergleichs/Gleichsetzungsobjekts wird man aber nicht sagen können, dass die Parallele in dem Maße

und (natürlich) von vornherein dort nicht, wo (ohne Einschränkung zutreffend) erklärt wird, dass sich die Geschehnisse in Ruanda im Jahre 1994 wie diejenigen in Auschwitz in der Zeit des Dritten Reichs gleichermaßen unter § 6 Abs. 1 VStGB subsumieren lassen.

b) Vergleiche mit Banalitäten – Das U-Bahnlied

Die Gewährleistung der Meinungsfreiheit erfordert, dass bei der strafrechtlichen Sanktionierung von Äußerungen unabhängig vom subjektiven Verständnis des Äußernden oder derjenigen, welche die Äußerung wahrnehmen der objektive Sinn der Erklärung zugrunde zu legen ist, woraus sich auch im Fall des U-Bahnlieds für die Strafgerichte (soll eine Verurteilung erfolgen) die Notwendigkeit ergibt, straflose Deutungen mit schlüssigen Gründen auszuschließen.⁵⁶ Ein Scheinproblem stellt insoweit freilich die vom OLG Rostock in den Mittelpunkt seiner Entscheidung zum U-Bahnlied gerückte Frage dar, in welche Richtung der in dessen Rahmen angestellte Vergleich aufzulösen ist. Das OLG setzt zunächst zutreffend an der Notwendigkeit des Ausschlusses strafloser Deutungen an, um dann insoweit entscheidend damit zu argumentieren, dass das U-Bahnlied, woraus seine Straflosigkeit folge, auch so verstanden werden könne, dass (lediglich) das Schicksal der gegnerischen Mannschaft bzw. ihrer Anhänger aufgewertet wird, während die NS-Völkermordhandlungen, die auf den plakativen Begriff „Auschwitz“ verdichtet werden, gar nicht heruntergespielt werden:⁵⁷ „Maßgebend ist, dass [...] ‚symbolisch zum Ausdruck gebracht‘ werden soll, dass die Anhänger des gegnerischen Fußballvereins ‚ein ähnliches Schicksal wie die [in Auschwitz] ermordeten Personen [...] erleiden [sollen]‘. Infolgedessen lässt sich der Text des Liedes dahin interpretieren, dass den ‚Gegnern‘ eine – als ‚solche erkannte und als historische Wahrheit akzeptierte – besonders grausame und menschenverachtende Vernichtung gewünscht wird, wobei offen bleiben kann, ob dies (lediglich) im übertragenen – sportlichen – Sinn zu deuten ist. ‚Auschwitz‘ ist schlagwortartiges Synonym für diese Vernichtung. Einer solchen – angesichts des Gesamtgeschehens sogar naheliegenden – Deutung stünde ein qualitatives oder quantitatives Bagatellisieren jedoch entschieden entgegen“.

Kurz gesagt: Den Sängern des U-Bahnlieds könne an einem Herunterspielen des NS-Völkermords von vornherein nicht gelegen sein, weil ja das ungünstige Schicksal des gegnerischen Teams bzw. der gegnerischen Fans anhand eines

sachwidrig ist, dass sich ihre Subsumtion unter die Verharmlosungsmodalität des § 130 Abs. 3 StGB begründen lässt. Dass bspw. im Rahmen des sog. Historikerstreits geäußerte Thesen (vergleichenden Inhalts) sich widerlegen lassen, führt ohne Weiteres bereits diesseits (des Nichtvorliegens) der Friedensstörungseignung bzw. des Eingreifens der Sozialadäquanzklausel nicht dazu, dass zwangsläufig ein qualitatives Verharmlosen vorliegt. Eingehend zum Gulag *Kotek/Rigoulot* (a.a.O.), S. 117 ff. m.w.N.

⁵⁶ Vgl. BVerfG NJW 2008, 2907 (2908); BVerfG NJW 2001, 2072 (2074); BVerfGE 82, 43 (52 f.).

⁵⁷ OLG Rostock StraFo 2007, 426 (427).

Vergleichs mit Auschwitz aufgewertet werden soll. Einleuchtend ist dies nicht. Exemplarisch: Auf die treuherzige Deutung, dass es *keine* Äußerung darstellt, welche die Qualitäten des untadeligen Einserschülers S1 herabwertet, wenn dessen Klassenlehrer auf dem Elternabend coram publico erklärt, das Leistungen und Betragen des Schülers S2, welcher in Wirklichkeit sowohl intellektuell minderbemittelt als auch in seinem Verhalten auffällig ist, mit denen des S1 verglichen werden könnten, soweit es dem Lehrer dabei nur darauf ankommt, den Vater des S2 aus irgendwelchen Gründen günstig zu stimmen, wäre vor Lektüre des Rostocker U-Bahnlied-Beschlusses wohl niemand verfallen. Dies mit Recht, denn die Frage, ob eine Gleichsetzung von Äpfeln mit Birnen, die sich dabei nicht auf die zutreffende Erklärung beschränkt, dass es sich bei beiden Vergleichsposten um Obst handelt, eine (unrichtige) Bewertung (ausschließlich) der Äpfel oder der Birnen darstellt, ist ein Produkt hergeholter Deutelei. Wer Bezugsobjekte gleichsetzt, stellt – sozusagen mathematisch gesehen – eine Gleichung auf; Gleichungen ist nun aber eigentümlich, dass man sie nach beiden Seiten hin auflösen kann, weshalb Überlegungen zu der Frage, ob durch die Äußerung $1 = 100$ die Zahl 1 überbewertet oder die Zahl 100 unterbewertet wird, abwegig sind.

Man sollte nun nicht einwenden, dass die hier gebildeten Vergleiche unter dem Gesichtspunkt, unter dem sie angestellt werden, deshalb sachwidrig seien und bei der Konkretisierung des § 130 Abs. 3 StGB de lege lata et ferenda nicht weiterhelfen könnten, weil das (tatsächliche) Verhältnis etwa zwischen der Zahl 1 und der Zahl 100 oder auch der Unterschied zwischen Äpfeln und Birnen nun einmal offener zutage liegt als in Fällen historischer bzw. historisierender Vergleiche. Dem nämlich lässt sich – wie dargelegt – dadurch angemessen Rechnung tragen, dass man den Anwendungsbezug des § 130 Abs. 3 StGB auf solche (vergleichenden) Äußerungen beschränkt, die die NS-Völkermordhandlungen im Wege des Vergleichs gröblich verharmlosen, insoweit die gänzliche Unangemessenheit des Zusammenbringens der Bezugsgegenstände offen zutage tritt.⁵⁸ Im Fall des U-Bahnlieds liegt nun dieses Erfordernis allemal vor, zumal – ohne dass es hierauf auch nur ankäme⁵⁹ – sogar dem buchstäblich letzten der Sänger und auch dem letzten Zuhörer klar sein muss, dass dem gegnerischen Team bzw. dessen Anhängern nicht der Tod durch Vergasung und die anschließende Verbrennung ihrer Körper in Öfen droht.⁶⁰ Dass – worauf das

OLG Rostock in seinem Argumentationsgang hinweist – im Kontext des U-Bahnlieds die „historische Wahrheit akzeptiert[]“ werde,⁶¹ steht einem qualitativen Verharmlosen nicht entgegen, sondern ist für dieses gerade charakteristisch.⁶² Das OLG vermennt insoweit die Verharmlosungsmodalität mit derjenigen des Leugnens. Schließlich ist es für die Tatbestandsverwirklichung auch ohne Belang, dass die Sänger des U-Bahnlieds – im Sinne der Überlegungen des OLG Rostock – lediglich eine Aufwertung des ungünstigen sportlichen Schicksals der gegnerischen Mannschaft bzw. ihrer Anhänger bezweckt haben mögen, da die Verwirklichung des § 130 Abs. 3 StGB lediglich bedingten Vorsatz erfordert und nicht etwa eine Verharmlosungsabsicht voraussetzt.⁶³ Das (öffentliche) Absingen des U-Bahnlieds stellt daher nicht etwa nur eine Geschmacklosigkeit dar, sondern ein Vergehen, strafbar nach § 130 Abs. 3 StGB.⁶⁴

⁵⁸ Vgl. insoweit (freilich zur subjektiven Tatseite) auch *Fischer* (Fn. 19), § 130 Rn. 42 („gänzliche Unangemessenheit der geäußerten Wertungen“).

⁵⁹ Vgl. zur Maßgeblichkeit des objektiven Sinns der Äußerung oben bei Fn. 56.

⁶⁰ Vgl. insoweit LG Cottbus, Beschl. v. 26.2.2009 – 24 Qs 411/08, Rn. 10: „Mit der Formulierung ‚[...] eine U-Bahn bauen wir, von Cottbus bis nach Auschwitz [...]‘ wird der Bezug hergestellt zu den Transporten der Opfer der Vernichtung nach Auschwitz. Dass der Text vordergründig auf die Spieler bzw. Fans des gegnerischen Fußballclubs [...] gemünzt gewesen sein dürfte, bedeutet angesichts des aufgezeigten Bezuges zu der in Auschwitz ausgeübten Massenver-

nichtung und der Ungeheuerlichkeit dieses Vorgangs nichts anderes, als dass das Geschehen in Auschwitz in seinem Unwertgehalt bagatellisiert bzw. relativiert wird“.

⁶¹ Vgl. oben Haupttext zu Fn. 57.

⁶² Vgl. Nachw. oben in Fn. 18.

⁶³ Vgl. BGH NJW 2005, 689 (691 f.); *Lackner/Kühl* (Fn. 18), § 130 Rn. 12; *Fischer* (Fn. 19), § 130 Rn. 42.

⁶⁴ OLG Braunschweig StraFo 2007, 212; LG Cottbus, Beschl. v. 26.2.2009 – 24 Qs 411/08; *Rackow*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht*, Stand: 1. Oktober 2009, § 130 Rn. 31.3.

Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick

Von Wiss. Angestellter **Dominik Brodowski**, LL.M. (Univ. Pennsylvania), Tübingen*

More than ever before, the European Union influences national criminal law and national criminal procedure. Notable trends include ever closer harmonization of criminal provisions – and, in future, of criminal procedure – and the multitude of Framework Decisions (in future: Directives) concerning mutual recognition of judicial decisions in criminal matters. An overview – and first assessment – of recent developments in the field of European Criminal Law and Criminal Procedure will be provided in this new, biannual series. The first instalment covers mid-October 2009 to mid-April 2010, with a special focus on the Lisbon Treaty, the Stockholm Programme and the Commission's Work Programme.

Das nationale Strafrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist vermehrt in europäischem Lichte zu betrachten: Zahlreiche materiell-strafrechtliche Normen beruhen entweder auf Pönalisierungspflichten, die im Rahmen von Harmonisierungs-Rahmenbeschlüssen – bzw. zukünftig Richtlinien – die nationalen Gesetzgeber binden, oder sind angesichts dieser Vorgaben europarechtskonform auszulegen. Eine (begrenzte) Harmonisierung strafverfahrensrechtlicher Garantien – mithin auch eine Überformung des Prozessrechts – zeichnet sich bereits ab. Über diesen beiden Regelungsbereichen thront aber die europäisierte transnationale Durchsetzung des Strafrechts, basierend auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Für Rechtsanwender und Rechtswissenschaft ist daher eine rasche und umfängliche Information, sowie eine erste Bewertung der strafrechtsrelevanten Entwicklung in der Europäischen Union unabdingbar. Halbjährlich soll daher an dieser Stelle über wesentliche Normsetzungsvorhaben auf Ebene der EU sowie über einschlägige Rechtsprechung referiert werden. Dieser Bericht behandelt den Zeitraum von Mitte Oktober 2009 bis Mitte April 2010.

I. Strafrechtsverfassung

1. Vertrag von Lissabon

a) Vertrag von Lissabon i.e.S.

Nach Hinterlegung sämtlicher Ratifikationsurkunden trat der Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft am 1.12.2009 in Kraft.¹ Maßnahmen im Bereich des Titels V („Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“) Kapitel 4 („Justizielle Zusammenarbeit

* Der Verf. ist Wiss. Angestellter an der Forschungsstelle für Europäisches Straf- und Strafprozessrecht (eurocrim) und am Lehrstuhl für Europäisches Straf- und Strafprozessrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen, Prof. Dr. Joachim Vogel, RiOLG. Alle in diesem Bericht aufgeführten EU-Rechtsakte und EU-Rechtsetzungsvorgänge sind in der Datenbank der Forschungsstelle unter www.eurocrim.org verfügbar.

¹ Konsolidierte Fassung in ABl. EU Nr. C 83 v. 30.3.2010, S. 1.

in Strafsachen“) und Kapitel 5 („Polizeiliche Zusammenarbeit“) werden in geringer Abweichung vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV) nicht nur auf Vorschlag der Kommission, sondern auch auf Initiative eines Viertels der Mitgliedstaaten erlassen (Art. 76 AEUV; s. insoweit auch Art. 238 Abs. 2 AEUV). Im Regelfall reichen qualifizierte Mehrheiten aus; lediglich „soweit grundlegende Aspekte [der] Strafrechtsordnung [eines Mitgliedstaats] berührt“ werden, kann ein Mitgliedstaat in einem gesonderten Verfahren eine Bindungswirkung vermeiden. Die Förderung der operativen Zusammenarbeit soll durch einen neuen ständigen Ausschuss im Rat sichergestellt werden (Art. 71 AEUV, „COSI“). Diesem obliegt im Wesentlichen eine Koordinierungsfunktion; legislative Befugnisse sind ihm nicht zugewiesen.

Ein kursorischer Überblick über die Kompetenzen der Europäischen Union auf dem Gebiet des Strafrechts liefert folgendes Bild:²

- Schwerpunkt der Zusammenarbeit in Strafsachen ist die gegenseitige Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlicher Entscheidungen (Art. 82 Abs. 1 AEUV). Zu deren Förderung ist unter anderem auch die Regelungskompetenz zur Verhinderung und Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 82 Abs. 1 lit. b AEUV), zur Zusammenarbeit zwischen den Justiz- und sonstigen Behörden im Rahmen der Strafverfolgung und -vollstreckung (Art. 82 Abs. 1 lit. d AEUV) und zur Regelung strafprozessualer Aspekte, insbesondere der Zulässigkeit von Beweismitteln und der Opfer- und Beschuldigtenrechte (Art. 82 Abs. 2 AEUV) der Europäischen Union zugewiesen.
- Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen (Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 AEUV) können erlassen werden betreffend Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität und, soweit diese zur wirksamen Durchführung der Politik der Union unerlässlich sind, betreffend sämtliche Aspekte, für welche die Union Regelungskompetenz besitzt.
- Die Koordinierungs- und Initiativbefugnisse von Eurojust (Art. 85 AEUV) als Keimzelle einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV)³ werden bereits primärrechtlich konkretisiert.
- Die Union kann internationale Übereinkünfte – mit Drittländern oder mit internationalen Organisationen – abschließen, wenn dies zur Verwirklichung der „Ziele“ der Verträge erforderlich ist (Art. 216

² Vertiefend u.a. *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11; *Zimmermann*, Jura 2009, 844.

³ S. zuletzt *Nürnberg*, ZJS 2009, 494.

Abs. 1 AEUV). Grundsätzlich genügt auch hier eine qualifizierte Mehrheit im Rat (Art. 218 Abs. 8 AEUV), im Regelfall ist die Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich (Art. 218 Abs. 6 lit. a) AEUV). Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage (Art. 38 i.V.m. Art. 24 Abs. 6 EU a.F.) binden diese Übereinkommen auch die Mitgliedstaaten (Art. 216 Abs. 2 AEUV).

- Das Sanktionenregime gegen Individuen und Organisationen (sog. „smart sanctions“)⁴ findet in Art. 75 AEUV nunmehr eine explizite Rechtsgrundlage im Primärrecht.

b) Übergangsbestimmungen

Das Protokoll Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen⁵ ordnet in Art. 9 die Fortgeltung derjenigen Maßnahmen an, die unter Geltung des Titels VI EU a.F. ergriffen wurden. Dies betrifft auch solche Rechtsakte, die nach dem Vertrag von Lissabon nicht länger vorgesehen sind – etwa Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 34 Abs. 2 lit. d) EU a.F.). Bis zu einer Änderung eines solchen Rechtsakts, spätestens jedoch bis zum 30.11.2014 sind Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) ausgeschlossen und Vorabentscheidungsverfahren nur nach Art. 35 EU a.F. zulässig (Art. 10 Protokoll Nr. 36). Infolgedessen gilt in Deutschland auch § 1 EuGHG fort. Bezüglich neuer oder geänderter Rechtsakte erscheint die analoge Anwendung von § 1 EuGHG der richtige Weg, um Straf- und Rechtshilfeverfahren auszusetzen und dem EuGH zur Vorabentscheidung (dann gem. Art. 267 AEUV) vorzulegen. Die Begrenzungsklausel des Art. 35 Abs. 5 EU a.F. – dass der Gerichtshof nicht für die Überprüfung der Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats zuständig ist – wurde in Art. 276 AEUV übernommen.

2. Beitritt zur EMRK

Auch im Lichte der Vorgaben des Stockholmer Programms (s. unten 3.) bezeichnet die spanische Ratspräsidentschaft den in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehenen Beitritt der EU zur (Europarats-)Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) als vordringliches Ziel. Zu klären sei aber insbesondere noch, ob und zu welchen Zusatzprotokollen die EU beitreten sollte, wie das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur EMRK unberührt bleiben kann (vgl. Art. 2 des Protokolls Nr. 8 zum Vertrag von Lissabon⁶), wie die Vertretung der EU in den Organen des Gerichtshofs – etwa der parlamentarischen Versammlung – erfolgen sollte, und wie das Verhältnis zwischen EuGH und EGMR zu gestalten sei.⁷

3. Stockholmer Programm

Der Europäische Rat nahm auf seiner Sitzung am 11.12.2009 das Stockholmer Programm – ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutze der Bürger – an.⁸ Hervorzuheben ist aus strafrechtlicher Sicht:

- Die politische Priorität liegt auf einer Balance zwischen Wahrung des Grundrechtsschutzes und einer Gewährleistung von Sicherheit. Erstere soll insbesondere durch einen Beitritt zur EMRK und eine Sicherstellung der Konformität (neuer) europäischer Rechtsakte mit der EMRK, aber auch durch weitere Maßnahmen verfolgt werden, letztere durch ein „Europäisches Sicherheitsmodell“ (s. noch unten 4.).
- Im Rahmen einer evidenzbasierten Politik soll die „vollständige und wirksame Umsetzung, Durchsetzung und Bewertung der bestehenden Instrumente“ im Vordergrund stehen. Neue Rechtsinstrumente sollen nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, Subsidiarität und „nach gründlichen Vorarbeiten erfolgen, wozu auch vorherige Folgenabschätzungen gehören, bei denen [...] auch der Bedarf [...] ermittelt wird“. Besonderes Augenmerk sei auf die Verbesserung der Kohärenz und die Steigerung der Qualität der Rechtsvorschriften zu richten.
- Das gegenseitige Vertrauen wird in seiner Bedeutung als notwendige Voraussetzung für Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung erkannt. Als vertrauensbildende Maßnahme kommen hierbei – neben dem Beitritt zur EMRK – auch weitere Instrumente in Betracht, etwa zur Sicherung der Verfahrensrechte in Strafverfahren. Ein weiterer Schwerpunkt soll auf der Evaluierung der Kriminaljustizsysteme und der europäischen Rechtsakte liegen. Ziel ist die Schaffung einer „echte[n] europäische[n] Strafverfolgungskultur“.
- Die Gewährleistung von (Grund-)Rechtsschutz ist das erste materielle Thema, dem sich der Entwurf widmet; dabei vermischen allerdings Aspekte staatlicher Schutzpflichten gegenüber Eingriffen Dritter – etwa zum Schutz vor Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, oder zum Schutze der Kinder – mit Aspekten des Schutzes vor unverhältnismäßigen staatlichen Eingriffen, etwa den Datenschutz (vor allem in Drittstaatskonstellationen) betreffend. Der Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen und Beschuldigten (s. unten IV. 1) ist „Teil des Stockholmer Programms“.
- Auch weiterhin soll das Prinzip gegenseitiger Anerkennung Leitlinie für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sein. Die Instrumente zu dessen Umsetzung sollen aber „benutzerfreundlicher“ werden:
 - So solle die Schaffung eines umfassenden Systems für die Beweiserhebung (Europäische Ermittlungsanordnung, s. unten V. 1) weiter verfolgt werden,

⁴ S. zuletzt Meyer, HRRS 2010, 74.

⁵ ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 322.

⁶ ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 273.

⁷ Ratsdok. 6582/10.

⁸ I.d.F. Ratsdok. 17024/09.

das die Flexibilität des traditionellen Rechtshilfe-rechts und das Prinzip gegenseitiger Anerkennung miteinander vereinen, so weit wie möglich alle Arten von Beweismitteln erfassen und die Verweigerungsgründe so weit wie möglich begrenzen soll.

- Eine Erleichterung der Informationserhebung von privaten oder öffentlichen Einrichtungen eines anderen Mitgliedstaates – ohne Zwangsmaßnahmen und ohne Einschaltung von Justizbehörden des anderen Staates – wird ebenso angedacht wie die extraterritoriale Ausübung von Ermittlungsmaßnahmen, gestützt auf Art. 89 AEUV (vormals Art. 32 EU a.F.)
- Eine Europäische Schutzanordnung (s. unten V. 3) ist Teil des Programms.
- Als langfristiges Ziel sei zudem die gegenseitige Anerkennung der Aberkennung bestimmter Rechte (etwa Berufsverbote) anzustreben.
- Bei der Harmonisierung von Strafvorschriften liegt der Schwerpunkt des Programms auf der Korrelation mit dem Verzicht auf beiderseitige Strafbarkeit in Rechtshilfeinstrumenten bei „Listendelikten“. Konkrete Vorgaben für eine vertiefte Harmonisierung oder eine Expansion auf weitere Deliktsbereiche enthält das Programm nur indirekt bezüglich der Bekämpfung des Menschenhandels (s. unten III. 4) und der sexuellen Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie (s. unten III. 3).
- Mit einer Europäischen Strategie der inneren Sicherheit (s. auch unten 4.) sollen die verschiedenen präventiven, preemptiven und repressiven Möglichkeiten zur Kriminalitätsverfolgung innerhalb der EU in Einklang gebracht werden. Unter adäquater Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes sollen dabei auch Möglichkeiten eines verstärkten Informationsaustauschs – im Rahmen eines europäischen Informationsmanagements – und auch der Einsatz „neuer Technologien“ für strategische Analysen („intelligence-led approach“ – „proaktive[r] und erkenntnisgestützte[r] Ansatz“) in Betracht gezogen werden. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang neben der Vorratsdatenspeicherung von Passagierdaten (PNR-Daten, s. auch unten IV. 4.) eine Durchführbarkeitsstudie über die [...] Einrichtung eines Europäischen Kriminalaktennachweises (EPRIS) sowie Prüfungsaufträge betreffend Informationsaustausch über reisende Gewalttäter (insbesondere bei Sportveranstaltungen) und betreffend Vernetzung der Strafregister zur wirksamen Kontrolle des Zugangs zu bestimmten Berufen.
- Die Außenbeziehungen der EU sollen auch im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts gestärkt werden. Länderschwerpunkte sollen dabei vorrangig nach strategischen Gesichtspunkten gesetzt werden. Genannt werden neben den Beitrittskandidaten und den EEA/Schengen-Ländern insbesondere die USA und Russland. Die bedeutendsten Maßnahmen sollen neben einer Motivation zum Beitritt der Partner-

länder „zu den wichtigsten bereits funktionierenden Übereinkommen“ in der Aushandlung von Rechtshilfe- und Auslieferungübereinkommen (s. unten V. 7. und 8.) liegen.

Ende April 2010 legte die Kommission ein entsprechendes Arbeitsprogramm vor.⁹ Der Schwerpunkt des Stockholmer Programms dürfte einerseits in der Entwicklung des europäischen Strafprozessrechts – insbesondere die Beweiserhebung und den Beweistransfer, aber auch die Rechtshilfe mit Drittstaaten betreffend – liegen, andererseits in der Weiterentwicklung des Datenaustauschs basierend auf dem Prinzip der Verfügbarkeit.

4. Europäisches Sicherheitsmodell

Der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – nahm auf seiner 2998. Sitzung am 25./26.2.2010 den Entwurf der spanischen Ratspräsidentschaft für eine Strategie der inneren Sicherheit für die Europäische Union: „Hin zu einem Europäischen Sicherheitsmodell“ an.¹⁰ Als ein umfassendes und übergreifendes Konzept, das den Grundrechten der Bürger, der Kooperation und Solidarität der Mitgliedstaaten und einem Primat der Prävention verpflichtet ist, soll es die bestehenden Aktivitäten kohärenter fassen und Prinzipien sowie Leitlinien für zukünftige Maßnahmen festlegen.

Bei der Bedrohungslage steht Terrorismus in jeglicher Form im Vordergrund, gefolgt von „schwerer und organisierter Kriminalität“. Beispielhaft genannt werden Drogenhandel, Wirtschaftskriminalität, Menschenhandel, Waffenhandel, sexueller Missbrauch von Kindern und Kinderpornographie, Gewaltkriminalität, Geldwäsche und Urkundendelikte. Zudem liege eine Bedrohung vor unter anderem durch Cyberkriminalität, grenzüberschreitende Kriminalität sowie Gewaltkriminalität durch Jugendliche und bei Sportveranstaltungen.

Als Antwort auf die Bedrohungslage sieht der Entwurf vor, dass unterschiedliche Rechtsordnungen Fortschritte in der Prävention grenzüberschreitender Kriminalität nicht behindern dürfen. Zukünftig seien dabei folgende Prinzipien zu beachten:

- Maßnahmen betreffend die Freiheit, die Sicherheit und das Recht müssen sich gegenseitig verstärken und zugleich die Grundrechte, internationalen Schutz, Rechtsstaatlichkeit und die Privatsphäre wahren.
- Der Schutz aller Bürger, besonders aber der besonders gefährdeten Bürger, müsse im Vordergrund stehen, mit besonderem Blick auf die Opfer von Straftaten von Menschenhandel und geschlechtsspezifischer Kriminalität.
- (Soziale) Integration und der Kampf gegen Diskriminierung seien wesentliche Elemente des Sicherheitsmodells. Dialog sei der Weg zur Klärung von

⁹ KOM[2010] 171 endgültig v. 20.4.2010.

¹⁰ I.d.F. Ratsdok. 5842/10.

Meinungsverschiedenheiten und habe die Prinzipien der Toleranz, des Respekts und der Meinungsfreiheit zu wahren.

- Maßnahmen sollen transparent und zurechenbar („accountability“) ergriffen werden.
- Gegenseitiges Vertrauen sei wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten.

Der Entwurf zeigt sodann zehn Leitlinien für zukünftige Maßnahmen auf:

- Ein umfassender und übergreifender Ansatz sei zu wählen, der gleichermaßen die horizontale Dimension (etwa zwischen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden) wie die vertikale Dimension (internationale Kooperation, EU, Mitgliedstaaten, regionale und lokale Aspekte) berücksichtige.
- Maßnahmen und Aktivitäten seien einer effektiven legislativen und justiziellen Kontrolle zu unterwerfen.
- Prävention und Preemption als „proaktiver, erkenntnisbasierter (,intelligence-based‘) Ansatz“ sei zu betonen. Beispielhaft genannt werden die Fluggastdatensätze (PNR-Daten), aber auch Kooperationen mit Finanzinstituten, wie sie etwa zur Geldwäschebekämpfung genutzt werden.
- Ein umfassendes Modell des Informationsaustauschs sei zu entwickeln. Dieses müsse im Prinzip der Verfügbarkeit kulminieren und sei mit einer Intensivierung des Datenaustauschs verbunden, wenngleich der Schutz vor Missbrauch dieser Daten durch Dritte zu beachten sei.
- Die operative Kooperation – koordiniert und geleitet durch den COSI-Ausschuss (Art. 71 AEUV) – zwischen Europol, Eurojust, EJM, weiteren Institutionen und den Mitgliedstaaten soll verstärkt werden, insbesondere Unterstützungsleistungen von Europol für die Mitgliedstaaten betreffend.
- Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sei ebenso essenziell wie die Effektivierung von Eurojust. Synergien zwischen Polizei-, Grenzschutz- und Justizbehörden müssen genutzt werden, um grenzüberschreitende Kriminalität zu bekämpfen.
- Ein integriertes Grenzmanagement müsse basieren einerseits auf einer Weiterentwicklung von FRONTEX, EUROSUR und SIS, andererseits aber auch auf einem IT-Grenzkontrollsystem (mutmaßlich nicht nur mit Speicherung der Fluggastpassagierdaten, sondern auch sonstiger Grenzübertreite), welches Grenzkontrollen an Außengrenzen auch beschleunigen und vereinfachen könne.
- Die Aus- und Fortbildung der Akteure wird genauso hervorgehoben wie die Notwendigkeit von innovativen Ansätzen etwa bei (informations-)technischen Systemen und der Auswertung der verfügbaren Daten.

- Die „externe Dimension“ sei durch Kooperation mit Drittstaaten zu wahren.
- Durch einen „pragmatischen, flexiblen und realistischen Ansatz“ sei die Strategie an zukünftige Herausforderungen anzupassen.

Das Primat der Prävention in diesem Strategie-Entwurf ist ebenso hervorzuheben wie die Expansion und Intensivierung des Datenaustauschs basierend auf dem Prinzip der Verfügbarkeit. Es ist anzunehmen, dass die Umsetzung der Strategie die Grenzverwischung zwischen Strafverfolgungs-, Polizei- und Geheimdienstbehörden beschleunigen dürfte.

5. Arbeitsprogramm der Kommission zur Umsetzung des Stockholmer Programms

Zur Umsetzung des Stockholmer Programms (s. oben I. 3) verabschiedete die Kommission am 20.4.2010 ein entsprechendes Arbeitsprogramm.¹¹ An diesem bemängelte der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3008. Sitzung am 23.4.2010, dass es zu wenig die Vorgaben des Stockholmer Programms spiegele.¹²

Bezüglich des Grundrechtsschutzes und der Strafverfahrensrechte ist festzustellen, dass der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK (s. oben I. 2) ebenso bereits 2010 vorangetrieben werden soll wie die Gestaltung eines neuen, umfassenden „Rechtsrahmen[s] für Datenschutz“ nebst eines diesbezüglichen Abkommens mit den USA (s. unten V. 7 c). Der Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte (s. unten IV. 1.) soll bis zum Jahr 2014 verwirklicht werden und in einem Grünbuch kulminieren, das den Bedarf an zusätzlichen Mindestverfahrensrechten für Beschuldigte und Verdächtige feststellen soll.

Institutionell ist vorgesehen, Eurojust zunächst 2012 die Befugnis zu verleihen, Ermittlungen einzuleiten, bevor 2013 eine Mitteilung der Kommission über die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft folgen soll (s. aber noch II. 4.). Für 2012 plant die Kommission einen Vorschlag für eine Europol-Verordnung.

Die Harmonisierung von Strafvorschriften soll dieses Jahr – neben den bereits vorliegenden Kommissionsvorschlägen betreffend Menschenhandel und Kinderpornographie (s. unten III. 3., III. 4.) – auch bezüglich Angriffen auf Informationssysteme weiter vorangetrieben werden.¹³ Für 2011 plant die Kommission einen erneuten Legislativvorschlag für strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, nachdem der Kommissionsvorschlag aus dem Jahr 2006 vor allem auf Druck des Europäischen Parlaments versandete.¹⁴ In weiterer Folge sollen Zollverfahren harmonisiert werden und die Pönalisierungsverpflichtun-

¹¹ KOM[2010] 171 endgültig v. 20.4.2010.

¹² Ratsdok. 8920/10, S. 8.

¹³ S. aber bereits den Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates v. 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme, ABl. EU Nr. L 69 v. 15.3.2005, S. 67.

¹⁴ KOM[2006] 168 endgültig v. 26.4.2006 sowie zuvor KOM[2005] 276 endgültig v. 12.7.2005.

gen betreffend Umweltschutz¹⁵ und Geldwäsche¹⁶ überarbeitet werden.

Die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverbindungsdaten¹⁷ wird bereits 2010 evaluiert werden und ggf. in Modifikationen der entsprechenden Richtlinie resultieren. Die mögliche Nutzung von „strafverfolgungsrelevanten Geschäftsdaten“ soll ein Grünbuch im Jahr 2012 thematisieren.

An Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung ist für 2011 avisiert das ermittlungsrechtliche Kernprojekt des Stockholmer Programms, die Europäische Ermittlungsanordnung (s. unten V. 1.), die kombiniert werden soll mit gemeinsamen Standards für die Beweiserhebung in Strafsachen, um die transnationale Zulässigkeit der Beweismittel sicherzustellen. Ebenfalls für 2011 geplant ist ein Legislativvorschlag zur gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen einschließlich Geldbußen für Straßenverkehrsdelikte.¹⁸ Zwei Jahre später soll ein Vorschlag betreffend die gegenseitige Anerkennung von Rechtsverlusten folgen.

Komplettiert wird das Arbeitsprogramm durch die Ankündigung einer Mitteilung über die Strategie der inneren Sicherheit (s. hierzu bereits oben I. 4.) sowie eines Vorschlags für ein Verfahren zur Bewertung der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen.

II. Institutionen

1. Kommission

Nach positivem Votum des Europäischen Parlaments am 9.2.2010 ernannte der Europäische Rat mit Wirkung zum 10.2.2010 die neue Europäische Kommission „Barroso II“.¹⁹ Der Aufgabenbereich Justiz, Freiheit und Sicherheit ist in Nachfolge von *Jacques Barrot* auf zwei Kommissare aufge-

teilt.²⁰ *Viviane Reding* (Luxemburg) als Kommissarin für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft, zugleich Vizepräsidentin der Kommission, sowie *Cecilia Malmström* (Schweden) als Kommissarin für Inneres. Beide teilen sich die Zuständigkeit für das Direktorat A (Allgemeine Angelegenheiten) der weitgehend unveränderten Generaldirektion Justiz, Freiheit und Sicherheit. Kommissarin *Reding* ist zudem zuständig für die Direktorate D (Grundrechte und Unionsbürgerschaft) und E (Justiz) – inkl. E.3 Strafjustiz – sowie für Eurojust und für die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte. Kommissarin *Malmström* ist weiterhin zuständig für die Direktorate B (Einwanderung und Asyl), C (Migration und Grenzen) und F (Sicherheit) – inkl. F.1 Terrorismusbekämpfung, F.2 Bekämpfung organisierter Kriminalität sowie F.3 Polizeiliche Zusammenarbeit und Zugang zu Informationen – und für Europol, die Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen (FRONTEX), sowie die Europäische Polizeiakademie.

2. Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)

Der EuGH veröffentlichte an den Vertrag von Lissabon angepasste Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte.²¹ Durch den Vertrag von Lissabon wurde zudem die Satzung des Gerichtshofs geändert.²²

3. Eurojust

Nach dem Rücktritt von *José Luis Lopes da Mota* (Portugal) am 17.12.2009 wählte das Eurojust-Kollegium in einer außerordentlichen Sitzung am 16.2.2010 *Aled Williams* (Vereinigtes Königreich) zu seinem neuen Präsidenten; der Rat der EU genehmigte diese Wahl am 25./26.2.2010.

4. Europäische Staatsanwaltschaft

Die spanische Ratspräsidentschaft regt an, bereits jetzt die Möglichkeiten hin zur Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zu eruieren (vgl. Art. 86 AEUV).²³ Dabei soll sich die Diskussion der Mitgliedstaaten zunächst auf zwei Kernpunkte konzentrieren: Erstens soll geklärt werden, welche Verfahrensweise zur Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft gewählt werden soll. Dies darf als Hinweis auf die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit verstanden werden. Zweitens ist zu klären, ob von Anfang an von der Ermächtigung in Art. 86 Abs. 4 AEUV Gebrauch gemacht werden soll, weitere Deliktsbereiche in die Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft zu verlagern.

¹⁵ Bislang liegen vor die Richtlinie 2005/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.9.2005 über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße, ABl. EU Nr. L 255 v. 29.9.2005, S. 11, sowie die Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. EU Nr. L 328 v. 5.12.2008, S. 28.

¹⁶ S. hierzu etwa den Rahmenbeschluss 2005/212/JI des Rates v. 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten, ABl. EU Nr. L 68 v. 14.3.2005, S. 49.

¹⁷ Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. EU Nr. L 105 v. 13.4.2006, S. 54.

¹⁸ S. hierzu bislang den Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates v. 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, CONSLEG 2005F0214 v. 28.3.2009.

¹⁹ ABl. EU Nr. L 38 v. 11.2.2010, S. 7 f.

²⁰ Vgl. IP/09/1837.

²¹ ABl. EU Nr. C 297 v. 5.12.2009, S. 1.

²² Eine konsolidierte Fassung ist in ABl. EU Nr. C 83 v. 30.3.2010, S. 210 abgedruckt.

²³ Ratsdok. 8614/10. Das Arbeitsprogramm der Kommission zur Umsetzung des Stockholmer Programms (s. oben I. 5) sieht eine solche Weiterentwicklung von Eurojust erst ab 2013 vor.

III. Materielles Strafrecht

1. Musterbestimmungen

Auf seiner 2979. Sitzung nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – am 30.11. und 1.1.2009 Schlussfolgerungen über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Verhandlungen des Rates im Bereich des Strafrechts an.²⁴ Im Lichte der EuGH-Rechtsprechung²⁵ und vor allem im Hinblick auf das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist mit der Aufnahme von Pönalisierungspflichten in thematisch verschiedensten Richtlinien zu rechnen, die in unterschiedlichen Zusammensetzungen des Rates beraten werden. Um die Kohärenz der Strafvorschriften zu wahren, sollen sich – so die Intention dieser Schlussfolgerungen – die Beratungen des Rates an diesen Musterbestimmungen orientieren.

Hierbei bekräftigt der Rat in den Orientierungspunkten, dass Strafrecht nur als ultima ratio (1) und nur unter Wahrung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Subsidiarität (2) und des Bestimmtheitsgebots (4) einzusetzen sei. Als Topoi kämen in Betracht einerseits Bereiche „besonders schwerer Kriminalität [mit] grenzüberschreitende[r] Dimension“ (2 lit. a), andererseits die unerlässliche „Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten [...] auf einem Gebiet [...], auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind.“ (2 lit. b). Erfolgsdelikte seien vor (abstrakten) Gefährdungsdelikten zu bevorzugen (5). Grundsätzlich sei nur vorsätzliches Verhalten strafrechtlich zu erfassen (6), fahrlässiges Verhalten nur „z.B. bei grob fahrlässigen Handlungen, die Menschenleben gefährden oder großen Schaden verursachen“ (7). Es solle keine „strict liability“ angeordnet werden, d.h. ein strafrechtlich relevanter Erfolg solle nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit subjektiv zugerechnet werden (8). Die unterschiedliche Sanktionierung juristischer Personen wird anerkannt (11; s. ferner die Musterbestimmungen). Bezüglich des Strafmaßes wird auf die Schlussfolgerungen des Rates vom 24./25.4.2002 über einen Ansatz zur Angleichung der Strafen verwiesen.²⁶

2. Drogenhandel

Die Kommission bezeichnet in ihrem Bericht über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels diese als „insgesamt nicht zufrieden stellend“,²⁷ wenngleich die Umsetzung in Deutschland als rahmenbeschlusskonform bezeichnet wird. Sechs Mitgliedstaaten – unter anderem die in der Praxis bedeutsamen Staaten

Italien und Spanien – übermittelten keinerlei Informationen; in anderen – vor allem osteuropäischen – Mitgliedstaaten kritisiert die Kommission die Verwendung unbestimmter, nicht rahmenbeschlusspezifischer „Vorschriften, die keine umfassende, hinreichend klare und präzise Anwendung des Rahmenbeschlusses gewährleisten“.

3. Sexuelle Ausbeutung von Kindern, Kinderpornographie

Am 29.3.2010 unterbreitete die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates.²⁸ Aufgrund des Inkrafttretens des Vertrages von Lissabon war eine (geringfügige) Anpassung an das neue Primärrecht und die erneute Einbringung des vorangegangenen Rahmenbeschluss-Vorschlags²⁹ im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erforderlich geworden.

An neuen Vorgaben für das materielle Strafrecht enthält der Vorschlag Pönalisierungspflichten im Zusammenhang mit sexuellem Missbrauch (Art. 3) sowie sexueller Ausbeutung (Art. 4) und die Kontaktaufnahme zu Kindern zum Zweck des sexuellen Missbrauchs (sog. „grooming“, Art. 6). Betreffend Kinderpornografie soll auch das bewusste Aufrufen von Kinderpornografie mittels Informations- und Kommunikationstechnologie mit Mindesthöchststrafe von einem Jahr geahndet werden müssen (Art. 5 Abs. 3). Im Vergleich zum Rahmenbeschluss-Vorschlag sind die Strafrahmen weit aus differenzierter gestaltet.³⁰ Des Weiteren sollen die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, Tätigkeits- bzw. Berufsverbote zu ermöglichen (Art. 10).

Weitaus interessanter sind die Vorgaben aus prozessualer Sicht, insbesondere die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung wirksamer Ermittlungsmaßnahmen, wobei „verdeckte Operationen zumindest in den Fällen erlaubt sein sollten, in denen ein Informationssystem verwendet wird“ (Art. 14 Abs. 3). Dies wird seitens der Bundesregierung allerdings nicht als Verpflichtung zur Einführung verdeckter Online-Durchsuchungen verstanden; die Ermöglichung von Telekommunikationsüberwachung wird insoweit für ausreichend erachtet. Schließlich ist die zumindest in Deutschland umstrittene Verpflichtung vorgesehen, dass jeder Mitgliedstaat die erforderlichen Maßnahmen im Hinblick auf eine Zugangssperrung bzw. -erschwerung (Filterung) kinderpor-nographischer Internetseiten³¹ treffe.

Thematisch eng verwandt ist eine Befragung der Delegationen durch die spanische Ratspräsidentschaft, wie Verletzungen des geistigen Eigentums, fremdenfeindliche und rassistische Inhalte, sowie Kinderpornographie im Internet zu

²⁴ I.d.F. Ratsdok. 16542/09.

²⁵ S. nur Rs. C-440/05 zum Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates v. 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe (ABl. EU Nr. L 255 v. 29.9.2005, S. 164 ff.).

²⁶ Ratsdok. 9141/02.

²⁷ KOM[2009] 669 endgültig v. 10.12.2009; der Rahmenbeschluss ist abgedruckt in ABl. EU Nr. L 335 v. 11.11.2004, S. 8.

²⁸ KOM[2010] 94 endgültig v. 29.3.2010.

²⁹ KOM[2009] 135 endgültig v. 25.3.2009. Der bisherige Rahmenbeschluss ist zu finden in ABl. EU Nr. L 13 v. 20.1.2004, S. 44.

³⁰ S. hierzu den Vorschlag der österreichischen und dt. Delegationen, Ratsdok. 9753/09.

³¹ Vgl. hierzu das ZugErschwG, BGBl. I 2010, S. 78.

bekämpfen seien.³² Aufgrund Unzulänglichkeiten der bisherigen Regelungen – etwa des soeben genannten Rahmenbeschlusses des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie oder des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit³³ – fragt die Präsidentschaft unter anderem an, ob in den Mitgliedstaaten eine Internet-Zugangssperrung bzw. –erschwerung (Filterung) vorgesehen ist, und wie diese Inhalte auf Servern außerhalb der Europäischen Union „bekämpft“ werden können.

4. Menschenhandel

Auch der (Kommissions-)Vorschlag zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz von Opfern sowie zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI wurde an den neuen Rechtsrahmen adaptiert und als Richtlinienvorschlag am 29.3.2010 im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eingebracht.³⁴ Dieser Vorschlag berücksichtigt weitgehend die zwischenzeitlichen Überarbeitungen³⁵, namentlich die Ausdünnung der (Erfolgs-)Qualifikationsstatbestände (Art. 4 Abs. 2), den Verzicht auf Mindest(höchst)strafen bei Versuch und Teilnahme (Art. 4 Abs. 3) und die Entschärfung der indirekten Verpflichtung betreffend Ermittlungsmaßnahmen (Art. 8 Abs. 4): Mitgliedstaaten haben nunmehr lediglich sicherzustellen, dass effektive Ermittlungsinstrumente, wie diejenigen, die in Fällen organisierter oder sonstiger schwerer Kriminalität, auch zur Bekämpfung des Menschenhandels zur Verfügung stehen. Im Gegensatz zum vorangegangenen Kommissionsentwurf³⁶ wird auf eine exemplarische Aufzählung dieser Instrumente, welche auch „elektronische Überwachung und Finanzermittlungen“ beinhaltete, verzichtet.

IV. Strafverfahrensrecht

1. Verfahrensrechte in Strafverfahren

Auf seiner 2979. Sitzung nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – die Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren an.³⁷ Dieser „step-by-step-approach“ legislativer und anderer Maßnahmen zur Sicherung des gegenseitigen Vertrauens in die Kriminaljustizsysteme der Mitgliedstaaten (Erwägungsgründe 8 und 9) bezieht sich – in dieser Reihenfolge – auf:

- Maßnahme A – das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (s. unten IV. 2.)
- Maßnahme B – die Belehrung über die Rechte und Unterrichtung über die Beschuldigung („Letter of Rights“)
- Maßnahme C – Rechtsbeistand und Prozesskostenhilfe
- Maßnahme D – Kommunikation mit Angehörigen, Arbeitgebern und Konsularbehörden
- Maßnahme E – Besondere Garantien für schutzbedürftige Verdächtige oder Beschuldigte
- Maßnahme F – Untersuchungshaft (in Form eines Grünbuchs).

2. Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren

Im neuen Rechtsrahmen des Vertrags von Lissabon legte eine Gruppe von Mitgliedstaaten eine Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte auf Dolmetschleistungen und auf Übersetzungen in Strafverfahren vor.³⁸ Sowohl in nationalen Ermittlungs- und Strafverfahren als auch bei Übergabeverfahren nach dem Europäischen Haftbefehl (Art. 1 Abs. 1) soll gewährleistet werden ein Recht auf Verdolmetschung während allen Verfahrensschritten vor Ermittlungs- (einschließlich Polizei-) und Justizbehörden, einschließlich der Kommunikation mit dem rechtlichen Beistand während dieser Verfahrensschritte (Art. 2 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 6). Von allen wesentlichen Dokumenten – also zumindest von dem Haftbefehl, der Anklageschrift und dem Urteil – sind die „wesentlichen Teile“ zu übersetzen (Art. 3). Allerdings soll eine mündliche Übersetzung oder eine mündliche Zusammenfassung der Dokumente genügen, soweit dies nicht die Fairness des Verfahrens beeinträchtigt (Art. 3 Abs. 6). Die Kosten für die Verdolmetschung und Übersetzung trägt jeweils der Mitgliedstaat, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens (Art. 4). Bei Verweigerung einer Verdolmetschung oder einer Übersetzung eines Dokuments, das der Beschuldigte oder die Verteidigung für wesentlich erachtet, muss ein Rechtsbehelf möglich sein (Art. 2 Abs. 4, Art. 3 Abs. 4).

Ungeachtet dieser Initiative einiger Mitgliedstaaten erneuerte die Kommission am 9.4.2010 ihren eigenen Richtlinienvorschlag³⁹, welcher unter anderem eine vollständige Übersetzung der oben genannten wesentlichen Dokumente vorsieht. Die Ratspräsidentschaft hält allerdings unverändert an der Initiative fest, auch um nicht eine erneute Konsultation der nationalen Parlamente abwarten zu müssen.⁴⁰

3. *Ne bis in idem* – Art. 54 SDÜ; Art. 50 GRC

Nur der Wortlaut von Art. 54 SDÜ, nicht jedoch der Wortlaut von Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

³² Ratsdok. 6692/10.

³³ ABl. EU Nr. L 328 v. 5.12.2008, S. 55.

³⁴ KOM[2010] 95 endgültig v. 29.3.2010.

³⁵ Zuletzt Ratsdok. 15011/09.

³⁶ KOM[2009] 136 endgültig v. 25.3.2009.

³⁷ ABl. EU Nr. C 295 v. 4.12.2009, S. 1; vgl. zuvor KOM[2004] 328 endgültig v. 28.4.2004.

³⁸ Ratsdok. 17235/09 i.d.F. PE 1/10.

³⁹ KOM[2010] 82 endgültig v. 9.3.2010, s. zuvor KOM[2009] 338 endgültig v. 8.7.2009.

⁴⁰ Vgl. Ratsdok. 7598/10.

(GRC)⁴¹ enthält als Voraussetzung für ein europäisches Doppelverfolgungsverbot, dass die Sanktion „bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann“. Diese Divergenz zwischen Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC thematisierte ein Beschl. des LG Aachen vom 8.1.2.2009 – 52 Ks 9/08. Dabei anerkennt es erstens implizit die Anwendbarkeit des Art. 50 GRC in nationalen Strafverfahren, wenngleich die Anwendbarkeit der GRC ausweislich Art. 51 Art. 1 S. 1 GRC „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gegeben ist. Zweitens erachtet es das Vollstreckungserfordernis in Art. 54 SDÜ als eine legitime Einschränkung des Art. 50 GRC. Dieses Ergebnis erscheint jedenfalls im Lichte der gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV „gebührend“ zu berücksichtigenden offiziellen Erläuterungen zur GRC⁴² als zutreffend, welche expressis verbis auf Art. 54 SDÜ verweisen.

4. Fluggastdatensätze (PNR-Daten)

Auch als Konsequenz auf den vereitelten Terroranschlag auf ein Passagierflugzeug am 25.12.2009 in Detroit kam der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf einer informellen Sitzung am 21. und 22.1.2010 überein, dass der zuletzt nicht mehr weiterverfolgte Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zu Strafverfolgungszwecken⁴³ nunmehr vordringlich verabschiedet werden sollte. Daher plant die Kommission noch für dieses Jahr einen entsprechenden Legislativvorschlag.⁴⁴

V. Zusammenarbeit in Strafsachen

1. Europäische Ermittlungsanordnung

Die Kommission legte am 11.11.2009 ein Grünbuch Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat vor.⁴⁵ Im Hinblick auf die mögliche Schaffung einer „Europäischen Beweisverordnung 2“ oder einer „Europäischen Ermittlungsanordnung“ – in Nachfolge nicht nur der bisherigen Europäischen Beweisverordnung⁴⁶, sondern etwa auch der Europäischen Sicherstellungsanordnung⁴⁷ – stellt die Kommission zur Diskussion „eine einzige Regelung auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung

[...], die alle Beweisarten umfasst“, mithin etwa auch die „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs oder von Kontenbewegungen“, „die Entnahme von DNA-Proben oder die Abnahme von Fingerabdrücken“. Kurze Fristen und eine weitgehende Einschränkung der Ablehnungsgründe sollen dabei die Effektivität dieses neuen Instruments erhöhen.

Unter anderem der Bundesrat, – einem Entschließungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und FDP zufolge – der Bundestag, die BRAK und die ECBA lehnen den Kommissionsvorschlag zum gegenwärtigen Zeitpunkt ab.⁴⁸ Zunächst seien die vorhandenen Instrumente vollständig umzusetzen – bei der Europäischen Beweisverordnung laufe die Umsetzungsfrist schließlich bis Januar 2011 – und sodann die praktischen Erfahrungen zu evaluieren. Die BRAK, ECBA und der Bundestag-Entschließungsantrag verweisen darauf, dass zunächst das notwendige gegenseitige Vertrauen, etwa durch eine zügige Umsetzung des „Fahrplans“ (oben IV. 1.), zu schaffen sei, bevor an eine Ausweitung der gegenseitigen Anerkennung gedacht werden könne. Eine neue Regelung müsse die Wahrung effektiver Verteidigungs- bzw. Rechtsschutzmöglichkeiten gewährleisten. Zudem seien Ablehnungsmöglichkeiten zumindest bei Verstößen gegen allgemeine europäische Rechtsgrundsätze und auch bei missbräuchlichem Erlass einer Ermittlungsanordnung vorzusehen.

Die Kommission plant nunmehr für 2011 einen entsprechenden Legislativvorschlag, der durch einen weiteren Vorschlag zur Sicherung gemeinsamer Standards für die Beweiserhebung in Strafsachen begleitet werden soll, um die transnationale Zulässigkeit der Beweismittel sicherzustellen.⁴⁹

2. Europäische Überwachungsanordnung

Der Rahmenbeschluss 2009/829/JI des Rates vom 23.10.2009 über die Anwendung – zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen über Überwachungsmaßnahmen als Alternative zur Untersuchungshaft⁵⁰ wurde vom Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 2969. Sitzung am 23.10.2009 angenommen; er ist bis zum 1.12.2012 umzusetzen. Bestimmte Überwachungsmaßnahmen, die als Alternative zur Untersuchungshaft (Art. 1, Art. 4 lit. a) angeordnet werden, sind (auch) von einem anderen Mitgliedstaat, in dem der Beschuldigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zu überwachen. Gegenstand der Europäischen Überwachungsanordnung können enumerativ aufgezählte „Überwachungsmaßnahmen“ sein – etwa Meldeauflagen, Betretungs- und Kontaktverbote (Art. 8 Abs. 1). Jedem Mitgliedstaat steht es allerdings frei, die Vollstreckung weiterer Überwachungsmaßnahmen ebenfalls diesem Rechtsrahmen zu unterwerfen – etwa Fahrverbote oder Berufsverbote (Art. 8 Abs. 2). Die beiderseitige Strafbarkeit des im Strafverfahren vorgeworfenen Verhaltens ist im Falle eines Listendelikts nicht erforderlich (Art. 14); die Anerkennung der

⁴¹ ABl. EU Nr. C 83 v. 30.3.2010, S. 1.

⁴² ABl. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 17.

⁴³ KOM[2007] 654 endgültig v. 6.11.2007.

⁴⁴ Vgl. KOM[2010] 171 endgültig v. 20.4.2010, S. 30.

⁴⁵ KOM[2009] 624 endgültig v. 11.11.2009.

⁴⁶ Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen (ABl. EU Nr. L 350 v. 30.12.2008, S. 72; zuvor KOM[2003] 668 endgültig); s. hierzu *Roger*, GA 2010 27; *Zeder*, ÖJZ 2009, 992.

⁴⁷ Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates v. 22.6.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union (ABl. EU Nr. L 196 v. 1.11.2003, S. 45).

⁴⁸ BR-Drs. 906/09; BT-Ausschussdr. 17(6)003; BRAK-Stellungnahme Nr. 2/2010; s. ferner *Schiinemann/Roger*, ZIS 2010, 92.

⁴⁹ Vgl. KOM[2010] 171 endgültig v. 20.4.2010, S. 19.

⁵⁰ ABl. EU Nr. L 294 v. 11.11.2009, S. 20.

Listendelikte ist allerdings derogierbar. An Versagungsgründen sieht Art. 15 des Rahmenbeschlusses vor unter anderem den „ne bis in idem“-Grundsatz, Verjährung und Immunitäten. Ferner kann die Vollstreckung versagt werden, wenn nach einem Verstoß gegen die Überwachungsanordnung der Vollstreckungsstaat einen Europäischen Haftbefehl⁵¹ unter Berufung auf dessen Versagungsgründe ablehnen würde (Vorabprüfung). Die spätere Überstellung des Beschuldigten soll sich nach dem Europäischen Haftbefehl richten, wobei bezüglich der Versagungsgründe keine Präklusion mehr vorgesehen ist⁵² und die Einschränkung in Art. 2 Abs. 1 EuHb-RB keine Wirkung entfaltet; allerdings ist auch dies derogierbar (Art. 21).

3. Europäische Schutzanordnung

Mehrere Mitgliedstaaten legten eine Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die europäische Schutzanordnung vor.⁵³ Diese knüpft an zuvor innerstaatlich – als Reaktion auf ein vorangegangenes strafbares Verhalten – administrativ oder justiziell erlassene Verpflichtungen oder Verbote zum Schutze von Leib, Leben, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung einer gefährdeten Person an, in denen der gefährdeten Person Einschränkungen der Freizügigkeit, die Meidung des Kontakts oder ein Näherungsverbot⁵⁴ auferlegt wurden (Art. 1, Art. 4). Um die Fortdauer dieser Verpflichtungen auch bei Aufenthalt der gefährdeten Person in einem anderen Mitgliedstaat zu gewährleisten – und hierdurch deren Personenfreizügigkeit zu fördern – soll auf Antrag der geschützten Person die innerstaatliche Verpflichtung durch eine Schutzanordnung auch für einen anderen Mitgliedstaat angeordnet werden können (Art. 5). Die Schutzanordnung kann von einem Gericht, aber auch von „vergleichbaren“ Stellen erlassen werden. Im Vergleich zur ursprünglichen Initiative ist das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf eine Anregung Deutschlands hin⁵⁵ aufgeweicht (vgl. Art. 9): die Anerkennung der Europäischen Schutzanordnung kann über formale Mängel und Fälle einer Amnestie oder einer Immunität hinausgehend nun auch dann verweigert werden, wenn das der Schutzanordnung vorangegangene Verhalten im die Schutzanordnung ausführenden Mitgliedstaat keine Straftat darstellte oder bereits verjährt wäre (Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit), oder wenn diese Straftat zumindest im Wesentlichen im ausführenden Mitgliedstaat begangen wurde (Primat des Territorialstaats). Nach Erwägungsgrund 8^{ter} sei der Begriff „Strafsachen“ in Art. 82 AEUV unionsrechtlich autonom auszulegen; Schutzmaßnahmen nach strafbarem Verhalten, welche die Begehung weiterer Straftaten unwahrscheinlicher werden lassen,

seien daher „im Wesentlichen“ Strafsachen im Sinne des Art. 82 AEUV. Nach Auffassung der Kommission taugt dies nicht als eine hinreichende Rechtsgrundlage. Demzufolge regt sie an, den für 2011 geplanten Rechtsetzungsvorschlag über ein umfassendes Instrument zum Schutz von Opfern abzuwarten, welcher ebenfalls einen Vorschlag für eine Europäische Schutzanordnung enthalten werde.⁵⁶

4. Vermeidung von Kompetenzkonflikten

Auf seiner 2979. Sitzung nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – den Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates vom 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren an.⁵⁷ Dieser sieht eine Notifikationspflicht vor bei Ermittlungs- und Strafverfahren mit Bezug zu mindestens einem anderen Mitgliedstaat (Art. 5 ff.). Zur Beilegung von Doppelverfolgungen (Art. 1 Abs. 2 lit. a), die zu einer „ne bis in idem“-Konstellation führen könnte, und zur Effizienzsteigerung (Art. 1 Abs. 2 lit. b), sollen die betroffenen Strafverfolgungsbehörden im Wege direkter Konsultationen zu einer „effizienten Lösung“ gelangen, etwa „zu einer Konzentration der Strafverfahren in einem einzigen Mitgliedstaat“ (Art. 10 Abs. 1). Kommt es zu keiner Einigung, ist Eurojust – im Rahmen seiner Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 1 Eurojust-Beschluss⁵⁸) – zu befassen (Art. 12 Abs. 2). Diese Beilegung von Kompetenzkonflikten ist allerdings weder justitiabel noch obligatorisch. Ein im Gesetzgebungsverfahren vorgesehener Kriterienkatalog für die Ermittlung des adäquaten Forums wurde fallengelassen. Die Umsetzung hat bis zum 15.6.2012 zu erfolgen.

5. Übertragung von Strafverfahren

Der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Übertragung von Strafverfahren⁵⁹ wurde noch nicht in neuem Gewand eingebracht. Diesem Vorschlag gemäß soll ein Mitgliedstaat einen anderen Mitgliedstaat – fakultativ nach einer vorherigen Konsultation (Art. 10) – dazu ersuchen können, die Strafverfolgung einer „strafbaren Handlung“ zu übernehmen, soweit dies „eine effiziente und geordnete Rechtspflege verbessern würde“ und soweit mindestens eines der in Art. 7 genannten Kriterien erfüllt sei, etwa

- der Handlungs- oder Erfolgsort im Territorium des übernehmenden Staates liege,
- der Täter Staatsangehöriger des übernehmenden Staates sei, dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe oder dort eine Strafe gegen ihn vollstreckt werde,
- das Opfer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im übernehmenden Staat habe, oder

⁵¹ Rahmenbeschluss des Rates 2002/584/JI v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. EG Nr. L 190 v. 17.7.2002, S. 1).

⁵² So aber noch Ratsdok. 16494/07.

⁵³ Zuletzt Ratsdok. 8703/10, Ratsdok. 8703/10 ADD 1; zuvor PE-2/10; Ratsdok. 17513/09.

⁵⁴ Vgl. etwa das GewSchG, BGBl. I 2001, S. 3513.

⁵⁵ Ratsdok. 8936/10.

⁵⁶ Vgl. KOM[2010] 171 endgültig v. 20.4.2010, S. 15.

⁵⁷ ABl. EU Nr. L 328 v. 15.12.2009, S. 42.

⁵⁸ Beschluss des Rates über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität i.d.F. des Beschlusses 2009/426/JI des Rates v. 16.12.2008; CONSLEG 2002D0187 v. 4.6.2009.

⁵⁹ Zuletzt Ratsdok. 16437/09; Ratsdok. 14934/09.

- sich wesentliche Teile der wichtigsten Beweismittel im übernehmenden Staat befänden.

Auf die Alternativen zu einer Übertragung von Strafverfahren, so den Zugriff auf Beweismittel qua Europäischer Beweisordnung oder tradierter Rechtshilfe und den Zugriff auf Beschuldigte qua Europäischen Haftbefehls, wird explizit verwiesen. Wesentlicher Streitpunkt ist die in Art. 5 vorgesehene Regelung einer „stellvertretenden Strafrechtspflege“.⁶⁰ Diesbezüglich stellte die schwedische Ratspräsidentschaft zwei Regelungsmodelle zur Diskussion:

Nach der „Minimallösung“ müssten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass sie ein Strafverfahren übernehmen können und dass ihr eigenes Strafrecht anwendbar ist, wenn einer der folgenden, weitgehend klassischen Anknüpfungspunkte gegeben ist:

- Territorialitätsprinzip (die strafbare Handlung oder ein wesentlicher Teil des durch die strafbare Handlung verursachten Schadens ist im Hoheitsgebiet entstanden),
- modifiziertes aktives Personalitätsprinzip (die verdächtige oder beschuldigte Person ist Staatsangehöriger oder hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem empfangenden Mitgliedstaat), oder
- modifiziertes passives Personalitätsprinzip (das Opfer ist Staatsangehöriger oder hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem empfangenden Mitgliedstaat).

Im Lichte des – von Deutschland nicht gezeichneten – Europäischen Übereinkommens über die Übertragung von Strafverfahren vom 15.5.1972⁶¹ sieht die von der Ratspräsidentschaft favorisierte Alternative zusätzlich vor, dass das nationale Strafrecht in folgenden Konstellationen anwendbar sein muss:

- personales Konzentrationsprinzip (ein Strafverfahren ist bereits gegen die verdächtige bzw. beschuldigte Person anhängig), sowie
- sachliches Konzentrationsprinzip (ein Strafverfahren ist wegen derselben Tat oder wegen zusammenhängender Taten, an denen andere Personen beteiligt sind, insbesondere in Bezug auf dieselbe kriminelle Vereinigung, anhängig).

Dies begründet die Ratspräsidentschaft mit „dem Ziel des Vertrages [...], einen Raum des Rechts ohne (oder zumindest mit möglichst wenigen) Grenzen für die Strafverfolgung zu schaffen“ und mit dem transnationalen Charakter moderner Kriminalität.

⁶⁰ S. hierzu auch BR-Drucks. 655/09.

⁶¹ ETS Nr. 073.

6. Europäischer Haftbefehl

Das OLG Stuttgart entschied,⁶² dass Art. 49 Abs. 3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC,⁶³ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen) der Auslieferung eines Verfolgten an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union aufgrund Europäischen Haftbefehls entgegenstehen kann, wenn die dem Verfolgten drohende Strafe unerträglich hart wäre. Zudem sei beim Erlass eines Auslieferungshaftbefehls aufgrund Europäischen Haftbefehls der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach deutschem Verfassungsrecht in vollem Umfang zu beachten.

7. Rechtshilfe EU – USA

a) Auslieferungs- und Rechtshilfeabkommen

Nach Umsetzung des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Auslieferung⁶⁴ und des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe⁶⁵ in sämtlichen Mitgliedstaaten durften diese Abkommen durch einen Beschluss des Rates abgeschlossen werden. In Deutschland erfolgte die Umsetzung durch folgende Verträge, die in der Denkschrift in BT-Drs. 16/4377 näher erläutert werden:

- Der in Washington D. C. am 14.10.2003 unterzeichnete Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl 2007 II 1620),
- der in Washington D. C. am 18.4.2006 unterzeichnete Zweite Zusatzvertrag zum Auslieferungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika (BGBl 2007 II 1634) und
- der in Washington D. C. am 18.4.2006 unterzeichnete Zusatzvertrag zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl 2007 II 1637).

Der Rechtshilfevertrag und sein Zusatzvertrag traten am 18.10.2009 in Kraft.⁶⁶ Die Abkommen zwischen der EU und den USA und der – insoweit akzessorische – Zweite Zusatzvertrag zum Auslieferungsvertrag zwischen der BRD und den USA traten am 1.2.2010 in Kraft.⁶⁷

⁶² Beschl. v. 25.2.2010 – 1 Ausl. (24) 1246/09.

⁶³ ABl. EU Nr. C 83 v. 30.3.2010, S. 1.

⁶⁴ ABl. EU Nr. L 181 v. 18.7.2003, S. 27.

⁶⁵ ABl. EU Nr. L 181 v. 17.7.2003, S. 34.

⁶⁶ Vgl. Rundschreiben des Bundesamts für Justiz v. 8.10.2009.

⁶⁷ Die Bekanntgabe des Inkrafttretens im BGBl. gem. Art. 4 Abs. 2 des Ratifikationsgesetzes (BGBl. II 2007, S. 1618) ist noch nicht erfolgt. Dies steht der Geltung des Abkommens jedoch nicht entgegen.

b) SWIFT-Zahlungsverkehrsdaten

Der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – nahm auf seiner 2979. Sitzung den Beschluss 2010/16/GASP/JI des Rates vom 30.11.2009 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Zahlungsverkehrsdaten und deren Übermittlung für die Zwecke des Programms der USA zum Aufspüren der Finanzierung des Terrorismus (TFTP) an,⁶⁸ die vorläufige Anwendbarkeit ab dem 1.2.2010 musste jedoch infolge der (endgültigen) Ablehnung des Abkommens durch das Europäische Parlament am 11.2.2010 wieder ausgesetzt werden. In weiterer Folge erzielte der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3008. Sitzung am 23.4.2010 eine politische Einigung über ein neues Verhandlungsmandat der Kommission.⁶⁹

c) Datenschutzabkommen

Die Kommission erbat bis zum 12.3.2010 eine Konsultation über ein zukünftiges Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Datenschutz und Informationsaustausch für Strafverfolgungszwecke. Aufgeworfen werden Fragen bezüglich des sachlichen (auf polizeilichen oder justiziellen Datenaustausch, auf Visa- und Asylverfahren?), des räumlichen (auch Drittstaatskonstellationen?) und des persönlichen Anwendungsbereichs (auch Datenaustausch Privater mit Strafverfolgungsbehörden?) sowie der Reziprozität. An Datenschutzprinzipien werden lediglich Rechenschaftspflichten („accountability“), Auskunftsrechte und Rechtsschutzmöglichkeiten aufgeworfen, nicht jedoch eine Zweckbindung von Daten.

8. Rechtshilfe EU – Japan

Der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – nahm auf seiner 2979. Sitzung den Beschluss 2010/88/GASP/JI des Rates vom 30.11.2009 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des Abkommens zwischen der Europäischen Union und Japan über die Rechtshilfe in Strafsachen an.⁷⁰ Der Abschluss dieses zunächst auf Art. 38 EU, nunmehr auf Art. 82 Abs. 1 AEUV gestützten Abkommens, ist noch von einem positiven Votum des Europäischen Parlaments abhängig (Art. 218 Abs. 6 lit. a AEUV).⁷¹ Mit Inkrafttreten des Abkommens wird dieses – auch in den Mitgliedstaaten, Art. 216 Abs. 2 AEUV – unmittelbar anwendbares Recht, da dessen Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt sind und es – im Gegensatz zu den Abkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika (oben V. 6 lit. a) – unionsrechtlich gesehen keine gesonderte Umsetzung, Zustimmung oder Ratifikation in den Mitgliedstaaten erfordert. Das hätte zur Folge, dass ab dann die Regelungen dieses Abkommens dem IRG voringen (vgl. den – freilich nur deklaratorischen – § 1 Abs. 3 IRG). Ob diese Rechts-

lage im Hinblick auf das Lissabon-Urteil des BVerfG⁷² mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar ist, erscheint mindestens fragwürdig, und ist Gegenstand intensiver – auch politischer – Beratungen im Bundesministerium der Justiz.

⁶⁸ ABl. EU Nr. L 8 v. 13.1.2010, S. 9.

⁶⁹ Ratsdok. 8920/10, S. 6.

⁷⁰ ABl. EU Nr. L 39 v. 12.2.2010, S. 19.

⁷¹ Vgl. hierzu den Entwurf in Ratsdok. 5308/10.

⁷² BVerfGE 123, 267.

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, Band 209, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2009, 214 S., € 58,-

Der Weg in die Risikogesellschaft ist gesäumt mit Garantpflichten, die die Sozialverträglichkeit gerade auch erlaubter Risiken für den Fall drohender Risikorealisation sichern sollen. Insbesondere im Umgang mit dem modernen Wirtschaftsleben zeigt sich ein Trend zur Tolerierung komplexer und kaum mehr durchschaubarer Risikolagen einerseits bei gleichzeitiger Auferlegung umfangreicher Sonderpflichten andererseits. Garantpflichten sind damit ein Kernstück des Kompromisses zwischen dem Interesse an einer insbesondere von Unternehmen getragenen, durch technische Innovationen belebten und dynamisierten wirtschaftlichen Entwicklung auf der einen Seite und dem gleichzeitig gestiegenen Bedürfnis nach Sicherheit auf der anderen Seite.

Vor diesem Hintergrund kommt der strafrechtlichen Erfassung von Unterlassungen ein erheblicher, wohl in Zukunft noch weiter wachsender Stellenwert zu. Gerade in vielschichtigen, durch das Zusammenwirken verschiedener Personen gestalteten sozialen Zusammenhängen stellt sich dann auch immer die Frage, ob der Unterlassende als Täter oder als Teilnehmer für einen Erfolg haftet, welcher (auch) auf das Handeln oder Unterlassen eines Anderen zurückzuführen ist. *Verf.* illustriert die Bedeutung seines Themas im Rahmen einer Einleitung (S. 15 ff.) u.a. anhand der Lederspray-Entscheidung und der Entscheidung zur Strafbarkeit der Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED. Die Berechtigung einer (erneuten) monographischen Behandlung zeigt dann spätestens der Überblick über das weite Spektrum der vertretenen Positionen, die teils stärker an der Beteiligungslehre, teils stärker an der Unterlassungsdogmatik orientiert seien (S. 19 ff.). Beide Ausgangspunkte seien Bedenken ausgesetzt. Dabei ist jedenfalls der Einsicht zuzustimmen, dass die für das positive Tun entwickelten Abgrenzungskriterien, insbesondere auch die Tatherrschaft, nicht ohne Weiteres auf das Unterlassen übertragen werden können. Eine Lösung mithilfe der Unterlassungsdogmatik hingegen laufe Gefahr, mit den Erkenntnissen der Beteiligungsdogmatik zu kollidieren (S. 22 f.).

Verf. wendet sich sodann in einem ersten Teil den „Besonderheiten der Unterlassungsdelikte“ zu (S. 24 ff.), womit zum einen der Gegenstand der Untersuchung umrissen werden soll und zum anderen die Unterschiede zu den Begehungsdelikten im Hinblick auf mögliche Anknüpfungspunkte für eine Abgrenzung der Beteiligungsformen herausgearbeitet werden sollen. Während bei den Begehungsdelikten der strafrechtliche Vorwurf an ein positives Tun, d.h. an die Vornahme einer Körperbewegung anknüpfe, gehe es bei den Unterlassungsdelikten gerade um die Nichtvornahme einer bestimmten Körperbewegung (S. 24). Damit sei ein grundlegender struktureller Unterschied angesprochen, „weshalb die Grundsätze der strafrechtlichen Zurechnung unterschiedlich sein müssen, auch für Beteiligungsfragen“ (S. 25). Unsicher-

heiten hinsichtlich der Grenzziehung von Tun und Unterlassen treten nun bekanntlich dort auf, wo ein tatsächliches Geschehen Komponenten beider Verhaltensformen in sich vereint. In solchen Fällen sei nach herkömmlicher Auffassung eine Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen erforderlich, wie sie etwa die „Schwerpunktformel“ biete. Abweichend von einem solchen Exklusivitätsverhältnis sieht *Verf.* Begehungs- und Unterlassungstatbestände gleichermaßen verwirklicht und möchte die Lösung auf Konkurrenzebene suchen. Dabei verkennt er nicht, dass die h.M. mit ihren Abgrenzungsbemühungen auch eine angemessene Bewertung von Fällen als Unterlassen erstrebt, bei denen phänomenologisch ein positives Tun vorliegt. Unter anderem nennt *Verf.* insoweit den Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch (S. 37 ff.) und den technischen Behandlungsabbruch (S. 42 ff.). In beiden Konstellationen liege (auch) ein positives Tun vor. Der Interessenlage angemessene Ergebnisse seien auf der Ebene der Rechtfertigung mit Hilfe von § 34 StGB zu erzielen. So kollidiere etwa beim technischen Behandlungsabbruch die Pflicht des Arztes, die Tötung durch Abschalten der Geräte zu unterlassen, mit der Pflicht, eine rechtswidrige, dem Patientenwillen widersprechende Behandlung zu beenden (S. 45). Akzeptiert man die letztgenannte Pflicht, so dürfte es hier allerdings nicht um eine Abwägungsentscheidung, sondern um den Respekt vor der Autonomie des Patienten gehen, so dass (unter teleologischer Reduktion von § 216 StGB; dafür in der Sache S. 48) eine Konstellation der (mutmaßlichen) Einwilligung vorliegen dürfte.

Jedenfalls ist *Verf.* zuzustimmen, dass die Konkurrenzlösung zumindest „möglich“ ist (so das Zwischenergebnis S. 51). Es erscheint auch überzeugend, dass ein normativ angemessenes Ergebnis nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob es möglich ist, einem Verhalten den Stempel „Unterlassen“ aufzudrücken. Im Weiteren versucht *Verf.* dann darzutun, dass die Konkurrenzlösung auch sachgerecht sei (S. 51 ff.). Das verlange zum einen danach, die Berechtigung der Unterscheidung in Tun und Unterlassen überhaupt aufzuzeigen, was *Verf.* – überzeugend – u.a. unter Hinweis auf die begriffliche Klarheit unternimmt, ohne dabei zu verkennen, dass beide Verhaltensweisen auf einer höheren abstrakten Ebene zur Einheit gebracht werden müssen (S. 54). Zum anderen erweise sich die Konkurrenzlösung auch am Maßstab von § 13 Abs. 2 StGB als sachgerecht (S. 54 ff.).

Nachdem damit die Unterlassungsdelikte ihre Konturen erhalten haben (Ergänzungen dazu noch S. 59 ff.), wendet sich *Verf.* im zweiten Teil den „Grundlagen der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme“ zu (S. 63 ff.). Ausgangspunkt der Überlegungen ist hier der materielle Täterbegriff (S. 65 ff.), wobei *Verf.* sich dem „extrem restriktiven Täterbegriff“ anschließt, demzufolge die Tatbestände des Besonderen Teils ausschließlich die unmittelbare Täterschaft umschreiben – mit der Folge, dass sowohl den Regeln zur mittelbaren Täterschaft als auch zur Mittäterschaft strausdehender Charakter zukomme. Zutreffend sieht *Verf.*, dass ausgehend von den verschiedenen Beteiligungsformen sich die Abgrenzung letztlich daraus ergibt, ob die Voraussetzungen einer Beteiligungsform positiv festgestellt werden können (S. 71). Genau hier liege freilich angesichts dürftiger gesetz-

licher Vorgaben das Problem, welches ausgehend von der kriminalpolitischen Zielsetzung, die mit der Unterscheidung der Beteiligungsformen verfolgt werde, zu lösen sei (S. 72 ff.). Das differenzierende Beteiligungskonzept erfülle zwei Anliegen, nämlich zum einen eine am Grad der Verantwortlichkeit für das tatbestandliche Unrecht orientierte Strafandrohung und zum anderen eine gesetzlich bestimmte Erfassung der Unrechtstypen, womit zugleich die generalpräventive Wirkung des Strafrechts gefördert werde. Ob der an dieser Stelle betriebene Begründungsaufwand sich aus dem Ertrag rechtfertigt, kann man bezweifeln. Es bleiben auch Fragen, wie z.B. die nach der Tragfähigkeit dieser Überlegungen für die Unterscheidung von Täterschaft und Anstiftung, wo eine Strafrahdifferenz ja gerade nicht vorgesehen ist. Zum Bestimmtheitsgrundsatz findet sich die Behauptung, dieser verpflichte „den Gesetzgeber, auch den Allgemeinen Teil des Strafrechts zumindest so bestimmt wie möglich (wenn nicht noch bestimmter als möglich? Uwe Murmann) zu formulieren“ (S. 77). Ob die gesetzliche Regelung der Beteiligungsformen tatsächlich „ein hohes Maß an Bestimmtheit“ erreicht hat, kann man ebenso in Zweifel ziehen wie die damit angeblich erzielte generalpräventive Wirkung.

Vor dem Hintergrund der formulierten Bedenken provoziert auch die Ankündigung des *Verf.* Skepsis, nun die verschiedenen Auffassungen zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme kritisch mit Blick auf die kriminalpolitischen Funktionen der Beteiligungslehre analysieren zu wollen (S. 77 ff.). Dass die subjektive Theorie, auch in Gestalt der Gesamtbetrachtungslehre der neueren Rechtsprechung, nicht überzeugt (S. 80 ff.), ist in der Wissenschaft weithin konsentiert. Die zentrale, vom *Verf.* auch genannte, Begründung hierfür liegt freilich in einem reduzierten Verständnis der Tatbestandsverwirklichung. Die weiteren Schwächen mit Blick auf die rationes des Beteiligungssystems sind, recht gesehen, lediglich Konsequenzen dieses reduzierten Tatbestandsbegriffs. Die Tatherrschaftslehre schließlich werde den Aufgaben des Systems der Beteiligungsformen am Besten gerecht (S. 83 ff.); abweichende Ansichten werden lediglich fragmentarisch gewürdigt (S. 88 ff.).

Damit kommt *Verf.* zum dritten Teil der Untersuchung, in dem die verschiedenen Beteiligungsformen zunächst jeweils für die Begehungsdelikte dargestellt und sodann der Frage nachgegangen werden soll, ob eine entsprechende Ausgestaltung auch für den Fall der Nichtvornahme einer Körperbewegung, also bei Unterlassen, denkbar ist (S. 92 ff.).

Die zunächst thematisierte unmittelbare Täterschaft soll vorliegen, „wenn dem Täter der tatbestandsmäßige Erfolg aufgrund eines eigenhändig geschaffenen Risikos zugerechnet werden kann, ohne dass es der Zurechnung von daran anschließenden Handlungen Dritter bedarf“ (S. 94). Die darin liegende Entscheidungs- und Gestaltungsherrschaft liege bei der unmittelbaren Unterlassungstäterschaft nicht in gleicher Weise vor (S. 96 ff.) – was freilich eine Selbstverständlichkeit ist, wenn man die Herrschaft auf die Risikoschaffung bezieht (so *Verf.* S. 97). Wenn dem Tatherrschaftsgedanken hier doch noch Bedeutung zukommen sollte, so müsse die

Tatherrschaft anderen Kriterien folgen als bei Begehungsdelikten (S. 98).

Auch der mittelbare Täter (S. 99 ff.) habe bei positivem Tun die Entscheidungs- und Gestaltungsherrschaft inne, und zwar aufgrund der Überlegenheit seines Willens. Allerdings seien aufgrund der Willensfreiheit des Vordermannes beide Herrschaftselemente weniger stark ausgeprägt als beim unmittelbaren Täter. Als zentrales Kriterium für eine mittelbare Täterschaft begründende Instrumentalisierung des Vordermannes führt *Verf.* bei allen Herrschaftsformen (Irrtumsherrschaft, Willensherrschaft und Herrschaft kraft organisatorischer Machtapparate) die Reduzierung der Hemmungsfaktoren beim Vordermann an. Man kann sich fragen, ob damit nicht ein zu stark psychologisiertes Bild gezeichnet wird, denn die Werkzeugqualität kommt natürlich auch demjenigen zu, der gegenüber den Anforderungen des Rechts völlig gleichgültig ist, dem also auch unabhängig von einem Irrtum etc. die hemmenden Motive fehlen. Die Absage an ein stärker normativierendes Tatherrschaftsverständnis führt dann auch zur Ablehnung der mittelbaren Täterschaft durch Einsatz eines absichtslos-dolosen Werkzeugs (S.112 f.). Die Figur einer mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen werfe zunächst konstruktive Probleme auf (S. 116 ff.). Fraglich sei, ob eine rechtlich relevante Unfreiheit des Handelnden und die Pflicht zu dessen Steuerung eine täterschaftliche Verantwortlichkeit des Unterlassenden tragen könne. *Verf.* sieht insoweit deutliche Unterschiede zwischen Tun und Unterlassen: Hinsichtlich der Werkzeugqualität falle auf, dass sich diese regelmäßig aus den gleichen Gründen ergebe, die für die Garantienpflicht als solche maßgeblich seien. „Aus diesem Befund drängen sich bereits Zweifel auf, ob die Frage der Täterschaft in diesen Fällen nicht eher im Zusammenhang mit der Qualität der Garantienpflicht stehen könnte und ob überhaupt die Lösung der Fälle über die mittelbare Täterschaft noch sachgerecht ist“ (S. 117 f.). Eine Pflicht zur Steuerung des Handelnden könne beim Unterlassen lediglich im Sinne einer pflichtwidrigen Nichtbeherrschung in Betracht kommen. Eine Steuerungspflicht kennzeichne aber die Unterlassungstäterschaft nicht notwendig; die Pflicht des Unterlassenden sei vielmehr erfolgsbezogen (S. 118 f.). Daran schließt dann auch eine Überlegung zur Notwendigkeit der Rechtsfigur einer mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen an (S. 120 f.): Sehe man den Grund der Haftung des Unterlassenden nicht (auch) in der (hypothetischen) Beziehung zum Handelnden, sondern lediglich in der (hypothetischen) Beziehung zum Erfolg, so komme es auf die Handlung für die Begründung der Verantwortlichkeit des Unterlassenden nicht an; die Rechtsfigur einer mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen sei mithin nicht notwendig. Sie sei schließlich, wiederum insbesondere „wegen der Struktur des unmittelbaren Zurechnungszusammenhangs zwischen Unterlassen und Erfolg“ (S. 123), auch nicht sachgerecht.

Sodann befasst sich *Verf.* mit der Mittäterschaft beim Begehungsdelikt (S. 125 ff.), die durch gemeinsamen Tatplan und gemeinsame Tatausführung gekennzeichnet sei, wobei hinsichtlich des Gewichts der Beteiligung die quantitative Gleichwertigkeit der Tatbeiträge ausschlaggebend sei

(S. 134). Als denkbare Fallkonstellationen einer Mittäterschaft durch Unterlassen (S. 135 ff.) nennt *Verf.* zum einen das einvernehmliche Nichthindern einer fremden Begehungstat und zum anderen das einvernehmliche Unterlassen zweier Garanten, wobei letzterenfalls weiter danach zu unterscheiden sei, ob jeder Garant für sich genommen den Erfolg abwenden könnte oder ob dies nur beiden Garanten gemeinsam möglich wäre. Wie schon bei der mittelbaren Täterschaft wendet sich *Verf.* auch hier zunächst den konstruktiven Problemen einer Mittäterschaft durch Unterlassen zu (S. 135 ff.). Die konstruktiven Hürden seien jedenfalls dann nicht zu überwinden, wenn man mit der h.M. der Auffassung ist, § 25 Abs. 2 StGB erlaube die wechselseitige Zurechnung von Tatbeiträgen (S. 135 f.). Denn die Zurechnung fremden Unterlassens verbiete sich wegen der Höchstpersönlichkeit der Garantspflicht – die Berechtigung dieses Einwands ist freilich deshalb zweifelhaft, weil es auf die Zurechnung der Sonderpflicht in den fraglichen Konstellationen gar nicht ankommen würde. Gegen die Figur einer Mittäterschaft durch Unterlassen spreche auch die Funktionslosigkeit eines gemeinsamen Tatentschlusses (S. 136 ff.). Das ist ohne Weiteres einsichtig, wenn jeder Garant die erfolgsabwendende Handlung in eigener Person vornehmen könnte. Es soll aber auch dann gelten, wenn ein Garant auf das Mitwirken des anderen Garanten angewiesen ist, weil nur beide gemeinsam den Erfolg abwenden können. Es seien hier nämlich zwei Konstellationen zu entscheiden: Wäre der andere Garant zur Pflichterfüllung zu bewegen gewesen, so begründe das Unterlassen darauf gerichteter Bemühungen wie auch das Unterlassen der eigenen Rettungshandlung die Zurechnung des Erfolges. Ist der andere Garant dagegen fest entschlossen, die geforderte Handlung nicht vorzunehmen, so fehle es an der Erfolgsabwendungsmöglichkeit. Das ist angesichts der komplexen Diskussion zu diesem Thema, wie sie insbesondere im Zusammenhang mit den Gremienentscheidungen geführt wird, ein dürftiger Vortrag (andeutungsweise noch S. 140 f.). Letztlich ist der vertretene Standpunkt eine weitere Frucht der Auffassung, fremdes Unterlassen sei nicht zurechenbar; soweit ersichtlich ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, bei positivem Tun die Tatbeiträge von Mittätern, die von vornherein fest zur Tat entschlossen waren, den anderen unter Hinweis auf die diesbezügliche „Unabänderlichkeit“ nicht zuzurechnen. Wenig überraschend ist danach, dass es auch nicht auf eine gemeinsame – arbeitsteilige – Ausführung bei Unterlassungen ankommen könne (S. 138 f.), womit dann auch die fehlende Notwendigkeit (S. 139) und Sachgerechtigkeit (S. 140 ff.) einer Mittäterschaft durch Unterlassen feststehe.

Damit wendet sich *Verf.* der Teilnahme zu (S. 143 ff.), die er mit einer vielfach vertretenen Auffassung als „akzessorischen Rechtsgutsangriff“ charakterisiert. In diesem Sinne lasse sich auch eine Teilnahme durch Unterlassen interpretieren (S. 144 f.). Hinsichtlich der Anstiftung durch positives Tun (S. 145 ff.) hält *Verf.* zu Recht eine bloße Verursachung des Tatentschlusses des Haupttäters nicht für ausreichend. Weniger überzeugend sind die Überlegungen zur besonderen Gefährlichkeit der Anstiftung, die darin begründet sei, „dass die Wahrscheinlichkeit, dass die Tat schließlich auch vom

Täter ausgeführt wird, bei einer Anstiftung höher ist als bei einer Beihilfe“ (S. 146). Die Anstiftung enthalte ein „lenkendes Moment“ und zwar lenke der Anstifter – in Abgrenzung zur mittelbaren Täterschaft – einen vollverantwortlichen Täter (S. 146). Wenn damit (wohl) nur zum Ausdruck gebracht sein soll, dass der Anstifter der geistige Urheber der Tat ist, so ist jedenfalls der Begriff der „Lenkung“ ein Fehlgriff. Die tätergleiche Strafe rechtfertige sich aus der Bindung, die der Haupttäter aufgrund der Anstiftung eingehe (S. 146 f.). Aber die Annahme, die durch kommunikative Beeinflussung des Haupttäters vermittelte Kenntnis von der Anstiftung schaffe diese Bindung, dürfte so allgemein kaum zutreffend sein. Diese dürftig begründeten Charakteristika der Anstiftung sollen dann weiterhin entscheidend für die Antwort auf die Frage sein, ob eine Anstiftung durch Unterlassen konstruktiv möglich ist (S. 147 ff.). *Verf.* verneint diese Frage selbst für den Fall, dass ein Garant eine Anstiftung durch einen zu Überwachenden nicht verhindert (S. 150 f.). Es fehle an dem Element der „Lenkung“. Das ist freilich eine Selbstverständlichkeit, wenn man darunter (wie beim positiven Tun) die geistige Urheberschaft versteht, die natürlich nicht beim Unterlassenden liegt. Hier (wie auch an anderen Stellen) ist zweifelhaft, ob der wertende Vergleich von Tun und Unterlassen die Besonderheiten des Unterlassens angemessen aufnimmt. Fragt man nach der Verantwortlichkeit des Unterlassenden für den Fortbestand des Tatentschlusses, lässt sich gut das gegenteilige Ergebnis vertreten. Dagegen lässt sich auch nicht eine „Selbstwidersprüchlichkeit“ geltend machen, die darin liege, dass den Garanten nach h.M. nur die Pflicht treffe, die Anstiftung zu verhindern, nicht jedoch die Haupttatbegehung (S. 150). Daraus kurzerhand abzuleiten, nach h.M. bestehe überhaupt keine Pflicht gegenüber dem Opfer (und folglich lasse sich auch kein Anstiftungsunrecht begründen), ist nicht richtig. Denn die Pflicht zur Verhinderung der Anstiftung besteht selbstverständlich mit Rücksicht auf die Rechtsgüter potentieller Opfer. Es fehlt lediglich an einer Pflicht zu einem „Rundumschutz“ zugunsten des Opfers, da die Garantspflicht auf den Ausschluss bestimmter Gefährdungen begrenzt ist.

Hinsichtlich der Beihilfe durch positives Tun bekennt sich *Verf.* zum Erfordernis eines kausalen Beitrags (S. 151 f.). Eine Beihilfe durch Unterlassen sei grundsätzlich möglich (S. 152 ff.), wobei die Abgrenzung zur Täterschaft an dieser Stelle noch offen gehalten wird. Lediglich als Beihilfe könne allerdings die unterlassene Taterschwerung gewertet werden (S. 154 ff.), da nach Ablehnung der Risikoverminderungstheorie Täterschaft nicht in Betracht komme, während die Beihilfekausalität im Sinne einer bei Vornahme der gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmender Taterschwerung gegeben sei.

Nachdem als Ergebnis der bisherigen Überlegungen lediglich unmittelbare Täterschaft und Beihilfe in Form des Unterlassens anzuerkennen seien, wendet sich *Verf.* im vierten Teil den „tatbestandlichen Anknüpfungspunkten für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten“ zu (S. 159 ff.). Zunächst weist *Verf.* eine Abgrenzung anhand subjektiver Kriterien zu Recht zurück (S. 160 ff.). Von der grundsätzlichen Überlegung ausgehend,

dass die Unterscheidung an den unterschiedlichen Graden der Verantwortlichkeit für das tatbestandsmäßige Geschehen ansetzen müsse (S. 158), wendet sich *Verf.* der Bedeutung der Garantspflicht für die Abgrenzung zu (S. 165 ff.). Dabei sei die Pflichtdeliktslehre sowohl allgemein (S. 166 ff.) als auch bezogen auf Unterlassungsdelikte (S. 171 ff.) zurückzuweisen. Nicht zuletzt führe die durchgängige Annahme von Täterschaft (auf der Grundlage dieser Lehre, aber auch unabhängig von ihr) zu Wertungswidersprüchen, insbesondere komme es „durch die Einebnung der Beteiligungsformen bei mit Begehungsunrecht konkurrierenden Unterlassungen zu einem ‚Aufrollen‘ des differenzierten Beteiligungssystems über die Unterlassungsdelikte“ (S. 176). Nicht überzeugend sei – aus den aus der wissenschaftlichen Diskussion bereits bekannten Gründen – auch die Differenzierung in Abhängigkeit vom Vorliegen einer Beschützer- (Täterschaft) oder Überwachungsgarantenstellung (Teilnahme, S. 176 ff.); ebenso wenig überzeuge eine Orientierung an der Unterscheidung in Garantpflichten kraft Organisationszuständigkeit und kraft institutioneller Zuständigkeit (S. 180 ff.).

Als weiteren Ansatzpunkt für eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme komme damit die Orientierung an der Erfolgsabwendungsmöglichkeit in Betracht (S. 182 ff.). Nicht überzeugend sei allerdings der Versuch, die Abgrenzung nach dem für die Erfolgsabwendung erforderlichen Aufwand vorzunehmen (S. 182 ff.). Diese Auffassung, der zufolge eine unproblematische Erfolgsabwendungsmöglichkeit für Täterschaft und eine mit erheblichen Anstrengungen verbundene Erfolgsabwendungsmöglichkeit für Teilnahme spreche, könne schon deshalb nicht überzeugen, weil sie bei naturhaften Gefahren keine Rolle spiele. Zurückgewiesen wird auch eine Unterscheidung anhand des Zeitpunkts des Unterlassens (S. 184 f.). Und schließlich könne auch eine wertende Betrachtung anhand der Entsprechungsklausel die Abgrenzung nicht tragen (S. 185 f.), weil diese Klausel eine gänzlich andere Aufgabe zu erfüllen habe. Damit wendet sich *Verf.* dem „Gedanken der Tatherrschaft bei Unterlassungsdelikten“ zu (S. 186 ff.). Der Auffassung, der Unterlassende habe (lediglich) potentielle Tatherrschaft und sei damit im Verhältnis zu einem Täter kraft positiver Tatherrschaft stets nur Gehilfe, bescheinigt er widerspruchsfreie Ergebnisse insbesondere in solchen Konstellationen, in denen das Unterlassen mit einer aktiven Beihilfe konkurriert. Nicht überzeugend sei allerdings die Begründung dieser Position: Der Hinweis auf eine „potentielle Tatherrschaft“ bleibe unklar und es werde nicht hinreichend deutlich, weshalb die Herkunft der Gefahr – Naturgewalt oder menschliche Handlung – die rechtliche Beurteilung des Unterlassens verändert (S. 189 f.).

Der Überwindung dieser Schwächen dient der abschließende fünfte Teil der Untersuchung (S. 191 ff.). Maßgeblich für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sei die Antwort auf die Frage, wer die tatbestandsmäßige Situation beherrscht. Bei der Nichthinderung einer fremden Begehungsstat fehle dem Garant die positive Entscheidungsherrschaft, weil er lediglich darüber entscheiden könne, ob der Erfolg nicht eintritt, nicht aber darüber, ob er eintritt (S. 194 f.). Darin liege auch der Wertungsunterschied zum

Unterlassen der Abwendung naturhafter Gefahren begründet, gegenüber denen eine solche Unterlegenheit nicht bestehe. *Verf.* verdeutlicht seine Auffassung an dem Beispiel einer ihr Kind schlagenden Mutter, deren Tun vom zuschauenden Vater nicht verhindert wird (S. 194). Das Ergebnis – Täterschaft der Mutter, Helferschaft des Vaters – lässt sich natürlich gut vertreten. Die Auswahl des Beispiels ist aber deshalb unglücklich, weil die Mutter den Begehungsstatbestand in ihrer Eigenschaft als Garantin verwirklicht. Da die Sonderpflichtigkeit des Begehungstäters ersichtlich für die Lösung nicht maßgeblich sein soll, wäre das Beispiel treffender gewählt, wenn ein Nichtgarant das Kind verprügeln und der Vater tatenlos zusehen würde. Für den *Verf.* würde dies an seiner Begründung freilich wohl nichts ändern, obwohl dem Defizit an Entscheidungsherrschaft hier eine stärkere Pflichtenstellung im Verhältnis zu dem betroffenen Rechtsgut gegenüber stünde. Eine Täterschaft des Unterlassenden sei allerdings dort begründet, wo dem Begehungstäter hemmende Motive fehlen, etwa aufgrund von Schuldunfähigkeit. Hier mache die „Überlegenheit der Hemmungsherrschaft“ den Garant zur Zentralgestalt (S. 195). Das gleiche gelte bereits bei eingeschränkter Verantwortlichkeit des positiv Handelnden, etwa bei eingeschränkter Schuldfähigkeit nach § 21 StGB (S. 197) und auch dort, wo der Unterlassende im Unterschied zum positiv Handelnden einen Qualifikationstatbestand verwirklicht (S. 198). Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit sollen dagegen Strafzumessungsgesichtspunkte, auch die Verwirklichung von Regelbeispielen allein durch den Unterlassenden, außer Betracht bleiben (S. 198 f.). Mehrere Unterlassende schließlich seien, ungeachtet eines etwaigen Unrechtsgefälles, jeweils als Täter zu behandeln (S. 199).

Die Arbeit imponiert durch eine eigenständige Gedankenführung. Mitunter geraten allerdings die Argumentation und auch die Auseinandersetzung mit abweichenden Positionen etwas knapp. Freilich ist dem *Verf.* die Komplexität seines Themas zugute zu halten. Sind bereits Unterlassungsdelikte auf der einen und Täterschaft und Teilnahme auf der anderen Seite Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Diskussion, so führt die Verschränkung beider Gegenstände zu einer hohen Komplexität. In diesem unübersichtlichen Feld einen die Diskussion fördernden Beitrag geleistet zu haben, ist allemal beachtlich.

Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen

Buchrezension

Jörg Weddig, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle – Eine Auseinandersetzung mit dem „Passauer Apothekerfall“ (BGHSt 43, 177 ff.), Verlag Peter Lang, Frankfurt a.M., 2008, 175 S., € 41,10,-

Das Urteil des *1. Strafsenates* des Bundesgerichtshofes vom 12.8.1997 (BGHSt 43, 177) hat in der Literatur zu einer Vielzahl unterschiedlicher Bezeichnungen angeregt: „Giftfallen“-Fall, „Bärwurz“-Fall, „Bayerwaldbärwurz“-Fall, „Apotheker“-Fall oder auch „Passauer Apothekerfall“. In diesem, mittlerweile als „Klassiker“ zu bezeichnenden Fall stellte ein Passauer Apotheker nach einem Einbruch in sein Haus ein tödlich wirkendes Gift getarnt in einer Schnapsflasche zum Genuss für die vermutlich wiederkehrenden Einbrecher bereit. Zu einer Rückkehr der Einbrecher kam es jedoch nicht. *Jörg Weddig*, seit 2003 Richter an verschiedenen Amts- u. Landgerichten in Hessen, beschäftigt sich in seiner von Prof. Dr. Klaus Laubenthal (Universität Würzburg) betreuten Dissertation mit der Anwendung der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft und den in solchen Fällen zu gewinnenden Kriterien für den Versuchsbeginn bei selbstschädigenden Handlungen des Tatopfers. Diese Thematik ist von elementarer Bedeutung für die Abgrenzung zwischen der grundsätzlich straflosen Vorbereitung und dem strafbaren Versuch.

Die Untersuchung ist in zwei Kapitel gegliedert.

Im ersten Kapitel (S. 17-32) widmet sich *Weddig* zunächst der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft. Er stellt das Wesen der mittelbaren Täterschaft in Abgrenzung zur Anstiftung dar, um sodann in gebotener Kürze die typischen Varianten der mittelbaren Täterschaft nach der Art der Tatherrschaft (S. 19-20: „Anforderungen an den Täter“) und der Unterlegenheit des Tatmittlers (S. 20-22: „Anerkannte Fälle mittelbarer Täterschaft“) zu beschreiben. *Weddig* will mit seiner Arbeit eine verbindende Sichtweise zwischen dieser Täter- und Tatmittlersicht „propagieren“ (S. 18). Er geht dann auf umstrittene Konstellationen der mittelbaren Täterschaft ein (S. 23 ff.) und zeigt die unterschiedlichen Auffassungen zum qualifikationslos- und absichtslos-dolosen Werkzeug instruktiv auf. Die Annahme einer mittelbaren Täterschaft in solchen Fällen hält der *Verf.* „aus rechtsstaatlichen Gründen“ für nicht ganz „unbedenklich“ (S. 23). Weiterhin fasst *Weddig* einige umstrittene Varianten der Konstellation des „Täters hinter dem Täter“ zusammen, wobei er den vermeidbaren Verbotsirrtum des Vordermannes und anhand von Fallgruppen den Irrtum über den konkreten Handlungssinn erläutert (S. 24 f.). In den Fällen der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate attestiert der *Verf.* den unterschiedlichen Lösungen allesamt Schwächen und spricht sich für die Anstiftung als „dogmatisch einwandfrei[en]“ Weg aus. Er gibt bei dieser Lösung zwar einen Widerspruch zum „Rechtsempfinden“ zu, will diesen aber über die Strafhöhe berücksichtigen (S. 26). Er gibt weiterhin Aufschluss über die Probleme und die divergierenden Ansichten in den für den Giftfallen-Fall wichtigen Selbstschädigungsfällen (S. 26 f.). *Weddig* lässt auch die teilweise befürwortete Anwendung der mittelbaren Täterschaft in den Fällen der *actio*

libera in causa (a.l.i.c.) nicht unerwähnt. Diese Lösung hält er allein wegen des Wortlautes des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB jedoch für „dogmatisch äußerst bedenklich“. Den Abschluss des ersten Kapitels bildet ein informativer geschichtlicher Abriss zur mittelbaren Täterschaft, angefangen bei den begrifflichen Wurzeln im italienischen Strafrecht des ausgehenden Mittelalters, über den französischen Code pénal von 1810, das Allgemeine Preussische Landrecht (ALR) von 1794 und das preussische Strafgesetzbuch von 1851 bis hin zur Rechtslage im Deutschen Reich und in der Bundesrepublik.

Weddig hält abschließend fest, dass die geltende gesetzliche Normierung der mittelbaren Täterschaft Beifall verdiene, da sie „Raum zur [...] Rechtsfortbildung“ lasse (S. 31). Erst auf diese Weise sei es ermöglicht worden, in den berühmten „Mauerschützenprozessen“ die hochrangigen „DDR-Funktionäre“ als mittelbare Täter eines Tötungsdeliktes über die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter zu belangen (S. 32). Die in solchen Fällen vom *Verf.* zuvor favorisierte „dogmatisch einwandfrei[e]“ Lösung über die Anstiftung (S. 26) wird in diese Ausführungen nicht mehr einbezogen.

Im zweiten Kapitel (S. 33-129) setzt sich *Weddig* mit der Konstellation der sog. Giftfalle umfassend auseinander. Einleitend stellt er Begriff und Varianten einer solchen vor. Die Situation basiere auf einer ex ante freiwilligen Handlung des Betroffenen, die er unter Berücksichtigung des Kenntnisstandes ex post nicht begangen hätte. Der *Verf.* begrenzt den Gegenstand seiner Untersuchung nachvollziehbarerweise auf die Situation der Giftfalle in der Variante des Bereitstellens vergifteter Lebensmittel bei ungewissem Erfolgseintritt (S. 34). Er geht hierbei zwei Fragen nach: einerseits der nach der passenden Täterschaftsform (S. 35-59), andererseits der nach dem Versuchsbeginn, wenn das Opfer nicht in die vorbereitete Falle gerät (S. 60-129).

Bezüglich ersterer zeigt *Weddig* auf, dass sich die Rechtsprechung nur am Rande mit dieser Frage auseinandergesetzt habe und eine direkte Anwendung der mittelbaren Täterschaft vermeide (S. 35 f.). Das Meinungsbild in der Literatur reiche hingegen von der direkten Anwendung der mittelbaren oder unmittelbaren Täterschaft über die „analoge“ Anwendung beider Formen bis hin zur gänzlichen Ablehnung der Täterschaft. Teilweise werde in der Literatur sogar behauptet, eine formale Zuordnung sei unnötig. Zunächst spricht sich *Weddig* überzeugenderweise für die Erforderlichkeit einer Einordnung im Hinblick auf die sich anschließende Problematik des Versuchsbeginns aus (S. 45 f.). Dann diskutiert er die in der Literatur vertretenen Lösungsansätze und kommt zum Ergebnis, dass das Verhalten des Apothekers allen Voraussetzungen zur Annahme einer mittelbaren Täterschaft genüge (S. 51). Dieses Ergebnis untermauert er mittels einer umfassenden klassischen Auslegung des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB (S. 51-58). Zum Abschluss der Frage nach der Täterschaftsform gibt der *Verf.* dem Bundesgerichtshof eine Anregung, wie er im Giftfallen-Fall einen ersten Leitsatz hätte formulieren können (S. 59).

Hinsichtlich der zweiten Frage nach dem Versuchsbeginn in den Fällen einer mittelbaren Täterschaft stellt *Weddig* die Urteile und Beschlüsse der an dem Giftfallen-Fall beteiligten Gerichte fundiert dar (S. 60 ff.). Der Bundesgerichtshof stelle

den „Gefährdungsaspekt des potentiellen Opfers in den Mittelpunkt“ und verneine daher das unmittelbare Ansetzen des Passauer Apothekers zu einem versuchten vorsätzlichen Tötungsdelikt (BGHSt 43, 177). Im Schrifttum zeige sich hingegen ein „diffuses Meinungsbild“, das *Weddig* übersichtlich darstellt. Nach seiner Vorgabe soll eine detaillierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Argumenten erst im Rahmen des eigenen Lösungsansatzes erfolgen. Ausgehend vom Wortlaut des § 22 StGB im Zusammenspiel mit § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und unter Berücksichtigung der Theorien über den Strafgrund des Versuchs erarbeitet *Weddig* die notwendigen Voraussetzungen für den Versuchsbeginn beim Einsatz einer Giftfalle: Der Hintermann müsse nach seinem Vorstellungsbild zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen, wobei es keines sozialen Kontaktes zwischen Täter und Opfer bedürfe. Erforderlich sei jedoch sowohl eine konkrete Gefahr für das Opfer als auch eine räumlich-zeitliche Unmittelbarkeit zwischen Handlung und Erfolgseintritt sowie das Für-Möglich-Halten des Erfolgseintritts durch den mittelbaren Täter (S. 105). Anschließend betrachtet *Weddig* anhand der Chronologie des Tatgeschehens beim Giftfallen-Fall mögliche konkrete (und fiktive) Zeitpunkte als Versuchsbeginn (S. 108 ff.). Diese anschauliche praxisnahe Bewertung der vom *Autor* geforderten Voraussetzungen anhand der einzelnen relevanten Zeitpunkte des Falles ist besonders gelungen.

Weddig kommt zu dem Ergebnis, dass bei der Passauer Giftfalle ein Versuchsbeginn abzulehnen sei (S. 127 f.). Dieser könne im Rahmen einer Giftfalle erst dann vorliegen, wenn nach Tätervorstellung ein trinkbereiter Griff des Opfers zur Flasche mit dem tödlichen Inhalt vorläge und sich das Opfer tatsächlich in den Wirkungsbereich der Giftfalle unter Wahrnehmung derselben begeben habe. Mangle es an dieser Tätervorstellung, dann müsse der konsumbereite Griff zum Giftrunk, der nun für das unmittelbare Ansetzen zur unbewussten Selbstschädigung als dem Versuchsbeginn entscheidend ist, tatsächlich erfolgen (S. 107, 131). Dieser interessante Lösungsansatz führt, wie *Weddig* selbst erkennt, zu einem sehr späten Beginn des Versuchstadiums. Daher werde der Zeitraum zwischen dem verzehrbereiten Griff des Opfers und dem unmittelbaren Erfolgseintritt stark eingegrenzt. Der Aufsteller einer im Zweipersonenverhältnis wirkenden Giftfalle werde im Vergleich zum unmittelbaren Täter oder dem mittelbaren Täter in einer Dreieckskonstellation privilegiert. Das sei laut *Weddig* jedoch aufgrund des fehlenden sozialen Kontaktes zwischen Täter und Opfer nicht zu beanstanden. Man könne zwar die mittelbare Täterschaft auf die Fälle des fehlenden Kontaktes ausdehnen, müsse dann aber dies über eine restriktive Eröffnung des Versuchstadiums wieder einschränken (S. 132).

Weddig reicht auch noch weiterführende hilfreiche Hinweise zu einer realisierbaren Rechtsanwendung seiner gefundenen Lösung. Hierfür gibt er dem Richter eine Art Fragenkatalog für den Fallenaufsteller als Angeklagten und dem von Hintermann anvisierten Opfer als Zeugen an die Hand (S. 133 f.).

Ein weiterer positiver Punkt ist abschließend noch hervorzuheben. Im Dokumentenanhang lassen sich die Beschlüsse des LG Passau vom 27.6.1995, des OLG München vom 27.11.1995, des AG Passau vom 24.10.1996 sowie die Urteile des LG Passau vom 21.1.1997 und des Bundesgerichtshofes vom 12.8.1997 in ungekürzter Fassung wiederfinden. Gerade für die wissenschaftliche Aufbereitung dieses Falles sind diese (zeitlich aufwendig zu recherchierenden) Dokumente von besonderem Wert.

Weddig hat sich zum (ehrgeizigen) Ziel gesetzt, mit seiner Arbeit eine allgemeingültige Theorie zum Versuchsbeginn im Rahmen der Giftfalle aufzustellen. Die Besonderheiten in diesen Fällen liegen in der Personenidentität von Tatmittler und Geschädigtem (Zweipersonenkonstellation) und der fehlenden Kommunikation zwischen Vorder- und Hintermann. Zu Recht weist er darauf hin, dass die Konstellation der Giftfalle keine „pathologische Lehrbuchkriminalität“ sei, sondern wegweisend für die Fälle der Erpressung von Selbstbedienungskaufhäusern, in denen in erpresserischer Absicht vergiftete Lebensmittel dem Kunden zur Verfügung gestellt werden (S. 59, 132). Die von *Weddig* dargestellte Lösung bereichert das vielfältige Meinungsspektrum des Schrifttums um eine weitere interessante Idee in Bezug auf die seltene Konstruktion der Giftfalle. Mit dieser Lösung versucht er eine Vorverlagerung des Versuchsbeginns einzugrenzen, was grundsätzlich zu begrüßen ist. Ob eine solch starke Einschränkung des Versuchsbeginns, wie hier vorgeschlagen wird, wirklich notwendig ist, wird einer lebhaften Diskussion überlassen bleiben müssen. Wer sich mit dem Giftfallen-Fall des Bundesgerichtshofs beschäftigt, kann sich jedenfalls dieser aufschlussreichen Spezialliteratur nicht entziehen.

Wiss. Mitarbeiter Patrick M. Pintaske, Osnabrück

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

Michael Heghmanns/Uwe Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, Verlag C.H. Beck, München 2008, 1273 S., € 125,-

I. Die anzuzeigende Neuerscheinung richtet sich in erster Linie an den Praktiker und hat sich zum Ziel gesetzt, „eine Handreichung für denjenigen zu sein, der sich einem prozessual-praktischen Problem gegenüberstellt, für das er eine wissenschaftlich durchdrungene, vielleicht innovative Lösung sucht.“¹ Diesem Anspruch wird das Buch – soviel sei vorweggenommen – in jeder Hinsicht gerecht. Es füllt damit eine echte Lücke, war doch der Markt für Handbücher zum Strafverfahren, die sich nicht lediglich mit bestimmten Teilbereichen befassen² oder sich nicht vornehmlich an eine bestimmte Berufsgruppe³ richten, verwaist. Die Autoren sind – auch das wirkt sich positiv auf die Darstellung aus – sämtlich praktisch erfahrene Wissenschaftler oder wissenschaftlich ausgewiesene Praktiker.

II. Das Handbuch ist thematisch übersichtlich in dreizehn Kapitel gegliedert, die sich grob am Gang des Strafverfahrens orientieren. Jedem Kapitel ist eine stets umfassende (etwa zum zweiten und siebten Abschnitt mit jeweils mehr als zehn Seiten), teilweise fast penible Literaturübersicht vorangestellt, der eine präzise und hilfreiche Inhaltsübersicht folgt.

1. Das erste Kapitel von *Dallmayer* und *Jahn* behandelt die „Einleitung und Einstellung des Ermittlungsverfahrens“. Dabei werden zunächst die Voraussetzungen dargestellt, unter denen eine Privatperson (durch Strafanzeige bzw. Strafantrag) ein Ermittlungsverfahren in Gang bringen kann. Breiteren Raum nehmen die Darstellungen zur Verfahrenseinleitung von Amts wegen ein (Rn. 35). Unter diesem Gliederungspunkt werden von *Jahn* zunächst die Zwecke des Ermittlungsverfahrens etwas anders (nämlich unter Einbeziehung der Rechtswirklichkeit) dargestellt, als man dies von herkömmlichen Lehrbüchern kennt. Berücksichtigung findet dabei u.a. die starke Stellung der Polizei (Rn. 39 f.). Besonders ausführlich wird der für die Einleitung des Verfahrens zentrale „Anfangsverdacht“ behandelt (Rn. 47 ff.). Zutreffend wird etwa hervorgehoben, dass die Verfolgungsorgane dabei keinen gerichtlich unüberprüfbar Beurteilungsspielraum haben (Rn. 57).⁴ Auch das Legalitätsprinzip wird hier – und

zwar mit den zahlreichen dieses Prinzip betreffenden Facetten – ausführlich behandelt (Rn. 85 ff.). Im Anschluss stellt *Jahn* Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verfahrenseinstellung mangels Tatverdachts (§ 170 Abs. 2 StPO) dar (Rn. 116), während die Opportunitätseinstellung – etwas überraschend, aber durchaus konsistent an das Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts gekoppelt – im Zusammenhang mit der Anklageentscheidung im fünften Kapitel behandelt wird. Nach einem durchaus kritischen Blick auf den (fehlenden) Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren als solches (*Jahn*, Rn. 152 ff.), geht *Dallmeyer* auf das Klageerzwingungsverfahren ein (Rn. 165 ff.).

2. Das zweite Kapitel (ebenfalls von *Dallmeyer* und *Jahn*) behandelt ausgesprochen detail- und materialreich – unter Ausklammerung strafprozessualer Grundrechtseingriffe (s. Kap. III und IV) – die „Durchführung des Ermittlungsverfahrens“. Die Darstellung ist in drei Teile gegliedert: der weitaus umfangreichste, von *Jahn* bearbeitete Teil befasst sich mit den Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden, der zweite Teil (*Dallmeyer*) mit der Informationsbeschaffung durch den Verteidiger, der dritte (wiederum von *Dallmeyer*) mit der Verwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse, also mit den Verwertungsverboten. Im ersten Teil wird überaus detailreich das Feld der Sachverhaltsermittlung aufgerollt, die – von Ausnahmen abgesehen (etwa Fahndung und Identitätsfeststellung) – nicht in Zusammenhang mit den Eingriffsermächtigungen der StPO, die in den Kapiteln III und IV dargestellt werden, stehen. Breiten Raum nehmen Vernehmungsergebnisse ein. Dabei werden insbesondere auch Zweckmäßigkeitserwägungen aus Beschuldigten- bzw. Verteidigersicht angesprochen (etwa wo es um die Einlassung zur Sache geht, Rn. 89 ff.). Auch das Beweiserhebungsverbot des § 136a StPO wird ausführlich behandelt. Der Abschnitt über die Verwertungsverbote (Rn. 381 ff.) beschränkt sich im Wesentlichen auf die Darstellung in der Rechtsprechung. Das und seine Kürze lassen ihn für den Praktiker als zuverlässige Informationsquelle erscheinen; der wissenschaftlich Interessierte muss sich an anderer Stelle über die verschiedenen dogmatischen Modelle und den Diskussionsstand informieren.⁵

¹ Vorwort, S. V.

² Siehe etwa *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008; *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2009; *ders.*, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 6. Aufl. 2009.

³ Bspw. *Dahs* (Hrsg.), Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2007; *Bockemühl* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 3. Aufl. 2006; *Vordermayer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 3. Aufl. 2008; *Heghmanns*, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 3. Aufl. 2003.

⁴ Ausführlich zu den unbestimmten Rechtsbegriffen im Tatbestand strafprozessualer Eingriffsermächtigungen (zu denen

auch der „Verdacht“ gehört) *Mittag*, Außerprozessuale Wirkungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe, 2009, S. 63 ff.

⁵ Exemplarisch und ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Ame- lung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990; *ders.*, in: *Duttge* u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 417 ff.; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995; *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003; *Jahn*, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, Bd. I: Gutachten/Teil C; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1; *ders.*, in: *Ebert* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30.8.1999, 1999, S. 293; *ders.*, in: *Samson* u.a.

3. Im dritten Kaptitel werden von *Lehmann* und *Murmann* unter der Überschrift „Zwangsmittel“ die strafprozessualen Grundrechtseingriffe dargestellt. Dabei ist der Darstellung der einzelnen Eingriffsermächtigungen ein kurzer allgemeiner Teil vorangestellt, der einige gängige allgemeine Fragen (insbesondere Gesetzesvorbehalt und Verhältnismäßigkeit) behandelt. Ein wirklich systematischer Überblick über die Grundlagen (zu den dargestellten kämen bspw. Fragen des Rechtscharakters und der Funktion des Richtervorbehalts oder Aspekte des Grundrechtseingriffs, insbesondere der Einwilligung in den Eingriff) wird damit aber nicht geliefert; er war wohl auch nicht Anliegen der Darstellung.⁶ Sie konzentriert sich im Wesentlichen auf eine Darstellung der einzelnen Eingriffe. Der Leser wird dadurch detailgenau und umfassend über die Rechtsgrundlagen strafprozessualer Grundrechtseingriffe informiert. Auf die mit dem am 1.8.2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG⁷ eingeführten Änderungen sowie die dazu ergangene Rechtsprechung des BVerfG⁸ konnten die *Verf.* noch nicht reagieren. Abgerundet wird das Kapitel mit der Darstellung des gegenwärtigen Standes der Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (Rn. 447 ff.). Auch hier hätte man sich gewünscht, dass zunächst die allgemeinen Grundlagen des Rechtsschutzes dargestellt worden wären (etwa Erledigung des Eingriffs⁹, Besonderheiten bei richterlich angeordneten oder bei ohne richterliche Anordnung ergriffenen Maßnahmen, Rechtsschutz gegen Aspekte des Vollzugs des Eingriffs, Rechtsschutz und Folgenbeseitigung). Stattdessen behandelt *Lehmann* den Rechtsschutz fast ausschließlich als ein Problem der einzelnen Eingriffsermächtigung. Dies hat für den Praktiker sicher den Vorteil des raschen Zugriffs auf die einschlägige Grundlage. Inzwischen ist die Überprüfung der richterlichen Anordnung der in § 101 Abs. 1 StPO n.F. genannten heimlichen Maßnahmen in § 101 Abs. 7 StPO n.F. allerdings neu – keineswegs aber widerspruchsfrei – geregelt.¹⁰

4. Die Untersuchungshaft wird von *Meinen* im vierten Kapitel auf beinahe 100 Seiten eigenständig und ausführlich

dargestellt. In einem einführenden Abschnitt werden die theoretischen Grundlagen beleuchtet sowie die etwas abseitigeren Formen der U-Haft (z.B. nach §§ 230 Abs. 2, 127b StPO) und haftähnliche Eingriffe (vorläufige Unterbringung) kurz dargestellt. Breiten Raum nimmt das Spannungsfeld zwischen der Unschuldsvermutung und dem Bedürfnis nach wirksamer Strafverfolgung ein, wobei *Meinen* bereits daran zweifelt, ob die Erzwingung der Anwesenheit einen solch tiefgreifenden Eingriff rechtfertigt (Rn. 5).¹¹ § 112a StPO verstößt nach der Auffassung von *Meinen* als Verdachtsstrafe gegen die Unschuldsvermutung (Rn. 8).¹² Die weiteren Ausführungen lassen dann kaum eine praktisch bedeutsame Frage offen. *Meinen* stellt zunächst das „materielle Untersuchungshaftrecht“ (den dringenden Tatverdacht, die Haftgründe, die Verhältnismäßigkeit sowie – das ist aus Praktikersicht besonders zu begrüßen – sehr ausführlich die Außervollzugsetzung des Haftbefehls) dar (Rn. 32 ff.). Unter der Überschrift „formelles Untersuchungshaftrecht“ werden sodann die inhaltlichen Anforderungen an den Haftbefehl, die Vorführung, Vernehmung des Beschuldigten sowie die Verkündung des Haftbefehls dargestellt (Rn. 140 ff.). Ausführlich behandelt *Meinen* auch die Rechtsbehelfe sowie die Haftprüfung nach den §§ 117 Abs. 1 und 121 f. StPO (Rn. 174 ff.). Abschließend geht er – auch dies ausgesprochen praxisnah – auf den Vollzug der U-Haft ein (Rn. 239 ff.).

5. Die Entscheidung des Staatsanwalts für die Anklage bildet den Gegenstand des von *Heghmanns* bearbeiteten fünften Kapitels. Das Augenmerk liegt zunächst auf den Voraussetzungen für die Anklageerhebung, mithin insbesondere auf dem hinreichenden Tatverdacht. Breiten Raum nehmen die verschiedenen Opportunitätseinstellungen ein (Rn. 22 ff.). Hervorzuheben ist insbesondere die umfassende und überaus genaue Darstellung der Einstellung nach § 154 StPO, die in der Praxis (neben der Einstellung nach den §§ 153, 153a StPO) herausragende Bedeutung hat. Unter der Überschrift „Erhebung der öffentlichen Klage“ werden zunächst mit dem Sicherungsverfahren, dem objektiven Verfahren zur selbständigen Anordnung von Nebenfolgen (z.B. Einziehung) und – sehr ausführlich – dem Strafbefehlsverfahren

(Hrsg.), Festschrift für Gerhard Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 523.

⁶ Siehe als Versuch eines solchen Überblicks *Mittag* (Fn. 4).

⁷ BGBl. I 2007, S. 3198.

⁸ S. zunächst die einstweilige Anordnung vom 11.3.2008 (BVerfG NVwZ 2008, 543) sowie die jüngste Hauptsacheentscheidung vom 2.3.2010 (BVerfG NJW 2010, 833).

⁹ *Lehmann* verwendet statt „Erledigung“ den Begriff der „prozessualen Überholung“, mit dem die Rechtsprechung noch in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe als bloße Prozesshandlungen verweigert hat. Mit dem Begriff der Erledigung wird hingegen der entscheidende prozessexterne Standpunkt (Art. 19 Abs. 4 GG) eingenommen. Einzelheiten dazu bei *Mittag* (Fn. 4), S. 192 ff.

¹⁰ Hierzu *Mittag* (Fn. 4), S. 207 ff. m.w.N.

¹¹ Er führt a.a.O. weiter aus: „Verneint man dies, würde als Legitimationsbasis womöglich nur die Sicherung der Strafvollstreckung übrig bleiben.“ Tatsächlich dürfte – neben den Aspekt der Sicherung der Anwesenheit – zumindest beim Haftgrund der Verdunkelungsgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO) auch der Aspekt der Störungsabwehr zu berücksichtigen sein, der mit der Sicherung der Anwesenheit nichts zu tun hat. Mit ihm sollen Behinderungen abgewehrt werden, die dem Verfahren – genauer: der Erforschung des Sachverhalts – durch den Beschuldigten drohen. Näher hierzu *Ame- lung*, JZ 1987, 737 (739).

¹² Das eigentliche (auch verfassungsrechtliche) Problem liegt m.E. darin, dass der Bundesgesetzgeber – über die vorläufigen Maßregeln hinaus – reine präventiv-polizeiliche Zwecke aus Anlass der Strafverfolgung verfolgt, die sich nicht in die Systematik des Prozessrechts einfügen vermögen. Hierzu ausführlich *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention (2003), S. 96 ff.

ren, beschleunigten Verfahren und vereinfachten Jugendverfahren die Alternativen zum „herkömmlichen Anklageverfahren“ beleuchtet (Rn. 139 ff.). Sodann wird der Leser umfassend über die einzelnen Aspekte der Anklageerhebung informiert (Rn. 208 ff.). Auch hier bleibt im Grunde keine praktisch relevante Frage über die Bestimmung der anzuklagenden Taten und das zuständige Gericht unerörtert. Zu Recht fragt *Heghmanns* etwa, für welche Taten das erweiterte Schöffengericht (§ 29 Abs. 2 GVG) zuständig sein soll (Rn. 251 ff.). Ausführungen über die Anklagegestaltung, die gemäß der Zielsetzung des Handbuchs nicht den Charakter einer Handreichung für den Staatsanwalt haben, runden die Darstellung ab.

6. Im sechsten Kapitel werden – ebenfalls von *Heghmanns* – überaus ausführlich Zwischenverfahren und Vorbereitung der Hauptverhandlung abgehandelt. Hier wird beleuchtet, was das Gericht zu tun hat (und was die anderen Verfahrensbeteiligten tun können), wenn die Anklage erhoben ist. Insbesondere geht es also um die Prüfung der Anklageschrift, die (Notwendigkeit der) Bestellung eines Verteidigers, die Zulassung der Nebenklage, die Entscheidung über die Eröffnung und die Vorbereitung der Hauptverhandlung. Hervorzuheben sind die sorgfältigen Ausführungen zur gerichtlichen Anklagekontrolle und zu den gerichtlichen Entscheidungsmöglichkeiten (Rn. 223 ff.). Aus Sicht der Verteidigung geht es insbesondere um die (taktische) Frage, ob bereits jetzt zur Anklage vorgetragen werden soll oder ob man sich eine Verteidigung gegen die Vorwürfe besser für die Hauptverhandlung aufspart (Rn. 136 ff.). Für die Staatsanwaltschaft werden insbesondere die Anklagerücknahme und deren Folgen sowie die Möglichkeiten des Einschreitens gegen die Untätigkeit des Gerichts im Zwischenverfahren behandelt (Rn. 163 ff.).

7. Das mit beinahe 300 Seiten umfangreichste siebte Kapitel befasst sich mit der Hauptverhandlung. Inhaltlich wird so ziemlich jede Eventualität beleuchtet (als Bsp. seien die beinahe 200 Randnummern zum Zeugenschutz genannt, Rn. 454 ff.). *Scheffler* orientiert sich bei seiner Darstellung am Gang der Hauptverhandlung. Eindrucksvoll bringt *Scheffler* dabei immer wieder in Erinnerung, wie viel besser ein Angeklagter mit einem guten Verteidiger dasteht. Exemplarisch hierfür seien nur die Ausführungen zu der Entscheidung genannt, sich zur Sache (nicht) zu äußern (Rd. 181 ff.). Dabei gleitet die Darstellung aber – bei allen doch erkennbaren Sympathien für „verteidigertypische Positionen“ – nie ins Einseitige ab. Es verwundert nicht, dass *Scheffler* auch mit Kritik an herrschenden Meinungen und am Gesetzgeber nicht hinter dem Berg hält (bspw. zur Rolle des Nebenklägers als Zeugen, Rn. 334, zum Zeugnisverweigerungsrecht bei Verlöbten, Rn. 391 ff., zum „freien Vorhalt“, Rn. 421 ff. und 719 ff., zur Möglichkeit der Vereidigung, Rn. 621 ff., zum Selbstleseverfahren, Rn. 735 ff.). Es liegt in der Natur eines solchen Vorgehens, dass nicht jeden jede Kritik zu überzeugen vermag. Immer wird man jedoch aufgrund der kenntnis- und detailreichen Darstellung zuverlässig zu Rechtslage und Meinungsstand informiert und ist damit in die Lage versetzt, sich zu einem Problem eine eigene Meinung zu bilden. *Schefflers* Darstellung ist aber auch sprachlich ein Genuss.

Jedem, der mit dem Strafverfahren beschäftigt ist und auch nur ein klein wenig Muße verspürt, kann nur empfohlen werden, dieses Kapitel am Stück zu lesen.

8. Die in jüngerer Zeit vielfach diskutierte¹³ Verständigung im Strafprozess hat im achten Kapitel eine eigenständige Darstellung erfahren. Die Einführung des § 257c StPO durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009¹⁴ konnte von *Ioakimidis* noch nicht berücksichtigt werden.¹⁵ Die gute Darstellung wird dadurch natürlich leider etwas abgewertet, aber keineswegs wertlos. Zum einen wird auf den dem Gesetz zugrundeliegenden Referentenentwurf bereits eingegangen (Rn. 12 ff.); zum anderen sind Grundproblem und Begrifflichkeiten von der Einführung der Regelung unberührt. Schließlich orientiert sich die neue Vorschrift weitgehend¹⁶ an den grundlegenden Entscheidungen des BGH¹⁷, so dass auch die Ausführungen über Zulässigkeit, Grenzen und Rechtsfolgen der Absprache nach wie vor verwendbar bleiben.

9. Urteil und Rechtsmittel gegen das Urteil werden von *Matthies* im neunten Kapitel behandelt. Der Abschnitt über die schriftliche Abfassung des Urteils befasst sich im Wesentlichen mit Aufbau und Darstellung der Urteilsgründe; er informiert den Strafrichter – er ist der „natürliche Adressat“ – zuverlässig über die von ihm zu beachtenden Regeln.¹⁸ Der Abschnitt über die Anfechtung des Urteils lässt die spezifischen Probleme der Revision außen vor (sie sind Gegenstand des Kap. X); er behandelt das Verhältnis von Berufung und Revision, die Voraussetzungen der Einlegung des Rechtsmittels und dessen Rücknahme und (sofern eine solche gegeben ist) die Wahl des Rechtsmittels.

10. Wiederum ein eigenständiges, zehntes Kapitel ist dem Rechtsmittel „Revision“ gewidmet. *König* behandelt dabei vornehmlich (neben der Einlegung, dem weiteren Verfahrensgang und den Entscheidungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts) die Revisionsbegründung. Breitesten Raum nimmt dabei die Darstellung der Verfahrensrügen ein (Rn. 109 ff.). Sie orientiert sich an der Rechtsprechung, ist dieser gegenüber aber (durchaus auch zu Recht) kritisch; exemplarisch seien nur die Ausführungen zur Darlegung sog.

¹³ Die Literatur hierzu kann man kaum überblicken; vgl. nur die dreieinhalbseitige Literaturübersicht vor dem Abschnitt.

¹⁴ BGBl. I 2009, 2353.

¹⁵ Hierzu etwa *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2626; *Schlothauer/Weider*, StV 2009, 600; *Rieß*, StraFo 2010, 10; krit. *Meyer-Goßner*, ZRP 2009, 107; gänzlich ablehnend *Schünemann*, ZRP 2009, 104.

¹⁶ Eine Neuerung stellt bspw. die ausdrückliche Möglichkeit der Festlegung einer Strafuntergrenze dar; krit. dazu *Meyer-Goßner*, ZRP 2009, 107 (108 f.).

¹⁷ Insbesondere BGHSt 43, 195 und BGHSt (GrS) 50, 40.

¹⁸ Für nähere Einzelheiten, etwa was die Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen betrifft, muss der Praktiker freilich nach wie vor auf die einschlägigen Standardwerke zugreifen, etwa *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 28. Aufl. 2008; *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. 2007. Unverzichtbar für jeden Strafrichter *Föhrig*, Kleines Strafrichter-Brevier, 2008.

Negativtatsachen (Rn. 122 ff.), zur „Rügeverkümmern“ (Rn. 138 ff.) oder Ablehnung der sog. Alternativrüge (Rn. 277 ff.) genannt. Detailliert und materialreich führt König in die Verfahrensrügen wegen absoluter und relativer Revisionsgründe ein und unterteilt letztere in die Fallgruppen Aufklärungsrüge, Rüge der Verletzung des § 261 StPO (so weit diese der Verfahrens- und nicht der Sachrüge zugänglich ist) und die Rüge der gesetzwidrigen Behandlung von Beweisanträgen. Entsprechend den wesentlich geringeren Anforderungen an das Rügevorbbringen fallen die Ausführungen für die Sachrüge deutlich kürzer aus (Rn. 307 ff.). Umfassend wird hier die Rüge wegen fehlerhafter Überzeugungsbildung des Gerichts behandelt (Rn. 316 ff.).

11. Die Wiederaufnahme ist im elften Kapitel dargestellt. Hauptaugenmerk von *Theobald* liegt bei der Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags, die in der Tat die am schwersten zu überwindende Hürde für den Antragsteller ist. *Theobald* macht hierfür aber nicht nur die (allzu) restriktive Handhabung der Gerichte, sondern auch die unzureichende Vorbereitung solcher Anträge durch die Strafverteidiger aus. Er verhehlt dabei aber auch nicht, dass hierfür – neben der Schwierigkeit der Sache – auch gebührenrechtliche Gründe eine Rolle spielen dürften (Rn. 9 f.). In der Sache werden die Wiederaufnahmevoraussetzungen, insbesondere die Wiederaufnahmegründe übersichtlich und praxisnah aufbereitet.

12. Die Strafvollstreckung wird von *Meinen* im zwölften Kapitel behandelt. Nach allgemeinen Ausführungen über Inhalt und Abgrenzung des Gegenstandes der Vollstreckung (etwa gegenüber dem Strafvollzug) werden die Grundlagen und Ausgestaltung der Vollstreckung (sowohl der Freiheits- als auch der Geldstrafe), die Aufgaben der Vollstreckungsgerichte sowie die Verfahren nach § 453 StPO (nachträgliche Entscheidungen, die sich auf eine Strafaussetzung zur Bewährung oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt beziehen) und § 454 StPO (Entscheidung, ob die Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden soll) überaus ausführlich dargestellt. *Meinen* stellt in diesem Zusammenhang – auch das ist aus Praktikersicht zu begrüßen – kurz die Grundlagen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (als Abänderung der Vollstreckungsgrundlage) dar (Rn. 32 ff.).

13. Im dreizehnten Kapitel werden von *Theobald* neben den Kosten auch Entschädigungsfragen dargestellt. Die „Kosten des Strafverfahrens“ werden systematisch übersichtlich, kurz und prägnant, dabei aber durchaus kritisch behandelt. Zu Recht kritisiert *Theobald* etwa die starre Handhabe, nach der bei einer Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO der Beschuldigte stets seine notwendigen Auslagen zu tragen habe. Die Haftung des Staates wird leider lediglich anhand des – praktisch allerdings bedeutendsten – StrEG erläutert. Weitere für strafprozessuale Grundrechtseingriffe in Betracht kommende Haftungstatbestände – zu nennen wären etwa § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG oder Art. 5 Abs. 5 EMRK – bleiben hingegen ausgeblendet.¹⁹

¹⁹ Erst aus einer Gesamtdarstellung dürfte sich die rechtspolitische Fragwürdigkeit des derzeitigen Entschädigungskon-

III. Bereits aus den vorstehenden Ausführungen sollte hervorgegangen sein, dass der Rezensent kaum grundsätzliche Kritik leisten kann. Am ehesten könnte vielleicht noch kritisiert werden, dass Rechtshilfefragen bzw. Fragen der justiziellen Zusammenarbeit völlig ausgeklammert bleiben. Das mag dadurch begründet sein, dass das Handbuch gerade kein Handbuch für Staatsanwälte ist, doch wirft die Frage nach der Bewertung und Verwertbarkeit etwa im Ausland gewonnener Informationen auch für Gericht²⁰ und Verteidigung²¹ ganz grundlegende Probleme auf. Aber dies ist vor dem Hintergrund der besonderen Qualität des Handbuchs nur eine Marginalie. Es bietet jedem mit dem Strafverfahren Befassten einen systematischen Einstieg in einen bestimmten Abschnitt des Verfahrens oder zur Lösung eines bestimmten Problems. Zum Teil liest man sich dabei richtiggehend fest – was kann man positiveres über ein juristisches Fachbuch sagen? Das Handbuch erscheint damit als Nachschlagewerk unverzichtbar für jeden, der sich mit der Praxis des Strafverfahrens beschäftigt. Die Empfehlung kann daher nur lauten: kaufen und lesen!

Richter Dr. Matthias Mittag, Kamenz

zepts ergeben. Es sei nur daran erinnert, dass der unbeteiligte Dritte – anders etwa als im Polizeirecht – von der verschuldensunabhängigen Haftung des Staates insbesondere für Eingriffe in das Eigentumsgrundrecht ausgeschlossen ist. Vgl. hierzu ausführlich *Mittag* (Fn. 4), S. 245 ff.

²⁰ Dazu etwa *Nack*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller (Hrsg.), Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, 2008, S. 255 (258 ff.).

²¹ Siehe etwa *Lammer*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller (Fn. 20), S. 395 ff.

Buchrezension

Helmut Vordermayer/Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, Carl Heymanns Verlag, 3. Aufl., Köln/München 2008, LXXIX, 1392 S., € 135,-

I. Das Handbuch für den Staatsanwalt ist dem Praktiker bestens bekannt. Anders als etwa das Handbuch zum Strafverfahren von *Heghmanns/Scheffler*¹ ist es nicht (nur) ein Handbuch zum Verfahrensrecht, sondern es behandelt aus staatsanwaltlicher Sicht sowohl die maßgeblichen prozessualen und praktischen Fragen (1., 3. bis 6. Teil), als auch die wichtigsten materiell-rechtlichen Grundlagen bestimmter Deliktgruppen und spezielle darauf bezogene prozessuale und praktische Fragen (2. Teil) und kann damit nahezu die gesamte staatsanwaltliche Tätigkeit abdecken. Es ist nicht als Einführungsbuch², sondern als systematisches Nachschlagewerk konzipiert. Die Autoren sind sämtlich erfahrene Praktiker, die sich auf die praxisnahe Darstellung der Materie verstehen. Eine Besonderheit ist die Begleitung der Darstellung durch Formblätter, die die staatsanwaltliche Tätigkeit unterstützen sollen. Diese Formblätter beruhen auf dem „TV-StA“-System (Textverarbeitung der Staatsanwaltschaften), mit dem die Länder Bayern, Baden-Württemberg, Sachsen und Thüringen arbeiten bzw. gearbeitet haben.³

II. 1. Der 1. Teil des Handbuches ist im Wesentlichen dem Ermittlungsverfahren gewidmet. Das 1. Kapitel über Eingriffsmaßnahmen informiert über die wesentlichen strafprozessualen Eingriffsermächtigungen. Die Gesetzesneuerungen bei den heimlichen Ermittlungsmaßnahmen⁴ sind noch nicht eingearbeitet. Den breitesten Raum nimmt die – allerdings nicht durchgehend überzeugende – Darstellung der U-Haft ein. So führt *Siebenbürger* etwa aus (Kapitel 1 Rn. 175): „Der Haftbefehl muss nicht verhältnismäßig sein, er darf aber nicht unverhältnismäßig sein.“ Was soll damit gesagt werden? Natürlich muss die Anordnung der U-Haft verhältnismäßig sein. Einen Zustand zwischen „nicht verhältnismäßig“ und „nicht unverhältnismäßig“ gibt es nicht. Auch als eine Art „Beweislastregel“ wäre der Satz nicht zutreffend: Greift der Staat in Grundrechte seiner Bürger ein, trägt er Rechtfertigungslast. Die folgenden Ausführungen zur Haft bei geringer Straferwartung greifen ebenfalls zu kurz: Natürlich kann die Inhaftierung des „Tippelbruder[s], der im Bahnhof Hausfriedensbruch begangen hat“ (a.a.O.) rechtmä-

Big sein. Das wird aber der (seltene!) Ausnahmefall bleiben. Nach einem Kapitel über die Fahndung (§§ 131 ff. StPO) wird sehr ausführlich und praxisnah der Rechtshilfeverkehr mit ausländischen Behörden, und zwar sowohl für eingehende als auch für ausgehende Rechtshilfeersuchen, dargestellt (Kapitel 3). Es folgen (trotz des Inkrafttretens des Lissabonner Vertrages noch aktuelle) Ausführungen über die justizielle Zusammenarbeit mit den EU-Mitgliedstaaten sowie über die internationale Strafgerichtsbarkeit, die – auch im Hinblick darauf, dass sie für die Dezernatsarbeit kaum einmal je relevant sein werden – nur einen groben Überblick zu geben vermögen. Die sich anschließenden praktischen Tipps für den Dezernenten bei Sachverhalten mit Auslandsbezug können sich hingegen in der täglichen Arbeit als hilfreich erweisen. Weniger juristisch, sondern eher kriminalistisch ist das 4. Kapitel über die Tatortaufnahme, die Spurensuche und das Verhalten am Tatort angelegt. Insbesondere für Dezernenten, die in die Bearbeitung von Kapitalsachen einsteigen (oder für den Bereitschaftsstaatsanwalt), dürfte dieses Kapitel durchaus zum Verständnis für „kriminalistische Notwendigkeiten“ beitragen. Entsprechendes gilt von den Kapiteln über die Kriminaltechnik (Kapitel 5) und die DNA-Analyse als Beweismittel im Strafverfahren (Kapitel 6). Kapitel 7 befasst sich sodann mit dem Akteneinsichtsrecht. Das den 1. Teil abschließende 8. Kapitel ist dem „Staatsanwalt im Internet“ gewidmet. Abgesehen von den Rn. 30 ff., die sich mit der Erhebung von Bestands-/Verkehrsdaten befassen – und durch die Neufassung der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG⁵ und die neuere Rechtsprechung des BVerfG⁶ überholt sein dürften – richtet sich die Darstellung ausschließlich an den Computeranfänger.

2. Der 2. Teil stellt – gegliedert nach einzelnen (Spezial-) Deliktgruppen – die wichtigsten materiell-rechtlichen Grundlagen für die Dezernatsarbeit vor. Gleichzeitig werden – wo erforderlich – verschiedene prozessuale und praktische Hinweise eingearbeitet. Das 1. Kapitel befasst sich mit Verkehrsstrafsachen. Die Darstellung geht dabei nicht auf verschiedene Delikte ein (zu denken wäre etwa an die §§ 222, 229, 315a, 316 StGB), sondern gibt lediglich einen groben Überblick über ausgewählte materiell-rechtliche und prozessuale Einzelprobleme sowie über Ordnungswidrigkeiten und „nicht-juristische Vorkenntnisse“ (v.a. zu Alkohol und Straßenverkehr). Im 2. Kapitel schließt sich ein Überblick über materiellrechtliche (Sanktionen) und prozessuale Besonderheiten in Jugendstrafsachen an. Im 3. Kapitel werden Sexualdelikte behandelt, wobei zunächst die geschützten Rechtsgüter, sodann die einzelnen Tatbestände des StGB und schließlich die Besonderheiten im Strafverfahren (insbesondere im Hinblick auf die Effektivität der Zeugenvernehmung) dargestellt werden. Kapitel 4 befasst sich ausführlich (und unter Einbeziehung der allgemeinen Urkundsdelikte) mit den

¹ *Heghmanns/Scheffler* (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008 (Rezension *Mittag*, ZIS 2010, 393).

² Wer sich auf den Einstieg in den staatsanwaltlichen Dienst vorbereiten will, dem sei die Einführung von *Heghmanns*, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 3. Aufl. 2003, empfohlen.

³ Inzwischen dürfte die Verarbeitung „web.sta 3.0“ das Formularsystem überall abgelöst haben, bei der der Staatsanwalt nicht mehr mit Papiervordrucken, sondern mit Bildschirmformularen arbeitet.

⁴ Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG (BGBl. I 2007, S. 3198).

⁵ BGBl. I 2007, S. 3198.

⁶ S. zunächst die einstweilige Anordnung vom 11.3.2008 (BVerfG NVwZ 2008, 543) sowie die jüngste Hauptsacheentscheidung vom 2.3.2010 (BVerfG NJW 2010, 833).

ausländerrechtlichen Straftaten nach dem Aufenthaltsgesetz sowie nach dem Asylverfahrensgesetz. Kapitel 5 behandelt Korruptionsdelikte (§§ 331 ff., 298 f., 263, 266 StGB) und gibt darüber hinaus praktische Hinweise für Ermittlungen wegen korrupten Verhaltens bei öffentlichen Ausschreibungen und für die sog. „Herzklappenverfahren“. Hinweise zur Vermögensabschöpfung schließen das Kapitel ab. Im Kapitel 6 werden die Umweltdelikte dargestellt, wobei zunächst ein Allgemeiner Teil (inklusive dem Sonderproblem der Verwaltungsakzessorietät) vorangestellt ist, dem eine kurze Übersicht über die wichtigsten Umweltdelikte folgt. Kapitel 7 beschäftigt sich mit den materiell-rechtlichen Problemen illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit, Kapitel 8 mit Todesermittlungsverfahren und – sehr knapp – Kapitaldelikten. Eine eigenständige, in einem solchen Handbuch wirklich innovative Darstellung findet sich in Kapitel 9 über die „Verkennung gewaltsamer Todesursachen“, in dem die verschiedenen Arten und Anzeichen „gewaltsamen Todes“ (wozu *Betz* auch den Tod durch Nahrungsmangel, Flüssigkeitsverlust, Kälte etc. zählt) behandelt werden. Sehr ausführlich und detailliert werden im 10. Kapitel die Waffendelikte behandelt. Obwohl das Gesetz zur Änderung des Waffengesetzes v. 26.3.2008⁷ noch nicht eingearbeitet ist, ist die Darstellung zum Einstieg in die überaus komplexe Materie bestens geeignet. Kapitel 11 deckt – im Verhältnis dazu wiederum relativ knapp – das Betäubungsmittelverfahren ab. Hier werden nicht die Straftatbestände behandelt, sondern die spezifischen Probleme, die der Staatsanwalt bei der Bearbeitung solcher Verfahren hat (z.B. die betäubungsmittelrechtlichen Mengengriffe) sowie prozessuale Fragen (besondere Ermittlungsmethoden, besondere Möglichkeiten der Einstellung und des Absehens von Strafe). Das 12. Kapitel geht auf „Finanzermittlungen“, d.h. Verfall und Einziehung sowie die darauf gerichteten prozessualen Sicherungseingriffe, ein.

3. Der 3. Teil befasst sich mit der Einstellungsverfügung und dabei maßgeblich mit den Voraussetzungen – sowie ausgesprochen ausführlich mit den entsprechenden Formblättern – des Absehens von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen fehlenden Anfangsverdachts (vgl. § 152 Abs. 2 StPO), der Einstellung wegen mangelnden Tatverdachts (§ 170 Abs. 2 StPO), der Verweisung auf den Privatklageweg (§§ 374, 376 StPO), der Opportunitätseinstellungen nach den §§ 153, 153a, 154, 154b Abs. 3, 154d, 154e StPO, des Absehens von der Verfolgung gemäß § 31a Abs. 1 BtMG und § 45 JGG sowie der Einstellung analog § 205 StPO.

4. Im 4. Teil wird der Weg zum sowie das Hauptverfahren – soweit aus staatsanwaltlicher Sicht von Interesse – dargestellt. Dabei stehen im 1. Kapitel zunächst die Vorbereitung und Erhebung der öffentlichen Klage im Vordergrund. Mit „Vorbereitung der öffentlichen Klage“ ist die Durchführung des Ermittlungsverfahrens gemeint. *Eschelbach* betont zu Recht die (auch verfassungsrechtliche) Bedeutung des Anfangsverdachts als Voraussetzung für den Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, der bereits allein in der Durchführung des Ermittlungsverfahrens liegt

(Rn. 2). Konsequenter wird für eine eher zurückhaltende Vorermittlungspraxis plädiert (Rn. 5 ff.). Auch die eigentliche Ermittlungsführung wird strikt unter rechtsstaatlichen Aspekten (Gesetzesvorbehalt, Richtervorbehalt) betrachtet. Ferner werden – ausgehend von der Rechtsprechung – Erhebungs- und Verwertungsverbote insoweit behandelt, als sie bereits für das Ermittlungsverfahren relevant sind. Es folgen Ausführungen zum Ermittlungsabschluss, zum Inhalt der Anklageschrift, zur Antragschrift im Sicherungsverfahren, zum Strafbefehlsantrag sowie zur Anklage im beschleunigten Verfahren und im vereinfachten Jugendverfahren. Schließlich wird sehr ausführlich auf die Bedeutung der Anklage im weiteren Verfahren eingegangen. Das 2. Kapitel behandelt den Sitzungsdienst des Staatsanwalts (Ablauf der Hauptverhandlung aus staatsanwaltlicher Sicht) sowie das staatsanwaltliche Plädoyer. Das kurze 3. Kapitel hat die Ausschließung und Ablehnung von Staatsanwälten zum Gegenstand. Abgeschlossen wird der Teil mit dem 4. Kapitel über Störungen der Hauptverhandlung.

5. Der 5. Teil befasst sich im Wesentlichen mit dem Fortgang des Verfahrens nach Abschluss der 1. Instanz. Zunächst werden im 1. Kapitel die Rechtsbehelfe dargestellt. Nach einem Allgemeinen Teil über die Grundlagen der Entscheidungsanfechtung werden die drei Hauptrechtsbehelfe (Beschwerde, Berufung und Revision) sowie die Wiederaufnahme behandelt. Der Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe bleibt dabei leider – wohl wegen der Beschränkung auf die staatsanwaltliche Sicht – ebenso wie im 1. Kapitel des 1. Teils unerörtert. Im 2. Kapitel wird von *Kunz* die Strafvollstreckung dargestellt. Da es sich hierbei um eine staatsanwaltschaftliche Aufgabe handelt, geschieht dies auf etwa 150 Seiten so umfang- und detailreich, dass kaum Fragen bleiben dürften. Dem verwandt schließt sich im 3. Kapitel eine ebenso detaillierte Handreichung für die Mitwirkung bei der Überwachung ausgesetzter Strafen und Maßregeln an. Kapitel 4 befasst sich sodann mit der Führungsaufsicht. Für ein Handbuch des Staatsanwalts etwas ungewöhnlich, dafür aber überaus hilfreich ist die Darstellung zum Gnadenrecht im 5. Kapitel. Denn in den Bundesländern ist die Gnadenentscheidung bisweilen und in bestimmtem Umfang auf die Leiter der Staatsanwaltschaften übertragen (siehe etwa Ziffer II. 5. a der SächsGnO). *Kunz* stellt – und das macht die Darstellung so wertvoll – insbesondere die materiellen Gesichtspunkte zusammen, die für die Ausübung des weiten Ermessens einer Gnadenentscheidung relevant werden können. Weiter wird im 6. Kapitel die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen dargestellt. *Kunz* lässt es bei – allerdings wiederum ausführlichen und detailreichen – Ausführungen zum StrEG bewenden.⁸ Schließlich werden die für die staatsanwaltliche Dezernatsar-

⁸ Weitere für strafprozessuale Grundrechtseingriffe in Betracht kommende Haftungstatbestände – zu nennen wären etwa § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG oder Art. 5 Abs. 5 EMRK – bleiben ausgeblendet; zu diesen *Mittag*, Außerprozessuale Wirkungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe, 2009, S. 245 ff.

⁷ BGBl. I 2008, S. 426.

beit so bedeutenden Berichte und Vorlagen im 7. Kapitel dargestellt.

6. Neu in die 3. Auflage wurde mit dem 6. Teil ein Abschnitt über Presse- und Öffentlichkeitsarbeit aufgenommen. Die Darstellung ist im Leserinteresse eines schnellen Findens nicht systematisch, sondern alphabetisch gegliedert. Dabei wird das juristische Handwerkszeug für den Pressesprecher vermittelt; es werden aber auch ganz praktische Tipps zum Umgang mit Medien gegeben.

III. Das Handbuch für den Staatsanwalt ist aus mehreren Gründen für die staatsanwaltliche Dezernatstätigkeit wertvoll: Es bietet – und hierin liegt seine besondere Stärke – mit seiner Darstellung nicht nur prozessualer Fragen einen guten ersten Einstieg in bisweilen schwierige Materien, mit denen der Staatsanwalt in der täglichen Arbeit befasst ist. Im Vordergrund stehen die praktischen Hinweise zu Problemlösung. Es geht dabei über die bloße Darstellung juristischer Fragen hinaus und gewährt bspw. auch kurze Einblicke in die Kriminalistik. Das Handbuch ist aber auch nicht ganz frei von Schwächen: Literaturhinweise und -verarbeitung sind eher sparsam gehalten und auf das wirklich wesentliche konzentriert (manchmal liegen sie aber wohl auch etwas unter dem). Das Bearbeitungsniveau ist – das ist bei einer solchen Vielzahl an Bearbeitern nicht verwunderlich – durchaus heterogen. Ob die Orientierung der an sich hilfreichen Formulare durchgehend am TV-StA-System für ein Handbuch mit bundesweitem Anspruch wirklich sinnvoll ist, erscheint zumindest mir zweifelhaft. Fazit: Wer eine Darstellung des gesamten staatsanwaltlichen Arbeits- und Aufgabengebiets sucht, an der er sich im Einzelfall orientieren will oder wer sich als Staatsanwalt in bestimmte Spezialgebiete schnell und zuverlässig einarbeiten muss, dem kann das Handbuch für den Staatsanwalt – trotz der kleineren Schwächen – uneingeschränkt empfohlen werden.

Richter Dr. Matthias Mittag, Kamenz

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

Tobias Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA. Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat, Duncker & Humblot, Berlin 2010, 228 S., € 68,-

Unter dem Titel „Das Strafrechtssystem der USA“ stellt der in Berlin bei *Bernd Heinrich* habilitierende *Tobias Reinbacher* eine interessante und eingängig lesbare Studie zur Verteilung der Strafgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika vor:

Reinbacher erläutert nach einem einführenden ersten Kapitel (S. 23-33) im zweiten Kapitel (S. 34-85) zunächst das die Kompetenzverteilung in den USA bestimmende Prinzip der dualen Souveränität (dual sovereignty doctrine). Die Strafgewalt ist nicht im Sinne eines Entweder-oder zwischen den Nationalstaaten aufgeteilt, stattdessen verfügen sowohl der Bund als auch die Bundesstaaten grundsätzlich eigenständig über das bei ihnen strafbare Verhalten (S. 29 ff.). Den Grund für das Prinzip der dualen Souveränität findet *Reinbacher* in der Verfassungsgeschichte der USA (S. 34 ff.): Der Verbund ehemaliger Kolonien, der sich im Freiheitskrieg gegen das Mutterland England zu den Vereinigten Staaten ausgebildet hatte, befürwortete eine möglichst dezentrale Verteilung der Kompetenzen. So sollte zum einen einer neuerlich zu starken Machtkonzentration vorgebeugt werden. Zum anderen hätte die Bundesebene selbst anfangs noch nicht über die hinreichenden Institutionen verfügt, um umfassende Kompetenzen wirksam wahrzunehmen. Ausgehend vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (enumeration of powers) sollte der Bund nur für die Bereiche zuständig sein, die direkt und unmittelbar seine eigenen Interessen und die Republik als Ganzes betreffen; während die Einzelstaaten über umfassende Kompetenzen (sog. police power) auf ihrem Hoheitsgebiet verfügten (S. 50). Die verfassungsmäßige Zuständigkeit für das Strafrecht (S. 53 ff.) folgte damit ursprünglich – von vereinzelt expliziten Zuständigkeitsregeln abgesehen – nach U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 (necessary and proper clause) als Annexkompetenz der allgemeinen Verteilung der sachlichen Zuständigkeiten zwischen Bund und Bundesstaat.

Parallel zur generellen Expansion des Bundesrechts zeichnet *Reinbacher* den historischen Bedeutungszuwachs des Bundesstrafrechts nach (S. 56-74). Die Geschichte des Bundesstrafrechts ist eine solche der Machtexpansion des Bundes, die in ihren Anfängen (1790-1850) unweigerlich an die jüngere Entwicklung des EU-Strafrechts (1990-2010) erinnert. So wurden der Bundesverfassung zunächst ungeschriebene Strafrechtzuständigkeiten entnommen (implied powers, S. 58), die dann durch den U.S. Supreme Court zunehmend extensiv ausgelegt wurden (S. 60-62, unter Hinweis auf die extensive Auslegung der Handelsklausel in U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3 in der Entscheidung *Gibbons v. Ogden* aus dem Jahr 1824). Nach dem nordamerikanischen Bürgerkrieg 1861-1865, den *Reinbacher* auch als Ringen um die Machtverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten versteht, sei der Anteil der vom Bund erlassenen Strafvorschriften rasant angestiegen. Mit der Wirtschaftskrise der 1920er Jahre

und der Politik Roosevelts (S. 66 ff., 99) sei das Bundesstrafrecht schließlich endgültig etabliert worden. Zur Begründung von Bundesstrafrecht genügt seither nach dem Aggregationsprinzip, dass viele kleine nationale Straftaten in der Summe einen negativen Einfluss auf die Gesamtwirtschaft der USA haben können (S. 67, 69 sowie S. 106 f. zum noch weitergehenden „Class of Activities Approach“ des Congress). Mit diesem *Persilschein* wurde zwischen 1937 und 1995 vom U.S. Supreme Court kein auf die Handelsklausel gestütztes Gesetz mehr für verfassungswidrig erklärt (S. 67, vgl. aber auch S. 70). Nach einer kurzen Renaissance föderativer Ansätze des U.S. Supreme Court in den Jahren 1990-2000 (S. 72 und vor allem S. 106-112 mit ausführlicher Besprechung der Entscheidung *U.S. v. Lopez*) haben die Anschläge vom 11. September 2001 und der daraufhin erlassene US Patriot Act vom 26. Oktober 2001 erneut zu einem verstärkten Erlass bundesstrafrechtlicher Normen geführt (S. 73 f.).

Das Kapitel endet mit Erörterungen zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Ausschlusses von einzelstaatlichem Recht durch Bundesrecht (S. 74 ff.): Der Ausschluss von einzelstaatlichem Recht ist eine Frage des Einzelfalls (S. 76). Hat der Congress ein Strafgesetz erlassen, sind einzelstaatliche Regelungen unzulässig, wenn sie ausdrücklich ausgeschlossen wurden (S. 77), wenn sie mit dem Bundesrecht konfliktieren (sog. conflict preemption, S. 78 ff.) oder wenn eine Sachmaterie vollständig vom Bund übernommen wurde (sog. field preemption, S. 82 f.). Im Übrigen kann ein einzelstaatliches Gesetz unzulässig sein, wenn es den zwischenstaatlichen Handel unbotmäßig behindert (sog. negative commerce clause, S. 84 illustriert am Beispiel strafrechtlicher Normen zur Begrenzung des Glückspiels).

Im dritten Kapitel (S. 86-122) konzentriert sich *Reinbacher* auf das Strafrecht des Bundes: Die meisten Strafvorschriften des Bundes sind im 18. Titel des Bundesgesetzbuches *United States Code* (18 U.S.C.) normiert (S. 87). Dessen erster Titel enthält eine Art „Allgemeinen Teil“ und an diesen ist eine alphabetisch angeordnete Sammlung der wichtigsten Strafvorschriften angehängt. Bei der Beschreibung des materialen Gehalts des Bundesstrafrechts knüpft *Reinbacher* – im Anschluss an entsprechende Systematisierungen in der U.S.-Literatur – an die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes an (S. 87 f.). Ausgehend vom Territorialitätsprinzip weist er zunächst darauf hin, dass der Bund nur für den seiner Hoheitsgewalt unterliegenden *District of Columbia* ein eigenständiges Strafgesetzbuch (22 D.C. Code) erlassen hat, sich für die übrigen Bereiche seiner territorialen Zuständigkeit mit einigen kernstrafrechtlichen Regelungen begnügt und sonst im Wege einer dynamischen Blankettverweisung das Recht des Bundesstaates, in dem die Enklave liegt, übernommen hat (S. 93 ff.). Nach knappen Ausführungen (S. 95-99) zu Straftaten auf hoher See, im Luftraum und im Ausland sowie zu Straftaten gegen direkte Bundesinteressen – zum Beispiel der Münzfälschung, der Behinderung der Justiz oder Korruptionsdelikten – behandelt *Reinbacher* die normierten Straftaten zum Schutz indirekter Bundesinteressen (S. 99-113): Das Bundesstrafrecht sei hier zur Unterstützung der Einzelstaaten eingesetzt worden, denen nicht mehr zugetraut wurde, auf das länderübergreifende Verbrechen hinreichend reagieren zu

können. Aufgrund der Handelsklausel in U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3 darf der Congress tätig werden zum Schutz der zwischenstaatlichen Handelswege und der dort verkehrenden Personen und Sachen (S. 101 ff.) sowie zur Regulierung der Aktivitäten, die sich auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken (S. 103-112). Beide Kompetenznormen werden von den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden extensiv interpretiert. So greift die Handelsklausel schon dann ein, wenn bei der Tat Emails per Internet versendet werden (S. 103) oder Geld geraubt wird, das das Opfer sonst für Transaktionen im zwischenstaatlichen Handel genutzt hätte (S. 105). Ergänzend wird das Bundesstrafrecht häufiger auf die Zuständigkeit des Bundes für Steuern und das Postwesen gestützt (S. 112 f.). Zuletzt thematisiert *Reinbacher* den weiten Bereich des Verwaltungsstrafrechts, also die Verstöße gegen Strafnormen, die unter Mitwirkung der Bundesverwaltung zustande gekommen sind (S. 113 ff.). Das Kapitel endet mit einer kurzen Darstellung der Organisation der Strafverfolgung und -vollstreckung des Bundes (S. 115-122).

Das Strafrecht der Bundesstaaten ist Gegenstand des vierten Kapitels (S. 123-164). Hier betont *Reinbacher*, dass trotz der Vereinheitlichungsbemühungen des Model Penal Codes mit dem dazu herausgegebenen siebenbändigen Erläuterungskommentar und der Bemühungen der National Conference of Commissioners (S. 125 ff.) weiterhin signifikante Unterschiede im Strafrecht der Einzelstaaten festzustellen sind (S. 127 f.). Die – als Folge des föderativen Systems durchaus erwünschten (S. 123) – Unterschiede werden dann an Beispielen verdeutlicht: Der Todesstrafe (S. 129 ff.), dem Schwangerschaftsabbruch (S. 131 ff.), Strafbestimmungen zum Schutze der Moral (S. 134 ff.), der felony-murder rule (S. 136 ff.) und dem Betäubungsmittelstrafrecht (S. 138). Dabei gibt insbesondere der U.S. Supreme Court – etwa bei Fragen der Todesstrafe und des Schwangerschaftsabbruchs – durch seine Auslegung der Verfassung und seine Kompetenz auch das einzelstaatliche Recht auf seine Verfassungsgemäßheit zu überprüfen, einen groben Rahmen vor, innerhalb dessen sich das Recht der Einzelstaaten bewegen muss. Im Übrigen werden die beobachteten Unterschiede – etwa im Bereich der sog. felony-murder-rule (S. 136), der Straftaten zum Schutze der Moral (S. 134 ff., 140) und besonders der allgemeinen Straftatlehre (S. 139 f.) – weiter dadurch relativiert, dass alle Rechtsordnungen auf der Tradition des common law beruhen und durch die Rechtsanwendung im Ergebnis weiter angenähert werden. Innerhalb der Bundesstaaten unterscheidet sich das Strafrecht durch unterschiedliche sog. ordinances (aufgrund einer kommunalen Strafgewalt zur Sanktionierung kleinerer Vergehen erlassene Strafvorschriften) und der damit betriebenen kommunalen Kriminalpolitik (S. 141 ff.). Nach einer kurzen Beschreibung der Organisation der Strafverfolgung und des Strafanwendungsrechts (S. 144-149) behandelt *Reinbacher* verschiedene prozessuale Probleme bei grenzüberschreitender Delinquenz (S. 149-164): die Nacheile (S. 150 ff.), extra-territoriale Festnahmen und Ermittlungen (S. 154 ff.), die Auslieferung (S. 156 ff.), die horizontale Doppelbestrafung (S. 160 ff.) und die gegenseitige Anerkennung von Strafurteilen (S. 163 f.). Dabei vermitteln die Ausführungen den Eindruck, dass das Recht der USA

in den angesprochenen Bereichen – von Ausnahmen wie 18 U.S.C § 1073 (Straftat der Flucht vor Justizbehörden der Bundesstaaten, S. 155 f.) mit seinen prozessualen Implikationen abgesehen – sichtlich hinter dem in der Europäischen Union inzwischen erreichten Besitzstand zurückbleibt.

Im fünften Kapitel (S. 165-199) charakterisiert *Reinbacher* das Strafrechtssystem der USA als ein System der dualen Strafrechtspflege (S. 165-168). Er betont zunächst ein weiteres Mal die stetige Bedeutungssteigerung des Strafrechts des Bundes (S. 168 ff., mit einer Darstellung der rechtswissenschaftlichen Kontroverse um die Rolle des Bundesstrafrechts S. 185-199). Außerdem hebt er die Bedeutung des staatsanwaltschaftlichen Opportunitätsprinzips hervor, mit dem in der Praxis viele Probleme „gelöst“ (S. 171 f., 175) und kriminalpolitische Programme (S. 172 ff., mit Beispielen wie „white collar crime“ „war on drugs“, „war on terrorism“ und allgemein „war on crime“) implementiert werden. Deutlich skeptischer steht *Reinbacher* den Phänomenen des in den USA zulässigen forum shopping und des Beweismitteltransfers gegenüber: Beide Mittel werden bewusst eingesetzt und steigern die Punitivität des Strafrechts erheblich (S. 175-177). Auch die Zulässigkeit einer vertikalen Doppelbestrafung kritisiert *Reinbacher* als primär politisch motiviertes Instrument zur Durchsetzung von Bundesinteressen, das zu einer „nahezu missbräuchlichen“ Koordination der Ermittlungen einlade (S. 179 mit einer Darstellung der zunehmenden Ablehnung dieses Grundsatzes in der Literatur S. 181-184).

Die von *Reinbacher* vorgelegte Monografie ist Teil des von ihm betriebenen größeren Forschungsprojekts zum Strafrecht in Mehrebenensystemen. Die Anregungen, die bereits die vorliegende Untersuchung zur Strafgewalt in den föderativen USA liefert, sind vielfältig: Die Geschichte des US-Strafrechts lässt erwarten, dass auch die Geschichte des EU-Strafrechts eine solche der „Expansion im Zeichen künftiger Krisen“ sein wird. *Reinbacher's* Ausführungen zu negativen Strafrechtskompetenzen in der amerikanischen Verfassung werfen bei dem, der sich mit europäischem Wirtschaftsstrafrecht beschäftigt, unweigerlich Fragen nach entsprechenden „negativen Kompetenzen“ in der EU-Verfassung auf. Man fragt sich weiter, ob und inwieweit 18 U.S.C. einem künftigen Europäischen Strafgesetzbuch ähnlich sein könnte. Nicht zuletzt verdeutlicht seine Studie aber auch die Bedeutung einer einheitlichen Rechtskultur für ein föderatives System – und gerade diese Rechtskultur ist in der Europäischen Union deutlich schwächer ausgeprägt als in den Vereinigten Staaten. Als Leser darf man gespannt sein, ob und wie *Reinbacher* diese Fragen (über die kurzen und durch das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon zum Teil schon überholten Andeutungen in seinen Schlussbetrachtungen auf S. 201 ff. hinaus) in seinen kommenden Veröffentlichungen thematisieren wird. Die – zu Recht deutlich gewordenen – Defizite des Strafrechtssystems der USA sollten Ansporn genug sein, die Sache im Rahmen der europäischen Strafrechtsintegration besser zu machen.

Privatdozent Dr. Marco Mansdörfer, Freiburg im Breisgau/Saarbrücken

Buchrezension

Frank Arloth, StVollzG, Strafvollzugsgesetz Bund, Bayern, Hamburg, Niedersachsen, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2008, 1215 S., € 68,-

Eines kann *Frank Arloth* keiner mehr streitig machen: Er war der Erste, der nach der viel kritisierten „Föderalismusreform“ mehr als nur eine aktualisierte Kommentierung des Strafvollzugsgesetzes des Bundes auf den Markt brachte, indem er in seinem Handkommentar zugleich bereits die ersten Strafvollzugsgesetze der Länder Bayern, Hamburg und Niedersachsen berücksichtigte. Dieses ist umso bemerkenswerter, als *Arloth* die 2. Auflage seines Kommentars ohne seinen Mitautor der Erstauflage, *Clemens Lückemann*, bearbeitet hat. Dennoch ist es ihm gelungen, einen Kommentar auf den Markt zu bringen, der nicht nur das Strafvollzugsgesetz des Bundes, sondern zugleich auch die ersten entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen umfassend darstellt, ohne dass er dabei Abstriche von seinem eigenen Anspruch gemacht hat, sich bei seinen äußerst hilfreichen Erläuterungen konsequent an den Bedürfnissen der Strafvollzugspraxis zu orientieren. Insoweit kommt dem kompakten Handkommentar zum Strafvollzugsrecht von *Arloth* schon jetzt eine hohe Bedeutung zu, indem er den Standard definiert hat, an dem sich vergleichbare Werke messen lassen müssen.

Seitdem mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006¹ die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug – gegen das Votum der überwältigenden Mehrheit der Fachleute aus Wissenschaft und Praxis – von dem Bund auf die Länder übergegangen ist, befindet sich der Strafvollzug nach zuvor annähernd dreißigjähriger Ruhephase in einem Umbruch. Als Vorreiter im Rahmen ihrer neuen Zuständigkeit setzten bereits zum 1.1.2008 die Länder Bayern², Hamburg³ und Niedersachsen⁴ ihre landesspezifischen Regelungen zum Strafvollzug in Kraft. Umso bemerkenswerter ist, dass die Kommentierung von *Arloth*, veröffentlicht im Frühjahr 2008, diese Landesgesetze mit dem Gesetzgebungsstand 31.1.2008 bereits berücksichtigt. Instrukтив und lesenswert erläutert der Autor die Hintergründe dieser neuen Entwicklungen in der vollzuglichen Gesetzgebung im Rahmen seiner kurzen, prägnanten und auf das Wesentliche zusammengefassten Einleitung.

Natürlich liegt sodann der Schwerpunkt der Kommentierung auch weiterhin auf dem Strafvollzugsgesetz des Bundes. Hier hält *Arloth* das hohe Niveau der Erstauflage weiter aufrecht, indem er in strukturierter und gut lesbarer Form die jeweiligen Normen unter Berücksichtigung der maßgeblichen Veröffentlichungen in Rechtsprechung und Literatur verständlich erläutert. Dass er bei seinen Kommentierungen insbesondere die Strafvollzugspraxis im Blick hat, zeigt sich an der Vielzahl seiner Ausführungen zur praktischen Handhabung und Umsetzung der dargestellten Rechtsgrundlagen.

Aber auch bei der Kommentierung der Landesgesetze aus Bayern, Hamburg und Niedersachsen beschränkt sich *Arloth* nicht nur auf Verweise auf die entsprechenden bundesgesetzlichen Regelungen. Vielmehr macht er insbesondere auch die hervorzuhebenden Unterschiede zwischen den jeweiligen Landesgesetzen und dem Bundesgesetz deutlich, wobei er die Gesetzesbegründungen der Länder in der gebotenen Kürze und doch umfassend auswertet.

Gerade die Strafvollzugspraktiker werden neben der Kommentierung aber auch das umfangreiche Stichwortverzeichnis, den Mitabdruck der Verwaltungsvorschriften unmittelbar bei den jeweils zu kommentierenden Normen und die im Anhang berücksichtigten weiteren maßgeblichen Vorschriften (Strafvollzugsvergütungsordnung, Dienst- und Sicherheitsordnung für den Strafvollzug, Vollzugsgeschäftsordnung) besonders zu schätzen wissen. Es fällt einfach leicht, bei einzelnen Fragestellungen mit einem Griff zum Kommentar von *Arloth* in kurzer Zeit zu praxisgerechten Lösungen zu kommen.

Abzuwarten bleibt, wie sich die Kommentarliteratur in diesem Segment weiter entwickeln wird, wenn alle Bundesländer die maßgeblichen Bereiche der ihnen nunmehr obliegenden vollzuglichen Gesetzgebung (Erwachsenen-Strafvollzug, Jugendstrafvollzug, Untersuchungshaftvollzug und auch Jugendarrestvollzug) abschließend normiert haben und so dann als Folge der zu Recht kritisierten „Föderalismusreform“ insgesamt 64 (!) Landesgesetze für den Vollzug richterlicher Urteile auf dem Gebiet des Kriminalrechts in Kraft sein werden.

In der für die Strafvollzugspraxis derzeit schwierigen Übergangsphase, in der das Strafvollzugsgesetz des Bundes in der Mehrheit der Länder nach wie vor Anwendung findet, während sich in Bayern, Hamburg und Niedersachsen bereits die neuen Landesgesetze etablieren, stellt der Kommentar von *Arloth* für jeden Anwender eine – in seiner sprachlichen Klarheit und durch seine in Qualität und Umfang überzeugenden Erläuterungen – benutzerfreundliche Hilfestellung dar, die nicht nur von Mitarbeitern im Strafvollzug, sondern auch bei Richtern, Staatsanwälten oder Verteidigern geschätzt wird.

Staatsanwalt Dr. Henning Hadelers, Kiel

¹ BGBl. I 2006, S. 2034.

² BayStVollzG v. 10.12.2007.

³ HmbStVollzG v. 14.12.2007.

⁴ NJVollzG v. 14.12.2007.