

Benno Zabel

## Die Bedeutung der *freiheitsgesetzlichen* Prämissen rechtlicher Konfliktbewältigung für die Konzeption eines Strafrechts in Europa

Die Auseinandersetzung um die Bedingungen, Möglichkeiten und Strukturen einer »Europäisierung des Strafrechts« aber auch eines »Gemeinschaftsstrafrechts«, eines »europäischen Strafrechts« usw.<sup>1</sup> ist auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsdogmatik nach wie vor im Gange.<sup>2</sup> Allerdings scheint mit dieser Diskussion eine bewußte, zugleich kaum thematisierte Umwertung, zumindest eine Unterbestimmung zentraler dogmatischer Prinzipien, Begriffe und Begründungsformen einherzugehen, was freilich – so die These – der gegenwärtig und konkret ausgeformten Rechts- und Sanktionsstruktur der Gemeinschaft bzw. der Union nicht in vollem Maße gerecht wird. – Dementsprechend soll der vorliegende Aufsatz eine kurze, zugleich kritische Bestandsaufnahme der aktuellen Diskussion liefern und schließlich (mögliche) Perspektiven der Bestimmung und Bedeutung des Strafrechts gerade auf dem Hintergrund europäischer Angleichungs- und Harmonisierungsstrategien aufzuzeigen. In einem ersten Schritt (I.) wird deshalb zunächst nach der herkömmlichen Bestimmung des Verhältnisses von (nationalem) Strafrecht und (Gemeinschafts-) Rechtsordnung gefragt (1.), was daran anschließend die Problematik des heute dominierenden Straftat- bzw. Prüfungsschemas resp. und vor allem dessen »Transformation« auf die Ebene des europäischen Gemeinschaftsrechts in den Blick rücken (2.) und endlich auf die damit verbundenen Schwierigkeiten hinsichtlich der wohl vornehmlich funktionstypisch (rechtspolitisch) orientierten Konstruktion strafrechtlicher Sanktionsregelungen verweisen wird (3.). – Im zweiten Teil der Abhandlung (II.) gilt es dann, dem vorstehend kritisierten (Denk-)Modell der wohl herrschenden Dogmatik von Strafrecht und Europäisierung ein anderes entgegen zu stellen. Seinen Ausgangspunkt wird dieses bei einem systematischen, nämlich einem Verständnis des Strafrechts als rechtlicher und d.h. freiheitsgesetzlich grundlegender Partialpraxis nehmen (1.), um daran anknüpfend die Spezifik der darauf bezogenen (nationalen) Verantwortungszuweisungsstrategien herauszuarbeiten (2./ 3.). Daraus werden sich wiederum – dargestellt in einem dritten Abschnitt (III.) – wesentliche Konsequenzen sowohl für die Begründung originär gemeinschaftsrechtlicher Sanktionsformen (1./ 2.) als auch für die Bedeutung und die gegenwärtig zu bestimmenden Grenzen strafrechtlicher Konfliktbewältigung in einem »gemeinsamen Europa« ergeben (3.).

---

1 Auf diese Differenzierungen und deren Bedeutungen wird nachfolgend noch genauer eingegangen.

2 Hierzu fand am 07./08.11.2003 in Dresden eine außerordentliche Strafrechtslehrertagung statt.

## I. Kritische Bestandsaufnahme

### 1. Zur Bestimmung des Verhältnisses von (nationalem) Strafrecht und (Gemeinschafts-)Rechtsordnung in der gegenwärtigen strafrechtlichen Diskussion

Wenn heute von einer »Europäisierung des Strafrechts«, einem »europäischen Strafrecht« oder ähnlichem gesprochen wird,<sup>3</sup> so liegt diesen Formulierungen immer schon ein ganz bestimmtes Verständnis von Strafrecht, strafrechtlicher Zurechnung und (Straf-)Sanktionsbestimmung und -zumessung, schließlich aber auch von Recht als einer gemeinschaftlichen Partialpraxis bzw. einer grundsätzlich anerkannten Rechtsordnung zugrunde.

Auch wenn vorliegend keine *umfassende* »Rechts(guts)theorie des Strafrechts« formuliert werden kann und soll, scheint es gerade für die hier zu leistende *kritische* Bestandsaufnahme sinnvoll, zunächst die häufig nicht mehr aufgeklärten *Prämissen* der wohl herrschenden Argumentationslogik – wenngleich mit der gebotenen Kürze – in den Blick zu nehmen. Unternimmt man dies, wird sehr schnell die zugrunde gelegte Struktur des regelmäßig in Anschlag gebrachten Norm(ativitäts)- und Gesetzesbegriffs und folglich auch die der damit korrespondierenden *Rechtsgutskonzeption* deutlich.<sup>4</sup> Angesprochen sind dabei vor allem diejenigen *paradigmatischen* Typisierungen, vermitteltst derer rechtliche Ordnungs- und Verantwortungszuweisungsstrategien des nationalen wie des Unions- bzw. Gemeinschaftsrechts aufeinander bezogen werden. So ist – neben der Bedeutung für und dem ausdrücklichen Bezug auf die »Solange-Rechtsprechung« des BVerfG (hinsichtlich des Geltungsvorrangs der deutschen Verfassung resp. der deutschen Gesetzgebung überhaupt), die Rechtsprechung des EuGMR<sup>5</sup> bzw. des EuGH<sup>6</sup> – allgemein und doch eher pauschaliert von *richtlinienüberformten* Rechtssystemen,<sup>7</sup> von *sanktionsrelevanten* und *punitivorientierten* Normhierarchien<sup>8</sup> aber auch von staatlichen bzw. sozialetischen *Entscheidungen* des nationalen

3 *Pars pro toto* sei hier nur auf die Untersuchungen von *Albrecht/Braum*, KritV 2001, S. 312 ff.; *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit (2003); *Heitzer*, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1997); *Hirsch*, FS-Spendel (1992), S. 43 ff.; *Köhler*, KritV 2001, S. 305 ff.; *Kühl*, ZStW 109 (1997), S. 777 ff.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts (2001); *Schünemann* (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts (1995); *Sieber*, ZStW 103 (1991), S. 957 ff.; *Tiedemann*, FS-Jescheck (1985), S. 1411 ff.; *Tsolka*, Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i.w.S. (1995); *Weigend*, ZStW 105 (1993), S. 774 sowie *Zieschang*, ZStW 113 (2001), S. 255 ff. hingewiesen. Zu weiteren Nachweisen vgl. auch die Ausführungen im Text.

4 Zur gegenwärtigen (deutschen) Diskussion um das Verhältnis von Normstruktur, Strafnormlegitimation und Rechtsgutsbegriff vgl. nur den von *Hefendehl* et al. herausgg. Sammelband: Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (2003). Instruktiv schon *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie (1975), S. 132 (140 ff.).

5 Vgl. vor allem *Satzger* (Fn. 3) S. 33 ff. und *passim*; in diese Richtung wohl auch *Heise*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht, S. 42 ff.

6 Dazu *Dannecker*, JZ 1996, S. 869 ff. (871 ff.).

7 In diesem Sinne wohl *Sieber*, ZStW 103 (1991), S. 957 (965 ff.).

8 Vgl. hierzu nur *Heitzer* (Fn. 3) S. 9 ff.

(Straf-)Gesetzgebers wie der Gemeinschaft (der Mitgliedstaaten) die Rede.<sup>9</sup> Nun ist damit ohne Zweifel *eine* wesentliche Dimension der spezifischen (Verweisungs-) Struktur moderner (nationaler) Rechtsordnungen, nämlich die der (formalisierten) *Regelungsgenese* bzw. die der *Positivität* aufgedeckt. Eine Dimension, die »dem Recht« in der Tat ein Potential verleiht, das weit über das anderer *Konfliktlösungstypen* hinausgeht; hinausgeht insofern, als sie auf die originäre(n) Form(en) der Bestimmtheit und der (gegebenenfalls zwangsweisen) Durchsetzbarkeit rekurriert.<sup>10</sup> – Gerade die aktuelle Diskussion um den Charakter und das Verhältnis von nationalen, national-übergreifenden und supranationalen *Sanktionsformen* zeigt allerdings auch, daß der ausschließliche oder doch zumindest vornehmlich auf den »Legalitätsaspekt« fokussierende Bezug die *umfassende* Begründung des *Verbindlichkeitsanspruchs* derselben (was nichts anderes heißt als: die des gesellschaftlich sanktionierten Machtanspruchs) nicht zu leisten vermag. Die Frage, inwieweit (nationale) Rechtsmaterien »europäisiert« resp. als solche *gedacht* werden können oder sollten, ist vielmehr nur vermitteltst einer gleichzeitigen begrifflichen Erfassung des »Legitimitätsaspekts« zu beantworten möglich und/ oder im formalisierten Verfahren zur Anwendung gebrachten Norm selbstverständlich auch danach bestimmt, inwiefern sie die jeweils zugrunde liegenden (rechtlichen) Lebens- und Verantwortungsformen, d.h. die konkreten und subjektgebundenen Freiheitsspielräume thematisiert und realisiert. Eine Perspektive, die die herrschende Dogmatik, vor allem *Köhler* hat darauf immer wieder insistiert, nicht erst im Rahmen der »Europäisierungsdebatte« vernachlässigt (hat).<sup>12</sup> – Statt dessen verweist man häufig auf »rechtliche Fakta«, die eine weitere und vertiefte Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen und Konsequenzen der »Europäisierung« (vermeintlich) obsolet gemacht habe.<sup>13</sup> Aber ganz abgesehen davon, daß damit zumindest eine *originäre* (methodische) Funktion der (Straf-)Rechtswissenschaft mehr oder weniger ausgeblendet wird, nämlich die der Formulierung einer *angemessenen* Theorie der gegenwärtigen (Rechtssetzungs- und Spruch-)Praxis, verschleiert eine solche Argumentation vor allem das »Begründungsprogramm«, das eine (nicht nur »europarechtlich vermittelte«) *Bestimmung* von juristisch relevanten Rechtsverhältnissen resp. sanktionierten Rechtsgütern und Schutzzwecken wie deren *Rechtfertigung* grundsätzlich mit sich bringt; und zwar sowohl bezüglich der spezifisch-normativen

9 Vornehmlich aus dieser Perspektive argumentierend: *Zieschang*, ZStW 113 (2001), S. 255 (259 ff.); mehrdeutig *Hirsch*, FS-Spendel, S. 43 ff. Kritisch dazu *Braum* (Fn. 3) S. 28 ff.

10 *Unions-* bzw. *gemeinschaftsrechtlich* ist dieser »Legalitätsaspekt« nicht zuletzt im Rahmen des EU-Vertrages entwickelt bzw. niedergelegt worden; vor allem für den daraus abgeleiteten Bereich der sogenannten »supranationalen Zusammenarbeit« der Mitgliedstaaten, d.h. für den Bereich der EG (der »ersten Säule«) hat dies bereits eine deutliche *Rechtsangleichungs-*, im einzelnen auch: *Harmonisierungstendenz* der Bewertungsparadigmata und folglich der (rechts-)praktischen Anwendungsmechanismen zur Konsequenz. Vgl. dazu nur *Oppermann*, Europarecht, 2. Auflage (1999), S. 334 ff. und passim.

11 Zur Differenzierung der sogenannten »Einflußgrade« vgl. *Braum* (Fn. 3) S. 168 ff.

12 Strafrecht AT (1997), S. 12 ff. und passim.

13 So freilich *Zieschang*, ZStW 113 (2001), S. 255 (256).

Zuordnung der Rechts- bzw. Freiheitsverhältnisse (der institutionalisierten Lebensformen) als auch hinsichtlich der Qualität der (möglichen) Beeinträchtigung bzw. Mißachtung derselben.<sup>14</sup> – Rechtsgüter stehen nicht zur »freien Verfügung« des nationalen bzw. gemeinschaftlichen Gesetzgebers und können dementsprechend auch nicht in dieser Weise, d.h. *ausschließlich* aus dieser Perspektive gedacht werden; vielmehr sind sie – und das gilt es eben auch im Rahmen der »Europäisierungsdebatte« zu beachten – vehementer Ausdruck eines je konkreten gesellschaftlichen »Gerechtigkeits-, Problem- und Konfliktbewußtseins« und damit auch der *Kulturgebundenheit* des Rechts;<sup>15</sup> woraus sie, die Rechtsgüter, ja auch ihr berechtigtes Anerkennungspotential schöpfen.<sup>16</sup> – Einsichtig ist dann aber auch, daß sich nachvollziehbare und (strafrechts-) dogmatisch haltbare Sanktionsformen nur auf diesem Hintergrund entwickeln bzw. begründen lassen.<sup>17</sup>

Nachfolgend gilt es nun *zunächst*, die wesentlichsten Konsequenzen des eben aufgezeigten Norm- und Methodikverständnisses der gegenwärtigen Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsdogmatik, sowohl für die daran anknüpfende *Verbrechensbegriffsbestimmung* als auch für das hier vornehmlich interessierende Projekt der

---

14 Vgl. zu diesem Problemkreis schon *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972), dort vor allem § 12, S. 258 ff., S. 308 ff. sowie § 13, S. 330 ff.

15 Daß dieses Problem oder besser: dieser Aspekt rechtlich-juristischer Bewertung gemeinschaftlichen Zusammenlebens gerade nicht zu unterschätzen ist, zeigen inzwischen die Bemühungen im Rahmen des europäischen Verfassungskonvents; vgl. jetzt auch den Entwurf zu einem »Vertrag über eine Verfassung für Europa« vom 13.6. bzw. 10.7.2003 (CONV 850/ 03); und dort insbesondere Art. 2 (»Die Werte der Union«) und Art. 18 Abs. 1 (»Die Organe der EU« – deren Ziele). Zu den gleichwohl bestehenden *strukturellen* Problemen vgl. aber auch *Köhler*, KritV 2001, S. 305 ff.

16 Dies betrifft dann natürlich nicht nur die konkrete Bestimmung des Rechtsguts bzw. die der Rechtsgutsmißachtung, sondern überhaupt die des »sozialen Raumes«, denn (auch) die läuft schließlich Gefahr zu einer »Entweder-Oder«-Konstruktion und folglich zu einer *Entgegensetzung* von Legalität und Legitimität zu geraten; womit allerdings nur einer begründungs- und begriffslosen Konstruktion von Praxis das Wort geredet würde, der dann freilich alle denkbaren und möglichen (Sanktions-)Zwecke assimiliert werden könnten.

17 Vgl. dazu auch II.1. Diese – an anderer Stelle noch zu vertiefende – Argumentationsrichtung widerspricht auch nicht den Angleichungs- bzw. Harmonisierungstendenzen; zumindest im Bereich der EG. Denn diese betreffen in erster Linie strukturell bedingte *Verfahrens- bzw. Ausgleichsmechanismen* wie sie in »bürgerlichen Gesellschaften«, nicht zuletzt bei der Kollision wirtschaftlicher Interessen, üblich und wohl unumgänglich sind (eine im Kern auch heute noch zutreffende Analyse liefert schon *Hegel*, Grundlinien, §§ 34 ff., 209 ff.). Im Grunde geht es dabei um mehr oder weniger *pragmatisch orientierte Regulationsformen*. – Im Unterschied dazu bestimmt das Strafrecht als einfachgesetzlich ausgeformtes (nationales) Verfassungsrecht *direkte hoheitliche* und *freiheitserhebliche* Eingriffe; direkte hoheitliche und freiheitserhebliche Eingriffe, die nicht »nur« auf den staatlich moderierten Ausgleich »unter Gleichen«, sondern vor allem auf den Anspruch des Staates, die basalen »*Wertentscheidungen der Gesamtrechtsordnung*« (gegebenenfalls gegen den Willen des einzelnen) zur Geltung bringen zu wollen, aber auch zu müssen, abheben (vgl. dazu auch *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt (2001), S. 219 ff., 226 ff.). Diesem Anspruch wiederum kann letzteres aber nur dann gerecht werden, wenn die dabei ausgeübte »Rechtsmacht« in der Praxis, der *Rechtsvernunft* des jeweiligen Gemeinwesen aufgehoben ist. In diesem Sinne schon *Köhler* (Fn. 12) S. 9 ff.

Europäisierung, also die *Transformation* desselben auf die Ebene des europäischen Gemeinschafts- bzw. Sanktionenrechts, offenzulegen.

2. *Dogmatische Konsequenzen I: Das hypostasierte Straftatschema der herrschenden Strafrechtsdogmatik und dessen »Transformation« auf die Ebene des europäischen Gemeinschaftsrechts*

a) Die Zurechnungslehre der heutigen (bundesdeutschen) Strafrechtswissenschaft und -dogmatik differenziert das strafwürdige Verhalten in das sogenannte (Erfolgs- und/oder Handlungs-) *Unrecht* (methodisch verbunden mit der Frage nach der »objektiven Richtigkeit« der Tat) und die darauf zu beziehende *Schuld* (der Frage nach der »persönlichen Vorwerfbarkeit«).<sup>18</sup> – Allerdings wird dabei nicht oder nur unzureichend zwischen der *Systembildung*, d.h. dem *Begriff* der Handlung als schuldhaft Tat, und dem (Formalisierungs-) *Schema*, also der Problematik der argumentationslogischen Struktur unterschieden.<sup>19</sup>

b) Dieser Vermengung *kategorial* verschiedener Deutungs- und Bewertungsformen entspricht schließlich eine »gegenstands«spezifische Fehldimensionierung der *prüfungstechnischen* Zurechnungsstufen, also der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und *Schuldhaftigkeit*, bei gleichzeitiger Aufgabe des der strafrechtlichen Zurechnung selbstverständlich als zugrundeliegend zu denkenden personalen Verhaltensbegriffs.<sup>20</sup> – Der begründungslogische Konnex ist dabei eindeutig: Eindeutig jedenfalls insoweit, als der Auflösung des lebensformgebundenen Rechtspraxisbegriffs durch die herrschende Dogmatik, letztlich und wohl folgerichtig, die »*Neudefinierung*« des Straftatbegriffs als ausschließlich »funktionaler Topos« korrespondiert. – D.h.: Was in anderem Zusammenhang zu einem positivistisch überformten Rechtsbegriff führte, mündet hier in einer gravierenden Unterbestimmung dessen, was man *systematische* Bewertung einer individuellen (strafrechtlichen relevanten) *Entscheidung* nennen kann. Während nämlich mit dem fixierten (Erfolgs- und/oder Handlungs-) »*Unrecht*« als objektives *Rechtswidrigkeitsurteil* ein – zugegebenermaßen wichtiger – Aspekt des Prüfungsschemas in unzulässiger Weise *hypostasiert* und damit zum zentralen Straftatmerkmal stilisiert wird, degeneriert »die *Schuld*« (bzw. das »*Schuldurteil*«)<sup>21</sup> zum täterbezogenen und *ontologisch* aufgeladenen »*Gesinnungsindikator*«,<sup>22</sup> und damit letztlich – ob gewollt

18 Zu dogmatischen Ausformungen und dem Diskussionsstand außerhalb Deutschlands vgl. hier nur *Jescheck/ Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Auflage (1996), § 59 I und passim.

19 Vgl. dazu nur *pars pro toto*: *Jescheck/ Weigend* (Fn. 18) § 38 I ff.; *Roxin*, Strafrecht AT, 3. Auflage (1997), § 19 I ff. und *Wessels/ Beulke*, Strafrecht AT, 33. Auflage (2003), § 10 Rn. 394 ff.; kritisch, vor allem bezogen auf die zum Teil unreflektierte, jedenfalls aber verkürzte Verwendung strafrechtlicher Termini, schon *E.A. Wolff*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen (1964), S. 18 ff.; zu ähnlichen Positionen vgl. nur *Köhler* (Fn. 12) AT, S. 115 ff. und *Schild*, Die »Merkmale« der Straftat (1979), S. 6 ff. und passim.

20 Vgl. dazu *Kahlo* (Fn. 17) S. 231 ff.

21 Die herkömmliche Rede von »der Schuld« macht häufig nur deutlich, an anderer Stelle ist darauf schon hingewiesen worden, daß die herrschende Dogmatik – wenn überhaupt – nur oberflächlich zwischen dem *Typus der Schuldhaftigkeit* und dem *Begriff der Schuld* unterscheidet.

oder ungewollt – zu einem mehr oder weniger willkürlich einsetzbaren (juristischen) Regulationsinstrument.<sup>23</sup> Was dann schließlich – in radikaler Wendung dieses Denkens – zu der die (handlungs-)begriffliche Bestimmung vollständig überformenden (gegenwärtig in den verschiedensten »Spielarten« vertretenen) Behauptung einer wie auch immer zu verstehenden »vornehmlich strafbegrenzenden Funktion der Schuld« bzw. die einer »präventionsbegrenzten Schuld« (als Verantwortlichkeit) führt bzw. geführt hat.<sup>24</sup>

c) Es ist gerade dieses *Projekt der Auflösung des Begriffs*, folglich diese nicht mehr reflektierte und deshalb mißverständene, strafrechtswissenschaftlich wie strafrechtsdogmatisch gleichwohl zentrale Relation von (Straftat-)System und (Straftat-)Schema, von Schuldbegriff und Schuldhaftigkeit, das nun, soweit es überhaupt Gegenstand der Argumentation ist, mehr oder weniger *ungebrochen* auf gemeinschafts- bzw. unionsrechtliche Strukturen übertragen wird. Übertragen wird insoweit, als nun auch hier eine Bestimmung der rechtlichen *Qualität* gemeinschafts- bzw. unionsrechtlich relevanter Zuwiderhandlungen *von der Natur der entsprechenden und formalisierten Sanktion(en) aus* vorgeschlagen wird.<sup>25</sup> Denn aus der Voraussetzungsseite einer Sanktionsnorm, so wird immer wieder betont, könne allenfalls ausnahmsweise auf deren strafrechtlichen Charakter geschlossen werden. Selbst das Erfordernis der »Feststellung von Schuld« sei zur Abgrenzung nur bedingt geeignet, weil es einen Zirkelschluß darstellen würde, wenn man die Zuordnung zum Strafrecht und damit nicht zuletzt auch die Einhaltung grundlegender Garantien zur Disposition des jeweiligen Gesetzgebers stellen würde. Knüpfe allerdings die Sanktion an einen persönlichen Schuldvorwurf an, so könne dem eine gewisse *indizielle* Bedeutung für den punitiven Charakter zukommen. Indizielle Bedeutung für eine Zuordnung zum Strafrecht könnten schließlich und ausnahmsweise besonders schwere Rechtsverstöße haben, soweit nämlich eine derart sozialschädliche Wirkung für besonders schutzwürdige Rechtsgüter vorliege, daß ein Schutz nur mit der Kriminalstrafe sichergestellt werden könne. Dagegen, so die Konsequenz der wohl überwiegenden Auffassung in der strafrechtlichen Literatur,<sup>26</sup> sei außerhalb dieses engen Kernbereichs zu beachten, »daß die angedrohte Sanktion auf die Tatbestandsseite der Norm zurückwirkt; es ist also regelmäßig nicht vom Unrecht auf die Rechtsfolge, sondern umgekehrt von der angedrohten Sanktion auf die Bewertung des Unrechts und der Schuld durch den Gesetzgeber zu schließen, so daß [...] die Natur der Sanktion und damit der mit ihr verfolgte Zweck entscheidendes Kriterium für die

---

22 Vgl. nur *Jescheck/ Weigend* (Fn. 18) § 39 II.

23 »Der Gegenstand des Schuldvorwurfs«, so kann man bei *Wessels/ Beulke* lesen, »ist die in der rechtswidrigen Tat zum Ausdruck kommende fehlerhafte Einstellung des Täters zu den Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung. Schuld bedeute deshalb Vorwerfbarkeit der Tat im Hinblick auf die ihr zugrunde liegende rechtlich tadelnswerte Gesinnung ((Fn. 19) § 10 Rn. 401). Eine ähnliche Argumentation findet sich bei *Jescheck/ Weigend* ((Fn. 18) § 39 II) – Zum Streitstand siehe nur *Köhler* (Fn. 12) S. 347 ff.

24 Vgl. anstatt vieler nur *Achenbach*, in: Grundfragen des modernen Zurechnungssystems (1984), S. 135 ff. sowie *Roxin* (Fn. 19) § 19 I; ursprünglich auch *Jakobs*, Schuld und Prävention (1976).

25 *Satzger* (Fn. 3) S. 68 f.

26 Vgl. nur *Heitzer* (Fn. 3) S. 36; *Satzger* (Fn. 3) S. 68 ff. sowie *Tiedemann*, FS-Jescheck, S. 1411 (1415).

Zuordnung der Sanktionsform ist.«<sup>27</sup> Das ist bezogen auf das Rechts-, Begriffs- und Schemadenken der herrschenden Dogmatik durchaus konsequent. – Kann und konnte die dieser Argumentation zugrunde liegende Logik gleichwohl an den, wenn auch nicht oder kaum mehr mitreflektierten, *systematischen Kontext* jedenfalls der nationalen Zurechnungsdogmatik zurückgebunden werden,<sup>28</sup> so wird das Problematische dieses Denkens auf der Ebene des Unions- bzw. Gemeinschaftsrechts resp. im Rahmen eines *europarechtlich ausgerichteten »Zurechnungsprogramms«* nun aber mehr als augenfällig. Denn der gegenwärtigen (Straf-) Rechtswissenschaft fehlt offenbar das *begriffliche* Instrumentarium, um die sich entwickelnden (europäischen) Strukturen *angemessen* reformulieren und bewerten zu können. Nicht anders läßt sich das argumentative, in sich freilich wenig überzeugende Oszillieren zwischen der Norm-, Praxis- und Sanktionsanalyse verstehen. Schon die mit der Normstrukturanalyse verbundene unmittelbare Anlehnung an die Rechtsprechung der EuGMR mutet zumindest merkwürdig an, und das nicht, weil man die Rechtsprechung des EuGMR nicht ernst zu nehmen hätte,<sup>29</sup> im Gegenteil, sondern weil es auch und darüber hinaus die Aufgabe von Wissenschaft und Dogmatik ist und sein muß, Normstrukturen und Restitutionsformen auf dem Hintergrund der jeweilig zugrunde gelegten rechtlichen (Selbst-)Verantwortungsmuster zu begreifen.<sup>30</sup> Statt dessen wird im Grunde ein »Baukastensystem« entwickelt, das letztlich nach dem Muster: »von jedem etwas« – funktioniert, eine *Begründung* der Qualität einer »Zu widerhandlung« und folglich auch eine *Differenzierung* der möglichen Sanktionsformen deshalb auch nicht zu leisten im Stande ist. Das Ausweichen in solche Typisierungen wie: »punitiver Charakter«,<sup>31</sup> »besonders schwerer Rechtsverstoß«,<sup>32</sup> »Strafrecht im weiteren Sinne« bzw. »Strafrecht im engeren Sinne«,<sup>33</sup> aber auch in Formulierung wie: die von einem persönlichen Schuldvorwurf ausgehende »indizielle Bedeutung« für die Zuordnung zum Sanktionsbereich<sup>34</sup> macht das nicht nur besonders deutlich, sondern legt darüber hinaus den Verdacht nahe, daß eine *originäre Konzeption des (Kriminal-)Strafrechts* nicht wirklich zur Debatte steht.<sup>35</sup>

27 (Fn. 3) S. 69.

28 Vgl. hierzu einerseits Köhler (Fn. 12) S. 380 ff. und passim und andererseits Schild, AK-StGB (1990), vor § 13 Rn. 21 ff.

29 Zur rechtspraktischen Bedeutung des EuGMR, vor allem im Hinblick auf die Gewährleistung von Verfahrensgarantien vgl. die Analyse von Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung (1997), S. 415 ff. Vgl. im übrigen auch die Ausführungen unter III.2.

30 Zur juristischen Diskussion um den Begriff der (rechtlichen) Verantwortung vgl. nur den von Schulz herausgegebenen Sammelband, Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung (2000) sowie die Monographie Zaczyks, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten (1993), S. 18 ff.

31 Heitzer (Fn. 3) S. 9 ff.

32 Satzger (Fn. 3) S. 69.

33 *Pars pro toto* sei hier nur auf Jung, JuS 2000, S. 417 (419 f.) verwiesen.

34 Satzger, ebenda.

35 Abgesehen davon, daß die Argumentation bzw. die Methode – nimmt man sie wirklich ernst – doch stark zirkuläre Züge trägt. Denn um in dieser Weise von der Sanktion auf »das Unrecht« bzw. auf »die Schuld« schließen zu können, muß man immer schon ein (Vor-) Verständnis von Schuld (und Schuldhaftigkeit) oder eben von Verantwortlichkeitsformen haben, d.h. eine Zurechnungskonzeption voraussetzen, deren *begriffliche* Struktur doch erst entwickelt werden soll.

Zur Debatte steht eher, so scheint es jedenfalls, eine vor allem an pragmatischen Gesichtspunkten orientierte *Umwertung* der herkömmlichen (Zurechnungs-)Dogmatik in eine mehr oder weniger gut ausdifferenzierte *Rechts- und Kriminalpolitik*, und zwar auf der Basis vornehmlich *ordnungswidrigkeitsrechtlicher Bewertungsformen*, freilich unter bewußter Verwendung der »alten« (bewährten) strafrechtlichen Termini. Das gilt es an anderer Stelle noch zu vertiefen.<sup>36</sup>

Die bereits angesprochene Strategie einer (abstrahierenden, zugleich »wertend-rechtsvergleichenden«) Umwertung der herkömmlichen Zurechnungsdogmatik durch die herrschende Strafrechtswissenschaft führt nun zu einer Vielzahl von Typisierungs- und Abgrenzungsstrategien.<sup>37</sup>

### 3. *Dogmatische Konsequenzen II: Die funktionstypisch orientierte Konstruktion strafrechtlicher Sanktionsregelungen als »europäisches Strafrecht« – das Problem des Strafbegriffs*

a) Den Dreh- und Angelpunkt der gegenwärtigen Diskussion bildet die inzwischen wohl mehr oder weniger konsenterte Überzeugung, daß im Kontext der »Europäisierung des Strafrechts« zwischen einem »Strafrecht im weiteren Sinne« und einem »Strafrecht im engeren Sinne« unterschieden werden müsse,<sup>38</sup> wobei der Begriff des »Strafrechts im weiteren Sinne« zugleich den Rahmen der Diskussion definiert.<sup>39</sup> Die Abgrenzung der beiden Bereiche wiederum habe durch die Bestimmung des Kriminalstrafrechts, also durch Bestimmung dessen, was »Strafrecht im engeren Sinne« sein soll, zu erfolgen,<sup>40</sup> denn klar sei jedenfalls, »daß die Kriminalstrafen den Charakter punitiver Sanktionen tragen müssen«.<sup>41</sup>

Die für die dominierende Auffassung zentrale These formuliert *Satzger*, wenn er betont, daß, gerade weil das EG-Recht keine ausdrückliche Definition des »Kriminalstrafrechts« bereithalte, dieses nur *gemeinschaftsrechtlich* bestimmt werden könnte. Es gehe insbesondere nicht an, daß jeder Mitgliedstaat seinen nationalen Kriminal-

36 Nun wird, das hier nur als Zwischenbemerkung, überhaupt nicht bestritten, daß es ein durchaus erkennbares und nachvollziehbares Bedürfnis gibt oder geben kann, bestimmte das Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht tangierende Zuwiderhandlung sanktionieren zu können. Zu fragen ist dann aber zunächst nach der konkreten Struktur und gesellschaftlichen Bedeutung der behaupteten »Güter«, der jeweils beschriebenen Rechtsgutsbeeinträchtigung (also der Art der Zuwiderhandlung) etc. und nach eventuell schon bestehenden, gegebenenfalls *nationalen* Sanktionsmechanismen (vgl. hierzu auch die Ausführungen unter III.2. und 3.).

37 Ein Anspruch auf Vollständigkeit ist damit – schon aufgrund des Umfangs der Analyse – nicht verbunden; vielmehr geht es um die Darstellung *typischer Argumentationsmuster*, vgl. aber *Albrecht/Braun*, KritV 2001, S. 312 ff.

38 Auf diesen Versuch der Differenzierung war ja im vorangegangenen Abschnitt zumindest schon hingewiesen worden.

39 *Heitzer* (Fn. 3) S. 9 ff.; *Jung*, JuS 2000, S. 417 (419 f.); *Satzger* (Fn. 3) S. 72 ff.; *Tiedemann*, FS-Jescheck, S. 1411 (1415 f.) sowie *Tsolka* (Fn. 3).

40 Ausdrücklich *Heitzer* (Fn. 3) S. 9, 17; die zugleich eine kurze Darstellung der Entwicklung des Topos des »Strafrechts im weiteren Sinne« in Deutschland liefert, a.a.O., S. 10 ff.

41 Vgl. nur *Satzger* (Fn. 3) S. 73.



strafrechtsbegriff zugrunde lege, denn dies hätte zur Folge, daß die Reichweite der gemeinschaftlichen Rechtssetzungsbefugnis für jeden Mitgliedstaat unterschiedlich zu beurteilen wäre. Das »Kriminalstrafrecht« sei, so *Satzgers* Schlußfolgerung, als ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff zu handhaben, der zwar vor dem Hintergrund der mitgliedstaatlichen Vorstellungsbilder zu sehen ist, denen er entstammt. Diese müßten aber letztlich zu einem gemeinsamen, einheitlichen »EG-Wortsinn« verschmolzen werden.<sup>42</sup> Das wiederum bedeutet für die heute herrschende Auffassung, daß *der* gemeinschaftsrechtliche Kriminalstrafrechtsbegriff vor allem mit Hilfe einer ausführlichen und nicht zuletzt »wertenden Rechtsvergleichung« entworfen werden müsse.<sup>43</sup> – Als sinnvoll wird dabei eine Anknüpfung an die international als kriminalstrafrechtlich anerkannten Straftypen, d.h. eine Anknüpfung an die *Freiheitsstrafe* und die *Geldstrafe* angesehen, und das vor allem deshalb, weil sie einen *relativ sicheren Rückschluß* (*Satzger*) auf den Bereich des (Kriminal-)Strafrechts zuließen.<sup>44</sup> Schließlich seien verfahrensrechtliche bzw. allgemein rechtsstaatliche Aspekte wie die *gerichtliche Durchsetzbarkeit* und die Zugrundelegung des *Schuldprinzips* ausschlaggebende Indikatoren für die Zuordnung zum »Strafrecht im engeren Sinne«.<sup>45</sup> – Bei darüber hinausgehenden, normbezogenen Zuwiderhandlungen (mit »punitivem Charakter«) bliebe es bei der Zuordnung zum Bereich des »Strafrechts im weiteren Sinne«, zumindest dann, wenn diese ausdrücklich ordnungswidrigkeitsrechtliche Implikationen aufwiesen bzw. dementsprechende Konsequenzen nach sich zögen.<sup>46</sup> Nicht zuletzt für *Satzger* ist deshalb klar, »daß es zumindest *möglich* ist, bestimmte Sanktionen aufgrund übereinstimmender Charakteristika einem eigenständigen Bereich innerhalb der Sanktionen i.w.S., dem Kriminalstrafrecht, zuzuweisen.«<sup>47</sup> – Damit

42 (Fn. 3) S. 74; ebenso *Heitzer* (Fn. 3) S. 17 dort auch m.w.N.

43 So *Hirsch*, FS-Spendel, S. 43 ff.; *Satzger* (Fn. 3) S. 74 ff.; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), S. 255 (264).

44 Jedenfalls für die (angedrohte) Freiheitsstrafe, mit der, wie in der Diskussion immer wieder betont wird, regelmäßig ein »sozialethisches Unwerturteil« verbunden ist, soll das ohne Einschränkung gelten; aber auch für die Geldstrafe, soweit sie bei Uneintreibbarkeit in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden dürfe, soll das zutreffen. Vgl. nur *Satzger* (Fn. 3) S. 75 f.

45 *Satzger* (Fn. 3) S. 76 f.

46 *Heitzer* (Fn. 3) S. 13 ff.

47 (Fn. 3) S. 79 f. *Heitzer* wiederum scheint die Unterscheidung von »Strafrecht im engeren Sinne« und »Strafrecht im weiteren Sinne« wohl der Sache nach noch anzuerkennen, meint aber eine zunehmende Übereinstimmung beider Bereiche feststellen zu können; insbesondere weil die Fundamentalgrundsätze des Kriminalstrafrechts inzwischen auch weitestgehend auf den Bereich des »Strafrechts im weiteren Sinne« angewendet würden; in Perspektive sei deshalb, so *Heitzer*, die Bildung eines materiellen (europäischen) Strafbegriffs erforderlich. (S. 17 f.) Nun, der Ausgangspunkt, nämlich über die Entwicklung eines gemeinschaftsrechtlichen (Straf-)Begriffs nachzudenken, ist grundsätzlich begrüßenswert, nur scheint die darauf bezogene Argumentationslogik *Heitzers* mehr als problematisch, denn der Strafbegriff soll und kann ja nicht im nachhinein wie auch immer ausgestaltete Sanktionsregelungen (als Kriminalstrafrecht) rechtfertigen, weshalb auch die gesamte Konstruktion so nicht funktionieren kann; die Begründungslinie kann vielmehr nur umgekehrt sinnvoll gedacht werden, erst wenn ein (rechts-)wirklichkeitsbezogener (Straf-)Begriff entwickelt und deshalb auch zugrunde gelegt werden kann, können dementsprechende Strukturen ausgemacht, realisiert und fixiert werden. – Insbesondere stellt der

bleibt zwar das Problem der originären *Rechtssetzungskompetenz* (der Gemeinschaft),<sup>48</sup> die wohl zumindest für das Kriminalstrafrecht noch einhellig verneint wird;<sup>49</sup> für *Satzger* stellt dies jedoch nur eine »bereichsspezifische Sachgebietsausnahme in einem ansonsten final geprägten Kompetenzgefüge« und damit letztlich auch einen »Fremdkörper innerhalb der EG-Rechtsordnung« dar.<sup>50</sup> *Satzger* (re-)formuliert damit allerdings nicht nur einen allgemein anerkannten Befund, nämlich den der »Systemwidrigkeit« des Kriminalstrafrechts,<sup>51</sup> sondern auch ein ebenso deutlich geltend gemachtes Unbehagen hinsichtlich der somit zu konstatierenden institutionellen Struktur der Gemeinschaft. Insofern verwundert es nicht, daß man seitens der herrschenden Dogmatik zugleich versucht, dieser Systemwidrigkeit nicht zu viel Gewicht zu verleihen, indem man von einer »exklusiven Befugnis«, in der sich die kompetenzrechtliche Besonderheit erschöpfe, spricht, und darüber hinaus betont, daß damit die beschränkende Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Strafrecht gerade nicht ausgeschlossen sei.<sup>52</sup>

b) Erstaunlich ist freilich, *Braun* hat zuletzt darauf hingewiesen,<sup>53</sup> wie wenig schon die Begründungsstruktur dieses Ansatzes hinterfragt wird. Denn es bleibt weitestgehend unklar, wie mit dem heute wie selbstverständlich verwendeten Paradigma der »wertenden Rechtsvergleichung«, mithin durch eine vornehmlich *beschreibende Vorgehensweise* und d.h.: der *dementsprechenden* Heranziehung der verschiedensten (nationalen) Straf- und Sanktionsbegriffe, unvermittelt eine *normativ angelegte Systembildung* (>das soll Gemeinschaftsstrafrecht sein«) erreicht werden kann,<sup>54</sup> ohne daß *kategorial* verschiedene Erklärungsmuster miteinander *vermengt* würden.<sup>55</sup> – Die

---

Rekurs auf die Fundamentalgrundsätze und deren Anwendung auf den sogenannten Bereich des »Strafrechts im weiteren Sinne« kein tragfähiges Argument dar, entscheidend ist nicht die *formale* (funktionale) Anwendung dieser Grundsätze auf irgendeinen Regelungsbereich, sondern ob sich das notwendig aus der *Struktur der Rechts(guts)verletzungen* ergibt, die dieser zu sanktionieren die Aufgabe hat (womit freilich zur Frage der Ausweitung der Anwendung fundamentaler Grundsätze über das »eigentliche« Strafrecht hinaus noch gar nichts gesagt ist; dies zu thematisieren, ist hier freilich nicht der Platz).

48 *Satzger* (Fn. 3) S. 90 f.; zu dieser Problematik jetzt auch *Braun* (Fn. 3) S. 379 ff. sowie *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung.

49 (Fn. 3) S. 92 f. In seiner Monographie verifiziert *Satzger* diesen Meinungsstand vermittelt einer Analyse möglicher bzw. einschlägiger (gemeinschaftsrechtlicher) Ermächtigungsgrundlagen, vgl. dort S. 99 ff. und passim.

50 (Fn. 3) S. 154.

51 Vgl. hierzu auch *Jung/Schroth*, GA 1983, S. 263.

52 *Dies.*, a.a.O., S. 264; ebenso *Satzger* (Fn. 3) S. 155 f.

53 (Fn. 3) S. 458 ff. (dort vor allem in Hinblick auf die typologische Erfassung der *organisierten Kriminalität*) und passim.

54 *Braun* verweist schließlich auch auf das Problem der *Zirkularität* dieser Begründungslogik, ebenda.

55 Die Benennung des Verfahrens als »wertende Rechtsvergleichung« ist insofern jedenfalls mißverständlich. Denn mehr als ein (wie auch immer angelegtes) *Vergleichen normativer Strukturen* scheint dabei weder möglich noch intendiert. Dieses Verfahren, also das Vergleichen normativer Strukturen, muß aber strengstens und deutlich von der *systematischen* Entwicklung bzw. Bildung eines Verantwortungs-, Zurechnungs- und Straf(rechts)begriffs unterschieden werden!

lapidare Bemerkung *Satzgers*, daß die Entwicklung eines gemeinschaftsrechtlichen (Kriminal-)Strafrechtsbegriffs im Grunde der Rechtsprechung des EuGH zufallen müsse, verdeutlicht schließlich nur, wie schnell die herrschende Lehre, die »Arbeit am Begriff« anderen überlassend, und vor allem um des Ergebnisses willen bereit ist, einer abstrakten, nicht zuletzt eklektischen Denkweise den Vorzug zu geben.<sup>56</sup> – *Fluchtpunkt* dieser Begründungslogik ist offensichtlich die Überzeugung, daß (»europäische«) Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsdogmatik Rechtsbegriffsbildung vor allem als Analyse positiver oder doch weitestgehend gefestigter Regulations- und Formalisierungssysteme begreifen braucht; gerade deshalb kommt sie jedoch in Schwierigkeiten, wo sie sich nicht einfach auf irgendeinen schriftlich niedergelegten (EG-)Vertragstext etc. beziehen, sondern nach den »eigentlichen«, d.h. nach den *begrifflichen* Legitimationsgrundlagen suchen muß. – Nach den Legitimationsgrundlagen der Europäischen Gemeinschaft suchen, hieße aber eben auch, nach den *möglicherweise* gemeinsamen Grundlagen *personaler* Rechts(guts)- und *Freiheitsverhältnisse* und -gestaltung und demzufolge nach *möglicherweise* übereinstimmenden begrifflichen Zurechnungskriterien etc. zu fragen. Erst wenn diese Fragen einer Klärung zugeführt werden,<sup>57</sup> besteht Aussicht, das Problem des »europäischen Straf- und Sanktionsbegriffs«, aber auch das der europäischen Strafrechtsangleichungsformen *wirklich* in den Griff zu bekommen.<sup>58</sup> Wo dies nicht geschieht, muß – es ist ja schon gesagt worden – jede Rede von (»europäischem«) Recht und nicht zuletzt von (»europäischem«) Strafrecht etc. zur *Phrase* werden und damit das Projekt der Europäisierung desavouieren. – Die dementsprechend und häufig wie selbstverständlich gezogene *Konsequenz*, daß es ein »Strafrecht im weiteren Sinne« und möglicherweise auch ein »Strafrecht im engeren Sinne« geben müsse, ist nur eine *folgerichtige Konstruktion*. Generiert wird diese Konstruktion durch das Unterlaufen des Begründungszusammenhangs zwischen *Begriff* und *Typisierung*, zwischen Schuld- bzw. *Strafbegriff* und *formalisierter Regelung* (Straftatbestand), zugunsten einer verschiedene Sanktionen miteinander ins Verhältnis setzenden »Normativierung des Faktischen«. An Stelle des *primären Unrechtsausgleichsgedankens* erscheint nun immer schon der *sekundäre Straf- bzw. Sanktionszumessungsgedanke* der jeweiligen gemeinschaftsrechtlichen oder nationalstaatlichen Regelung, ohne daß ein tatsächlich überzeugendes Kriterium der (qualitativen) *Abgrenzung* vorgebracht würde (oder auch

56 Ganz davon abgesehen, daß es überhaupt nicht die vorrangige Aufgabe der Rechtsprechung – auch nicht des EuGH – ist, in *alleiniger* Verantwortung eine Begriffsbildung vorzunehmen, schon gar nicht die des Straftat- bzw. Kriminalstrafrechtsbegriffs!

57 Vgl. dazu die Ausführungen unter II.1. ff.

58 Auf die in der gegenwärtigen Auseinandersetzung regelmäßig und darüber hinaus unternommene Analyse bezüglich der Verweisungen zwischen dem europäischen Gemeinschaftsrecht und dem deutschen Strafrecht, dem Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf den deutschen Gesetzgeber etc. wird an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen, da es vorliegend vor allem um die aktuelle Diskussion und die dementsprechende Formulierung der *vorherrschenden* und *entscheidenden* Begründungsmuster hinsichtlich der »normativen Struktur der Gemeinschaft« und ihrer Sanktionskompetenz ging; vgl. aber die Ausführungen unter III.3. sowie auch hier schon die Monographien von *Heise* (Fn. 5) S. 42 ff. und diejenige von *Satzger* (Fn. 3) S. 187 ff. und passim.

nur vorgebracht werden könnte). Die regel- und (nur) typenabhängige Kategorisierung löst dieses Problem letztlich genauso wenig, wie die pauschale Verweisung auf die »symbolisch mißbilligende Zurückweisung« als Funktion der Kriminalstrafe bzw. den nicht »ehrenrührigen Charakter« der Strafen im weiteren Sinne. Im Gegenteil, sie führt vielmehr zu einer *argumentationslogischen Konfundierung* von Zurechnungs- und Sanktionsstrukturen.<sup>59</sup> – Die Verwendung der Topoi eines europäischen »Strafrechts im weiteren Sinne« und einem (möglicherweise europäischen) »Strafrecht im engeren Sinne« legt vor allem die Vermutung nahe, daß sich die moderne Strafrechtswissenschaft und ebenso die Strafrechtsdogmatik eher als – natürlich »kritisches« – *Exekutionsorgan* gegenwärtiger *kriminalpolitischer* und *soziologischer* Forderungen versteht (über deren Vernünftigkeit man wohl trefflich streiten kann), denn als Teil reflektierender Rechtspflege und insofern als *Garant* demokratisch also rechtlich zugesicherter Positionen und anerkannter Institutionen.<sup>60</sup> Wohlgemerkt – und das gilt es im folgenden zu begründen – es geht nicht darum, die Strafrechtswissenschaft aber auch die Strafrechtsdogmatik überhaupt zur rückwärtsgewandten Bewahrerin möglicherweise nicht mehr zeitgemäßer oder zumindest nicht mehr hinterfragter Methoden und (nationaler) Strukturen zu degradieren, sondern sie an ihre ursprüngliche Aufgaben zu erinnern, und d.h. vor allem: die *freiheitsgewährleistende* Dimension des Rechtsgüterschutzes zu behaupten sowie in der juristisch angemessenen Form das festzustellen, was *ist*, und d.h. den Unrechtsgehalt (straf-)rechtlich relevanter Verhaltensweisen an Hand typisierter Unrechtsformen zu bewerten und – dann selbstverständlich mit Blick auf die gesamte Rechtsgemeinschaft – Strafmaß resp. Strafzweck zu bestimmen.<sup>61</sup>

Dementsprechend gilt es zunächst die Strukturen offenzulegen, die nicht nur der nationalen (Zurechnungs- und Strafzumessungs-)Dogmatik immer schon als zugrunde liegend gedacht werden müssen, sondern die zugleich auch den *systematischen* Ausgangspunkt

59 Selbstverständlich kann (könnte) man bestimmte Verhaltensweisen *eindeutig* dem einen oder dem anderen Sanktionsbereich zuordnen; wer würde Tötungsdelikte nicht als dem Bereich des »Strafrechts im engeren Sinne« und »das unerlaubte Halten im Kreuzungsbe- reich« nicht als dem »Strafrecht im weiteren Sinne« zugehörig begreifen? Aber abgesehen davon, daß nicht recht einsichtig wird, warum für *qualitativ* wesentlich unterschiedene Rechtsverletzungstypen der gleiche »Oberbegriff«, nämlich *Strafrecht* verwendet werden soll (was den Begriff der Strafe ja im Grunde vollkommen auflöst!), kommt es auf diese Formen der evidenten, ja man kann schon sagen: *intuitiv* vorgenommenen Erfassung des »Unrechts«gehalts nicht wirklich an (jeder Laie könnte das), worauf es ankommt ist vielmehr die Frage, wie ordnen es die Strafrechtler *begründetermaßen* dem einen oder anderen Sanktionsbereich zu; wo ist also, und dieses Problem ist eben auf nationaler wie auf europäischer Ebene gleichermaßen virulent, die Grenze zwischen einer schuldhaften Handlung im Sinne des (»europäischen«) Kriminalstrafrechts und dem »Ungehorsam gegen technische Ordnungsnormen« (*Satzger*)? Und also wieder die Frage: Was sind die rechtlichen und juristischen Kriterien, und *welche* werden von seiten der herrschenden Auffassung *wie* in Anschlag gebracht? Zu dieser Problematik vgl. *Braum* (Fn. 3) S. 186 ff.

60 Anders wohl *Vogel*, GA 2002, S. 517 ff.; *ders.*, GA 2003, S. 314 ff. – Differenzierend *Satzger*, in: *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union* (2002), S. 71 ff.

61 Erst dann scheint es überhaupt möglich, das Verhältnis zur Kriminalpolitik (und deren Gegenstand genau) erfassen zu können, vgl. dazu *Köhler* (Fn. 3) S. 52 und passim.

der Auseinandersetzung um die *begrifflichen* Voraussetzungen eines »europäischen Gemeinschaftsrechts« bestimmen (II.). Erst daran anschließend können und sollen die praxisbezogenen *Perspektiven* für eine »europäische Strafgesetzlichkeit« (*Braum*) sowie das *Potential* eines »nationalen Strafrechts in Europa« ausgelotet und fixiert werden (III.).

## II. Begriffliche Strukturen und europäische Perspektiven

### 1. Institutionalisierte Freiheitsverhältnisse und formalisiertes (Straf-)Recht: Zu Gegenstand und Methode des eigenen Ansatzes

a) Anders als die heute herrschende Auffassung geht die vorliegende Konzeption davon aus, daß die Frage, welche Bedeutung der EG bzw. EU in Bezug auf das Strafrecht zukommt, allein durch die Entfaltung des Begriffs der Allgemeinheit, und zwar der *rechtlichen Allgemeinheit* geleistet werden kann. Rechtliche Allgemeinheit, so die These, rekurriert immer auf mehrere (unhintergehbare) Dimensionen, nämlich die der je lebensformgebundenen Normativität, der darauf bezogenen Positivität (der formellen [Straf-]Gesetze) und der institutionalisierten Rechtspflege, die *das Recht* schließlich zu einem ausgezeichneten *Konfliktlösungstypus* macht. Nur wenn das begriffen wird, wird auch deutlich, warum man überhaupt von Recht als Ausdruck *personaler Freiheitsverhältnisse* sprechen kann.

Sofort wird man seitens der herrschenden Lehre einwenden, daß dies als Bestimmung nationaler Strukturen noch angehen könnte, für eine Erfassung des europäischen Kontextes aber völlig untauglich sei, da man (im Gegensatz zu Gesetzen und Regelungen) nicht sagen könne, was personale Freiheitsverhältnisse in der EG bzw. EU seien. – Gerade aber damit wird nicht nur die unterschiedliche Sichtweise auf das Problem, sondern auch der damit immer schon verbundene unterschiedliche *methodisch-heuristische Zugang* deutlich. Während die herrschende Lehre ein wie auch immer zu verstehendes »europäisches Strafrecht« zu *konstruieren* versucht, ist es dem vorliegenden Ansatz vor allem darum zu tun, Strafrecht als *verwirklichten Rechtsgüterschutz* zu begreifen, d.h. das Problem der Bestimmung rechtlich ge- und erlebter *Lebens- bzw. Konfliktformen* systematisch auf die Struktur wissenschaftlicher bzw. dogmatischer *Formalisierung* und gesetzlicher *Typisierung* zurückzubeziehen.

b) *Methodischer* Ausgangspunkt kann deshalb auch nicht die Position des »*sub specie aeternitatis*«, d.h. eine mehr oder weniger wertneutrale, zumindest aber »autonome« Beobachterposition, sondern nur die *Teilnehmerperspektive* sein, die Perspektive desjenigen, der gemeinschaftlich anerkannte (Straf-)Normen und Regelungen sowohl mitgarantiert als auch mitkonstituiert. Folglich werden die sogenannten »nationalen Vorstellungsbilder« und die damit verbundenen »Inhalte« – im Gegensatz zur herrschenden Auffassung – keineswegs nur im (abstrakten) Kontext einer auf die Modellierung eines »europäischen Strafrechts« bezogenen formalisierten *Zweck-Mittel-Relation* begriffen; ihre Bedeutung wird vielmehr in deren *sinnkritischen Konsolidierungs- und Transzendierungspotential* gesehen, daß seinerseits zu *entwickeln* ist und mit den bereits vorhandenen formalisierten und positivierten Strukturen der Gemeinschaft ins Verhältnis gesetzt werden muß.<sup>62</sup>

Auf den »Gegenstand« der Unterhandlung bezogen bedeutet dies, daß es zunächst um die *dogmatisch* wie *gesetzlich* erfaßten *Verantwortungskontexte* gehen muß, Verantwortungskontexte, die einerseits auf das Individuum, die Person als selbständiges und vor allem *selbstbestimmtes* (Rechts-)Subjekt, andererseits aber auch auf die Spezifik des (nationalen) Strafrechts als gemeinschaftlich (allgemein) anerkannte Partialpraxis verweisen. Schließlich wird zu fragen sein, inwiefern diese Strukturen auf das bestehende europäische System von Zurechnung und besonders: von (Straf-)Rechtspflege übertragen werden können.

## 2. Strategien und Strukturen der strafrechtlichen Bestimmung von (schuldhaftem) Unrecht und Strafe und die Abgrenzung zu anderen Sanktionsformen

a) *Generalisierend* betrachtet gehen heute die ausgeformten (Schuld-)Zurechnungs- und Strafzumessungsstrategien der Staaten, die der EG bzw. EU angehören, allesamt von der *Autonomie*, d.h. Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung des Handelnden *zum Zeitpunkt der Tat* aus<sup>63</sup> – oder sehen andernfalls – wenngleich in z.T. voneinander unterschiedenen Formalisierungen – (Schuld-)Ausschluß- bzw. Entschuldigungsgründe vor.<sup>64</sup>

Voraussetzung für eine Strafbarkeit (Verantwortlichkeit) des Täters ist also, darin besteht wohl Einigkeit, die *bewußte* Mißachtung anderer Freiheitsphären; die jeweiligen Zurechnungsprogramme sprechen insofern, auch wenn sie die grundlegenden Strukturen kaum noch offen legen, von Rechtsgütern bzw. Rechtsgütermißachtung oder ähnlichem.<sup>65</sup> D.h.: Der Täter muß als jemand gedacht werden, der, als Mitglied der Gesellschaft, und mit Gesellschaft ist hier zunächst *jede* nationale und mit der EG

62 Da die Untersuchung vor allem den Charakter einer (rechts-)begrifflichen Analyse hat, steht eben nicht die kriminalpolitisch überformte Konstruktion eines europäischen (Kriminal-)Strafrechts unter Zugrundelegung irgendeines nationalen zur Debatte; zur Debatte bzw. im Mittelpunkt steht vielmehr – es kann nur wiederholt werden – die *Aufdeckung* normativer Strukturen und Potentiale sowohl auf der Seite der EU-Mitgliedstaaten als auch auf der Seite der vertraglich bereits »verselbständigten« Gemeinschaften.

63 Damit ist freilich weder gesagt, daß dieser Aspekt grundsätzlich und regelmäßig als solcher dezidiert herausgearbeitet oder betont wird, noch daß er immer als *einziges* oder *ausschließliches* Begründungsmuster fungiert (Sonderformen der Zurechnung, wie z.B. die im deutschen Strafrecht anerkannte a.l.i.c., bleiben vorliegend außer Betracht); siehe dazu nur die Nachweise bei *Jescheck/ Weigend* (Fn. 18) § 37 I. Insbesondere schließen utilitaristische und konsequentialistische Begründungen des Strafzumessungsrechts (auf deren Tragfähigkeit soll hier gar nicht eingegangen werden) – vgl. hier nur die schwedische Konzeption, dargestellt von *Jareborg*, ZStW 106 (1994), S. 148 ff. – den *Autonomieaspekt* nicht aus, vielmehr setzen auch sie ihn, in welcher Form auch immer, grundsätzlich voraus. – *Weigend* weist in seinem Aufsatz sogar ausdrücklich darauf hin, daß das *Schuldprinzip* als zentraler Grundsatz des (deutschen) Strafrechts grundsätzliche (internationale) Anerkennung gefunden hat, FS-Roxin, S. 1375 (1379).

64 Vgl. hierzu *Jescheck/ Weigend* (Fn. 18) § 40 V und passim.

65 Häufig wird auch mit dem Begriff des Interesses gearbeitet bzw. der Begriff des Rechtsguts auf letzteren zurückbezogen; zur »europäischen« bzw. »ausländischen« Diskussion vgl. *Jescheck/ Weigend* (Fn. 18) § 24 I sowie § 26 I sowie den von *Hefendehl* et al. herausgegebenen Sammelband (Fn. 4) und dort insbesondere die Ausführungen von *v. Hirsch*, S. 13 ff. einerseits und von *Kahlo*, S. 26 ff. andererseits.

bzw. EU assoziierte Rechtsgemeinschaft angesprochen,<sup>66</sup> den doch grundsätzlich auch von ihm (mit-)konstituierten und (mit-)garantierten rechtlichen und insofern mehrstufigen Anerkennungsrahmen brechen will oder zu brechen versucht.<sup>67</sup>

Freilich bleibt diese (metastufige) Bestimmung der tatleitenden Entscheidung bzw. die der dementsprechend jedenfalls möglichen Konfliktkonstellation (noch) *abstrakt*, wenn nicht das allgemeine und *je spezifische lebensform-* bzw. *national gebundene Selbstverständnis* bzw. die darauf bezogene (gesetzliche) *Formalisierung* und *Typisierung* hinzugedacht wird; denn nur durch diese Relation wird die der Rechtskreismißachtung inhärente Qualität überhaupt fixierbar und folglich das *konkrete Unrecht* erfaßbar.<sup>68</sup> Bezieht man dies auf den strafrechtsdogmatischen Kontext der Bundesrepublik zurück, bedeutet das folgendes: Jede Rechtsgutsverletzung, die als Kriminalunrecht bestimmt wird oder werden soll, muß sich gerade *aus Sicht des bundesrepublikanischen Wert- und Verfassungsverständnisses* als »freiheitserhebliche Verletzung substantiellen Freiheitsdaseins der Person oder der Gemeinschaft (wie Leben, Körperintegrität, Freiheit, Eigentum, Vermögen, Existenz des Staates, staatliche Grundfunktionen etc.)«<sup>69</sup>, d.h. als (tatbestandsmäßige, rechtswidrige und) *schuldhaftige Handlung* darstellen (lassen können).<sup>70</sup> – Weder ontologische noch normative-funktionale Argumente und Aspekte können also »für sich« stehen oder als »für sich stehend« behauptet werden; immer kommt es darauf an, deren zurechnungstypische Verweisungsstrukturen zu bestimmen.<sup>71</sup>

66 Darauf hebt auch *Weigend* ab, allerdings auf dem Hintergrund der Frage nach Sinn und Möglichkeit eines »internationalen« Allgemeinen Teils, FS-Roxin, S. 1375 (1378 ff.).

67 Zu Begriff und Begründung der Anerkennung im Recht resp. zu der der Anerkennungsmissachtung (»Anerkennungsverletzung«) vgl. nur *Köhler*, in: *Anerkennung*, S. 91 ff. sowie *Schild*, ebenda, S. 37 ff. Zum Verhältnis von Rechtsgutsbegriff (Rechtsgutskonzept) und Anerkennungs-begriff (Anerkennungsmodell) siehe jetzt *Seelmann*, in: *Rechtsgutstheorie* (Fn. 4), S. 261 ff.

68 Mit anderen Worten: Es geht immer um die *strukturelle* Vermittlung von Begriffsanalyse und (formaler) Tatbestandskonstruktion; mithin um die zurechnungsbezogene *Konkretisierung* der jeweiligen gesetzlichen Gegebenheiten; das kann man dann auch, wie es eingangs der Untersuchung getan wurde, die »Kulturgebundenheit« oder eben »Kulturbedingtheit« (*Rüter*) des Strafrechts bzw. der Strafrechtsanwendung nennen, in diesem Sinne wohl schon *Weigend*, ZStW 105 (1993), S. 774 (786 f.).

69 *Köhler* (Fn. 12) S. 22.

70 Natürlich kann man konstatieren, daß es zumindest in den europäischen Nationen einen »Kernbestand« an sanktionsbewährten Verhaltensweisen gibt; und daraus den Schluß ziehen, daß man schon deshalb eine grundsätzliche Gemeinsamkeit in der Zurechnungs- und Bestrafungstypik annehmen könne; nur verspricht diese Argumentation mehr als sie einlösen kann, denn selbst wenn man die Richtigkeit dieser Aussage unterstellt, bleibt doch die Frage warum dies so ist (oder sein soll) und vor allem, welche *Gründe* dafür jeweils vorgebracht werden; offen bleibt aber auch, wie sich diese Behauptung zu den jeweils über den sogenannten Kernbestand hinausgehenden Unrechtsformen (begrifflich) verhalten soll; letztlich wäre es aber gerade dieser »dogmatische Totalitätsanspruch«, der doch die Perspektive einer *konsistenten* Strafrechtstypisierung in den Blick kommen lassen würde. Instruktiv dazu *Rüter*, ZStW 105 (1993), S. 30 (34 ff.).

71 Diese *zurechnungstypische* Relation zwischen (Straftat-)Begriff und (Straftat-)Schema verkennt m.E. *Bacigalupo*, FS-Roxin, S. 1361 (1364 ff.), wenn er meint, daß man von der Verwendung ähnlicher oder gleicher Schemata auf die Kongruenz (Äquivalenz) der jeweiligen begrifflichen Bedeutung schließen könne.

Entsprechendes muß schließlich auch für die anderen EU-Mitgliedstaaten bzw. deren strafrechtliche Zurechnungsprogramme gelten,<sup>72</sup> was dann wiederum bedeuten kann und auch realiter bedeutet, daß bestimmte »Beeinträchtigungs- und Mißachtungsformen« (individuelle Verantwortungskontexte) in anderen staatlichen bzw. gesellschaftlichen Zusammenhängen (dogmatisch) anders bewertet oder auch gar nicht fixiert werden.<sup>73</sup>

b) Es ist diese qua »normativem Urteil« der Gesellschaft generierte (Straf-)Unrechtstypisierung (Rechtssetzung), die nun die *Basis* für die Bestimmung der Strafe, und folglich für die Bestimmung des angemessenen Unrechtsausgleichs darstellt; und Basis meint hier eben, den (nicht hintergehbaren) *Grund*; weil es eben die (tatbestandlich umschriebene) Tat ist und nur die Tat sein kann, von der aus das *Maß* entwickelt werden kann.<sup>74</sup> Die Tat, das Kriminalunrecht, verweist insofern auf den individuellen *Geltungswiderspruch* (im Verhältnis zur Allgemeinheit) und deshalb auch auf die Notwendigkeit der Wiederherstellung des (in spezifischer Weise geformten) Rechtsverhältnisses durch Strafe.<sup>75</sup> D.h.: mit der Strafe kommt einerseits die Anerkennung des Täters als Rechtsperson zum Ausdruck, andererseits die Überzeugung der Gemeinschaft, eine solche Mißachtung des Rechts nicht dulden zu wollen.<sup>76</sup> – Erst wenn diese Strukturen mitgedacht und thematisiert werden, macht es Sinn, von einem dem Erfolgs- und/ oder Handlungsunwert korrespondierenden Gesinnungsunwert und folglich von einem »sozialethischen« Unwerturteil zu sprechen.<sup>77</sup> – Schließlich macht die Relation von Grund und Maß aber auch deutlich, daß die *konkret-gerechte* Wiederherstellung des Rechtsverhältnisses nur in der je *spezifischen* Strafe- bzw. Strafzumessung liegt und liegen kann; die §§ 46 ff. StGB betonen dies für das Strafrecht der Bundesrepublik *expressis verbis*. Der je *angemessene* Strafausspruch formuliert dementsprechend eine tatbezogene »Wertgleichsetzung«, wobei sich die Wertgleichsetzung bzw. Wertbestimmung »aus der Straftat nach ihrer besonderen Art und ihren einzelnen Eigenschaften, nach Rechtsgütern (Tatbeständen) im Gesamtkontext der Rechtsgüterordnung, nach dem spezifischen Unrechts- und Schuldmaß der allgemeinen Normverletzung [ergibt]«. <sup>78</sup>

72 Vgl. *pars pro toto* nur *Cerezo Mir*, Der materielle Schuldbegriff (1997). Zu Problemen, die bei der Nivellierung dieser strukturellen Differenzen bzw. Funktionalisierung von Regelungstypen auftreten können, vgl. *Weigend*, FS-Roxin, S. 1375 (1381 ff.); zu einzelnen nationalen Zurechnungsfragen, -problemen und -besonderheiten vgl. *Bacigalupo*, FS-Roxin, S. 1361 (1364 ff.).

73 Vgl. dazu nur *Rüter*, ZStW 105 (1993), S. 30 ff. Demgegenüber skeptisch *Bacigalupo*, FS-Roxin, S. 1361 (1373 f.).

74 Vgl. nur BVerfGE 95, 131; 96, 245 (249); BGHSt GrS 2, 194 (200) sowie *Köhler*, Der Begriff der Strafe (1986), S. 44 ff.

75 Vgl. dazu jetzt auch *Seelmann*, in: Rechtsguttheorie (Fn. 4), S. 261 (262 ff.).

76 Zur aktuellen Diskussion in Deutschland vgl. nur *Gropp*, Strafrecht AT, § 7 A sowie § 15 A, 2. Auflage (2001); *Jescheck/ Weigend* (Fn. 18) §§ 38 und 70; *Köhler* (Fn. 12) S. 20 ff., 37 ff.; *Roxin* (Fn. 19) §§ 2, 3; *Schild*, AK-StGB, vor § 13 Rn. 49 ff.

77 *Köhler* (Fn. 12) S. 24. Zur Verwendung und Diskussion um die Topoi Erfolgs-, Handlungs- sowie Gesinnungsunwert vgl. – anstatt vieler – nur *Jescheck/ Weigend* (Fn. 18) §§ 24 III, 39 I ff.

78 *Köhler* (Fn. 12) S. 582. – Zum Problem der Strafzumessung in Deutschland vgl. auch *Müller-Dietz*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems (1979) sowie *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit (1984).



Ein Blick auf die Konzeptionen und Systeme der anderen EU-Mitgliedstaaten zeigt, daß sich das argumentationslogische Paradigma kaum (voneinander) unterscheidet,<sup>79</sup> aber auch hier kann der Begriff (der Strafe bzw. der Strafzumessung) nur sinnvoll verstanden werden, wenn er (wieder) als *auf die je eigene nationale Rechtsordnung* verweisend erfaßt wird; denn nur dann geht es um die konkrete Vermittlung, d.h. um die der Tat angemessene *rechtliche* Kontextualisierung, und gerade darauf kommt es eben im Strafrecht bzw. in der Strafrechtsdogmatik vornehmlich an!<sup>80</sup>

### Parenthese

Im Gegensatz zur strafrechtlichen Zurechnung und Sanktionierung handelt das Ordnungswidrigkeitenrecht oder eben: dementsprechende (sogenannte »punitiv«) Konfliktlösungsstrategien gar nicht von der einem Strafunrecht auch nur annähernd vergleichbaren Qualität der Rechtsverletzung, weshalb auch die Verwendung des Begriffs des Strafrechts (und sei es auch nur: »im weiteren Sinne«) auf diesen (Sanktions-)Bereich alles andere als glücklich ist.<sup>81</sup> – Präziser: Fixiert wird bei den dem Ordnungswidrigkeiten- und Verwaltungsrecht unterfallenden Verhaltensweisen eine (normative) Konfliktstruktur, die, in welcher Modifikation sie auch auftritt, grundsätzlich schon keine Mißachtung von Anerkennungsformen substantiellen Charakters darstellt. D.h.: Es geht bei dieser Form der Beeinträchtigung zwar auch um die Mißachtung von (geschützten) Freiheitsspielräumen, allerdings korrespondieren diesen Freiheitsspielräumen keine fundamentalen Rechtsgüter, wie sie das Strafrecht schützt, sondern in erster Linie pragmatische und in »Risikogesellschaften« (*Beck*) notwendige (funktionelle) Regelungs- und »Ordnungs«mechanismen (vgl. hier nur weite Teile des Straßenverkehrsrechts etc.); darin liegt auch der Grund, warum die dementsprechende Zuweisung von Verantwortung grundsätzlich verobjektiviert, der Unrechtsausgleich also ein ausschließlich objektiver (weil auf die »abstrakt-partikuläre Rechtsverletzung« bezogener) ist.<sup>82</sup> – Eine Form der Differenzierung und Strukturierung, die man heute auch bei den meisten europäischen Nationalstaaten beobachten kann,<sup>83</sup> wobei auch hier die Unterschiede in der (systematischen) Abgren-

79 Vgl. nur *Jareborg*, ZStW 106, S. 140, der ausdrücklich betont, daß das schwedische Strafzumessungsrecht die Bemessung der Strafe hauptsächlich an den Begriff des »Strafwerts« und dementsprechend an das schuldhaft verwirklichte Unrecht der Tat binde.

80 Einen instruktiven Überblick liefern *Jescheck/Weigend* (Fn. 18) § 82 VI. als auch *Satzger* (Fn. 3) S. 77 (dort Anm. 416); vgl. aber auch *Zieschang*, Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht (1992). – Auch bei der Thematisierung des Straf(zumessungs)begriffs kommt es also letztlich darauf an, das (metastufig-ontologische) Paradigma und die dogmatisch-funktionale Formalisierung qua gesellschaftlicher Wertungsmuster als zwei Dimensionen (des Begriffs), zugleich aber als vermittelt, und zwar *zurechnungsbezogen* vermittelt, zu begreifen.

81 Vgl. dazu schon die Bemerkungen unter I.3. Zu diesem Problembereich schon *E.A. Wolff*, in: *Strafrechtspolitik* (1987), S. 137 ff. (157, 216 ff.); darüber hinaus siehe auch *Köhler* (Fn. 12) S. 53 f. sowie *Thieß*, *Ordnungswidrigkeitenrecht* (2002), S. 6 ff.

82 Dazu schon *Köhler* (Fn. 12) S. 33 f.

83 Dazu *Göhler*, *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht (OWiG)*, 17. Auflage (2003), Einleitung, Rn. 16 f.

zung bzw. in der (vertypen) Einordnung des dementsprechenden Verwaltungshandelns bzw. der diesbezüglichen Sanktionen nicht zu übersehen sind.<sup>84</sup>

### 3. Strafe und öffentliches Verfahren: Die (Straf-)Rechtspflege

Nun ist ein Aspekt des Strafrechts bzw. der Bestimmung des Strafrechts als rechtliche resp. gesellschaftliche Partialpraxis bisher allerdings mehr oder weniger ausgeblendet geblieben, nämlich der des öffentlichen (Straf-)Verfahrens, der Verfahrensgebundenheit der Schuld- bzw. Strafmaßfeststellung.<sup>85</sup> D.h.: Eigentlich ist er nicht ausgeblendet, sondern immer schon präsupponiert worden; präsupponiert insoweit, als jegliche Schuld- und Strafmaßbestimmung letzten Endes nur aus der Perspektive der Diskursivität, der prozessual überformten Kommunikation begriffen werden kann.<sup>86</sup>

Die Verfahrensgebundenheit ist deshalb auch nicht nur irgendein Merkmal des (Straf-)Rechts als *Konfliktlösungstypus*, sondern vehementer und zentraler Ausdruck desselben. Alle bereits erwähnten Aspekte verweisen also *notwendig* auf sie. – Die (allgemein anerkannte und heute typische) Formalisierung und d.h. Regulierung des Verfahrens (regelmäßig im Wege einer Strafprozeß- bzw. Strafverfahrensordnung) garantiert dabei nicht nur die Rechte der Parteien, vor allem des Angeklagten (Beschuldigten),<sup>87</sup> sondern formuliert auch die Notwendigkeit der reflektierten Selbstbindung der wie auch immer beteiligten (staatlichen) Behörden.<sup>88</sup> Aber auch hier wird (wieder) deutlich, daß die Rede von der Kulturbedingtheit, von der Wert- und Verfassungsbezogenheit des Rechts im allgemeinen, wie des Strafrechts im besonderen keine leere Phrase darstellt, denn gerade im Rahmen der verfahrensförmigen Strafrechtspflege manifestiert und bewährt sich die in der jeweiligen Gesellschaft gelebte und

---

84 Vgl. hierzu bereits *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1971), und dort insbesondere den rechtsvergleichenden Überblick auf S. 64 ff. Bei *Heitzer* findet sich schließlich eine kurze Darstellung der von den Mitgliedstaaten gegenwärtig präferierten Konzepte (Fn. 3) S. 13 ff.; ausführl. zu den europäischen Modellen der Relation von Strafrecht und »punitivem Verwaltungsrecht« jetzt *Braun* (Fn. 3) S. 386 ff.

85 Aus der inzwischen mehr als umfangreichen Literatur zum (deutschen) Strafverfahrens- bzw. zum Strafprozeßrecht seien hier nur die Monographien von *Beulke*, Strafprozeßrecht, 6. Auflage (2002); *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage (1998) sowie *Volk*, Strafprozeßrecht, 3. Auflage (2002) hervorgehoben.

86 *Schild*, Der Richter in der Hauptverhandlung (1983), S. 7 ff. und passim. Zu den auch problematischen Ausnahmeregelungen (installiert bzw. modifiziert vor allem im Zuge der beabsichtigten »Verfahrensbeschleunigung« und »Verfahrensvereinfachung«), zumindest im deutschen Verfahrensrecht siehe sowohl *Fezer*, ZStW 106 (1994), S. 1 ff. als auch *Roxin* (Fn. 85), § 15 II, § 38 Rn. 1 ff. und § 66 Rn. 1 ff.

87 Zu denken ist nur an die sogar durch die EMRK sanktionierte Unschuldsvermutung (Art. 6 II), das sogenannte Schweigerecht oder an den (wenn auch in unterschiedlicher Weise europaweit praktizierten) Unmittelbarkeitsgrundsatz. Nachweise dazu bei *Eser*, ZStW 108 (1996), S. 86 (112 ff.).

88 Gerade die deutsche Strafprozeßordnung hat ja bis auf den heutigen Tag eine sehr ausdifferenzierte Struktur des Verfahrens, des Verfahrensablaufs etc. resp. des Systems von Rechten und Pflichten der Verfahrensbeteiligten entwickelt, vgl. nur Analyse bei *Roxin* (Fn. 85) §§ 20 ff., 41 ff. und *Volk* (Fn. 85), §§ 9 ff.

erfahrene (wahrgenommene) Freiheit; d.h.: der anerkannte und insofern strafrechtlich geschützte bzw. zu schützende »Rechtsgüterbestand«, eben auch in Form »des zur Verantwortung Ziehens« des Einzelnen;<sup>89</sup> und nur hier realisiert sich demzufolge das, was man das jeweils nationale Verständnis von juristischer, folglich *bewiesener* Wahrheit (oder »rechtspraktischer Richtigkeit«) nennen kann; man denke nur an die unterschiedlichen Systeme der Beweiserhebung bzw. Beweisführung etc.<sup>90</sup> – Wie es überhaupt diese unmittelbare Verwiesenheit von (kulturgebundener) Wissenschaft, Dogmatik, Gesetzgebung und eben vor allem Rechtspflege ist, die die *Originalität* aber eben auch die *Effizienz* des (nationalen) Strafrechts ausmacht.<sup>91</sup>

Die Grundsätze des Strafrechts resp. des Strafverfahrensrechts, wie sie heute auch regelmäßig Gegenstand der Diskussion um ein »europäisches Strafrecht« bzw. um die »Europäisierung des Strafrechts« etc. sind (sei es das *Gesetzlichkeitsprinzip* oder das *Schuldprinzip*, in der Bundesrepublik vor allem durch die Art. 1 und 103 GG positiviert zur Geltung gebracht),<sup>92</sup> stellen also im Grunde »nur« *formalisierte* und gegebenenfalls *positivierte* Strukturen nationaler Rechts- bzw. Wertvorstellungen dar, d.h. sie *reflektieren* auf letztere und sind dementsprechend ohne diese gar nicht sinnvoll zu denken möglich. – Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die eben entwickelten Strukturen und Praxisformen sowie die damit einhergehenden Probleme werden im Rahmen des nächsten Abschnitts (III.) eingehender beleuchtet.

#### 4. Zwischenergebnis

Die vorangegangene Kritik aber auch die vorstehende Analyse sollten vor allem zeigen, daß ein (Strafrechts-)Denken im europäischen Kontext die komplexe Struktur nationaler Rechts-, Zurechnungs- und Strafzumessungssysteme nicht aus dem Blick verlieren, aber auch keine pauschale Nivellierung derselben betreiben darf.

Das meint nun nicht, daß der Fixierung auf irgendeinen (nationalen) Kriminalstrafrechts- oder Sanktionsbegriff das Wort geredet werden soll; ausschlaggebend war vielmehr das systematische Aufdecken und Begreifen der den jeweiligen Legitimitäts- und Legalitätsformen zugrunde liegenden (Argumentations-)Logik. Angesprochen ist damit zum einen die offensichtliche Ähnlichkeit, möglicherweise sogar Übereinstimmung im Rahmen der (dogmatischen) Rekonstruktion paradigmatischer, insofern aber

89 Dazu *Kahlo*, KritV 1997, S. 183 ff.

90 Zuletzt hat *Eser* sehr deutlich gezeigt, daß die jeweiligen nationalen (europäischen) Strafverfahrensrechte und deren Reformbestrebungen grundsätzlich gleichen oder ähnlichen (rechtsstaatlichen) Prinzipien (Paradigmen) folgen; die Realisierung, d.h. die *rechtliche Verwirklichung* jedoch auf unterschiedlichsten (und im Einzelfall auch zu kritisierenden) Wegen erfolgt (*Eser* thematisiert in diesem Zusammenhang, neben den im Text bereits angesprochenen Beweiserhebungs- bzw. Beweisführungsformen, auch die Stellung bzw. Rechte der einzelnen Verfahrensbeteiligten, und zwar sowohl hinsichtlich des Ermittlungs- als auch bezüglich des Hauptverfahrens), ZStW 108 (1996), S. 86 ff.; außerdem äußern sich zu dieser Frage *Jung* (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen (1990); *ders.*, GA 2002, S. 65 ff.; *Nelles*, ZStW 109 (1997), S. 727 ff. und *Roxin* (Fn. 85) § 73.

91 Zu diesem Verhältnis *Schild*, AK-StGB, vor § 13 Rn. 3 ff. und *passim*.

92 Vgl. dazu nur *Gropp* (Fn. 76) § 2 A/B; *Roxin* (Fn. 19) §§ 3 Rn. 48 ff. und 5 Rn. 7 ff.

abstrakter Handlungs- bzw. Verantwortungstypen, zum Ausdruck kommt darin wohl nichts anderes als das *Transzendierungspotential* des nationalen Rechts (der nationalen Dogmatik usw.); verwiesen wurde zum anderen aber auch auf die im nationalen (Straf-)Recht zugleich zur Geltung kommende Kulturgebundenheit im Sinne einer *Lebensformgebundenheit* der Institutionen, Formalisierungen, Typisierungen etc. und auf die damit einhergehenden gesellschaftlichen Besonderheiten. Im Gegensatz zum Transzendierungspotential kann man das dann auch das *Konsolidierungs-* und *Transformationspotential* nationalen (Straf-)Rechts nennen. – Es ist eben dieses Verhältnis aber auch diese Spannung zwischen dem Transzendierungs- und dem Konsolidierungspotential des jeweiligen nationalen (Straf-)Rechts, die man sich bewußt halten muß, wenn man daran geht, die »Europäisierung des nationalen Strafrechts« zu konstatieren bzw. bestimmte Strukturen des EU- bzw. EG-Rechts als Strafrecht zu behaupten oder gar zu konstruieren.

Im nun folgenden Abschnitt soll auf dem Hintergrund der eben herausgearbeiteten Begründungsmuster die Typik und Spezifik gemeinschaftsrechtlicher Sanktionsformen offengelegt werden; auch hierbei kann es nicht um Vollständigkeit, wohl aber um die *Rekonstruktion der originären und systembezogenen Strukturen* (Prinzipien) gehen.

### III. Zwischen der »Europäisierung nationalen Strafrechts« und der Genese »Europäischen Strafrechts«: Potential und Wirklichkeit eines neuartigen Projekts

#### 1. Vorüberlegungen

Im Verlaufe der Untersuchung war immer wieder deutlich gemacht und schließlich auch entwickelt worden, daß die Formen des (Straf-)Rechts – jedenfalls des nationalen (Straf-)Rechts – nicht nur mit Blick auf das in den jeweiligen Gesetzbüchern festgehaltene Regelwerk, sondern darüber hinaus auch qua der spezifischen und institutionalisierten Reflexions- und Lebensverhältnisse zu erfassen sind. Die Verschränkung von Strafrechtswissenschaft, Strafrechtsdogmatik, Gesetzgebung und Rechtspflege spiegelt das regelmäßig wider.

Daß die institutionelle Struktur der Gemeinschaft von *anderer Qualität* als die nationaler (Rechts-)Praxisformen ist, wird gegenwärtig kaum bestritten.<sup>93</sup> – Entscheidend ist also, ob dem Rechtssystem der EG bzw. EU, so wie es heute existiert, und d.h. dem *primären und sekundären Gemeinschaftsrecht* (Gründungsverträge einerseits; nach Maßgabe der Gründungsverträge erlassenes Recht wie Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen oder auch Empfehlungen andererseits) sowie den korrespondierenden *Rechtsprechungsorganen* (EuGH bzw. EuGMR),<sup>94</sup> ein *Legitimationspotential* inhärent ist, das es gleichwohl rechtfertigt, Sanktionstypen als strafrechtliche und dementsprechend als dem *Schuldgrundsatz* unterworfenen zu begreifen. Im folgenden dazu nun genauer:

93 Vgl. hierzu nur *Oppermann* (Fn. 11) S. 151 ff.

94 Zu Struktur und Ausformung des Gemeinschaftsrechts vgl. *Oppermann* (Fn. 11) S. 178 ff., 195 ff. sowie *Satzger* (Fn. 3) S. 24 ff.

## 2. Originäre Zurechnungs- und Sanktionsformen der Gemeinschaft

Will man die Verantwortungszuweisungsstrategien der Gemeinschaft begreifen, muß zunächst klar sein oder offengelegt werden, in welcher Form die Gemeinschaft Rechtsgüter bzw. Rechtsgüterschutzstrukturen kennt, und zwar ganz allgemein verstanden: i.S.v. rechtlich sanktionierten Verwirklichungsspielräumen, und wie sie letztere zur Geltung bringt. Daran sind schließlich auch die Sanktionsformen zu messen.

a) An erster Stelle zu nennen sind hierbei Vorschriften zur Verhängung von Geldbußen im Rahmen des Wettbewerbs- und Kartellrechts, insbesondere bei Verstößen gegen branchenspezifische Förderquoten (vgl. nur Art. 58 § 4 EGKS) etc.;<sup>95</sup> darüber hinaus sieht das Gemeinschaftsrecht inzwischen Verordnungen im Agrar- und Fischereisektor vor (z.B. Art. 34 II i.V.m. Art. 37 II EGV), die sich vor allem auf Subventionsmaßnahmen der Gemeinschaft und Sanktionierungen dementsprechender Zuwiderhandlungen, d.h. auf Rückforderungen von Beihilfen etc., beziehen.<sup>96</sup> Gerade die eben genannten Verordnungen und Regelungen haben dabei nicht nur einen rein lenkenden Charakter, sondern heben vor allem auf die finanziellen Ansprüche der Gemeinschaft resp. deren Schutz ab.<sup>97</sup> Auch wenn die genannten Maßnahmen zumindest formal von unterschiedlichster Art sind (neben der Geldbuße ist häufig von »neuartigen« Sanktionen, die in Form von »geldwerten« Einbußen, die die wirtschaftliche Stellung des einzelnen tangieren sollen, die Rede<sup>98</sup>), so liegen ihnen doch offensichtlich ähnliche oder sogar gleiche Rechtsgüter bzw. Konflikttypen zugrunde; denn regelmäßig geht es um ökonomisch gebundene (gegebenenfalls marktbezogene) Regulierungs- und Ordnungsinteressen der Gemeinschaft (mutatis mutandis auch der mitgliedstaatlichen Bevölkerung) und deren Beeinträchtigung durch natürliche und juristische Personen (etwas anders liegt das nur bei den Vorschriften bezogen auf die Durchsetzung einer »gemeinsamen Verkehrspolitik«<sup>99</sup>).<sup>100</sup> Die angesprochenen Konflikttypen stellen deshalb – jedenfalls in der Mehrzahl – nichts anderes als »abstrakt-partikuläre Rechtsverletzungen« dar, worauf auch dementsprechend, nämlich mit pragmatischen »Ausgleichsstrategien« reagiert wird, die wiederum mit den Prinzipien strafrechtlichen Unrechtsausgleichs, also der Restitution selbstbestimmter Freiheitsverhältnisse überhaupt nicht vergleichbar sind; sinnvoll scheint insoweit eine Bezeichnung als »europäisches (Wirtschafts-)Verwaltungsrecht«.<sup>101</sup> – Dagegen spricht auch nicht, daß es durchaus um beträchtliche wirtschaftliche, d.h. regelmäßig

95 Zusammenfassend *Heitzer* (Fn. 3) S. 19 ff.

96 Vgl. dazu auch die Ausführungen bei *Dannecker*, JZ 1996, S. 869 (874 ff.).

97 Vgl. nur *Weigend*, StV 2001, S. 63 (64 ff.)

98 So *Satzger* (Fn. 19) S. 60 ff.

99 Vgl. vor allem die Art. 70 ff. EGV.

100 Die Diskussion um die Strafbarkeit juristischer Personen wird vorliegend nicht näher thematisiert (siehe aber III.3), vgl. einerseits *Köhler* (Fn. 12) S. 557 ff.; v. *Freier*, Kritik der Verbandsstrafe (1998), S. 55 ff., 85 ff., 124 ff. und andererseits *Ackermann*, Die Strafbarkeit juristischer Personen (1984), S. 186 ff.; *Hirsch*, ZStW 107 (1995), S. 285 ff.; *Tiedemann*, ZStW 102 (1990), S. 94 (106 ff.)

101 So auch *Braum* (Fn. 3) S. 109 sowie S. 200 ff. – Zu der damit korrespondierenden Sanktionskompetenz sogleich im Text.

finanzielle (Ein-)Bußen geht oder gehen kann, denn die Bestimmung der Geldbußen (aber nicht nur der) ist häufig, weil gerade nicht am Schuldgrundsatz orientiert (sondern auf ein »abstrakt-partikuläres Ausgleichsinteresse« fixiert), mit unterschiedlichsten Zwecken verbunden;<sup>102</sup> man denke nur an die mehr oder weniger »handlungs«gelösten Ahndungs- und Präventionsaspekte, aber auch an das damit immer wieder korrespondierende »Gewinnabschöpfungsmoment«.<sup>103</sup>

#### Parenthese

Gerade auf dem Hintergrund des eben Hervorgehobenen muß der Versuch, diese Konflikttypen qua eines »Corpus Juris strafrechtlicher Regelungen zum Schutze der finanziellen Interessen der EU«<sup>104</sup> einer strafrechtlichen, konkret: »supranational-strafrechtlichen« Lösung zuzuführen, als zumindest problematisch bezeichnet werden.<sup>105</sup> Denn vermitteltst dieses Corpus werden die oben angesprochenen Konflikttypen resp. die damit verbundenen Regulierungsformen (-interessen) kurzerhand als Straftaten resp. als strafrechtliche Sanktionen konstruiert. Möglich ist das nur, weil die Frage nach der Schutzwürdigkeit, und zwar nach der Schutzwürdigkeit i. S. des (»europäischen«) Strafrechts, und d.h. nach der konkret gesellschaftlichen (rechtlichen) Ausgestaltung und Bedeutung von freiheitlich-demokratischen Lebensverhältnissen gar nicht (mehr) gestellt wird;<sup>106</sup> das Regelwerk gerät deshalb – was nach dem bereits Ausgeführten nicht verwundert – zu einem abstrakten und selbstreferentiellen Sanktionsmechanismus;<sup>107</sup> zu einem abstrakten und selbstreferentiellen Sanktionsmechanismus, der in erster Linie die Ordnungsinteressen der Verwaltung, mit gelegentlicher Ausstrahlungswirkung auf andere gemeinschaftliche Bereiche und Konfliktbeteiligte, und nur zweitrangig die »tatgebundene Zurechnung«, d.h.: die originäre (Unrechts- und natürlich besonders) Schuldtypisierung im Blick hat;<sup>108</sup> letz-

102 Damit soll nicht behauptet werden, daß der Schuldstrafe, also der originären Sanktion im strafrechtlichen Sinne, jede Zweckbestimmung fehlt oder fehlen muß; aber anders als bei ordnungswidrigkeitsrechtlichen oder ähnlichen Verantwortungszuweisungsformen hat sich die *Zurechnung* zunächst *ausschließlich* an der personal überformten Tat und deren Implikationen zu orientieren (darauf verweist immer schon die Rede von der *Repressivität* des Strafrechts); inwiefern im Rahmen der Strafbemessung dann Zweckaspekte eine Rolle spielen sollten oder zumindest können, ist eine ganz andere, hier nicht weiter zu diskutierende Frage.

103 Zutreffend insoweit *Satzger* (Fn. 3) S. 81 f.

104 Vgl. dazu den von *Delmas-Marty* herausgegebenen Gesetzesentwurf »Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union« (1998).

105 Vgl. einerseits *Braum*, JZ 2000, S. 493 ff. und andererseits *Wattenberg*, StV 2000, S. 95 ff.

106 Vgl. zu dieser Problematik sowohl *Albrecht*, KritV 2003, S. 125 ff. als auch *Köhler*, KritV 2001, S. 305 ff.

107 So wohl auch *Weigend*, StV 2001, S. 63 ff., der dort nicht nur einen instruktiven Überblick zu den einzelnen Regelungen und Regelungsbereichen des *Corpus* liefert, sondern darüber hinaus auch eine kritische Auseinandersetzung vorlegt.

108 Immer wieder stellt man fest, daß, gerade wenn es um die *konkret strafrechtliche Begründung* bestimmter Verhaltens- und Sanktionsformen geht, sehr schnell auf allgemeine Zweck- und Nützlichkeitservägungen ausgewichen wird; dabei drängt sich der Verdacht

teres manifestiert sich besonders in der häufig funktionalen Ausgestaltung der Tatbestände (als sogenannte »Eignungsdelikte«, abstrakte Gefährungsdelikte etc.). – Abgesehen davon, ist die in Anschlag gebrachte (Ermächtigungs-)Grundlage wohl mehr als dürftig; vor allem der immer wieder angeführte Art. 280 EGV scheint hierfür alles andere als geeignet zu sein, und daß nicht nur, weil er als Bestandteil der »ersten Säule« konzipiert wurde und insofern zwangsläufig auf dessen Regelungsrahmen verweist,<sup>109</sup> sondern auch und vor allem weil er, bezogen auf originär strafrechtliche Ansprüche, viel zu unbestimmt formuliert ist.<sup>110</sup>

Aber selbst wenn man das Projekt des Corpus unter den gegenwärtigen Umständen und in seiner bisherigen Ausformung für angemessen und deshalb für realisierbar hielte, folgt daraus nicht, daß es ein institutionalisiertes und dementsprechend funktionierendes Strafrecht der Gemeinschaft gäbe. – Denn auch die Regelungen des Corpus verlangen die Einbindung der »europäischen Ermittlungs- und Verfahrensformen« in die jeweils nationalen (Zurechnungs- und Prozeß-)Strukturen; etwas anderes scheint auch wenig sinnvoll, entscheidend ist eben – es kann nur wiederholt werden – die konkrete Verfassungsgewandtheit des Strafrechts resp. die (aufweisbare und insofern existente) Relation von institutionalisierten (demokratisch organisierten) Lebensformen einerseits und formalisierter Strafrechtspflege andererseits;<sup>111</sup> eine Relation, die man nicht ohne weiteres konstruieren und oktroyieren kann, erst recht nicht, wenn qua Regelungsinhalt bzw. Regelungsintentionen eine so eingeschränkte Perspektive verfolgt wird. Am augenfälligsten ist dies bei der derzeit zugrunde gelegten Rechtsprechungs- bzw. Verfahrensstruktur (repräsentiert durch EuGH und EuGMR), denn die Gemeinschaft könnte den (ordentlichen) Rechtsweg in Strafsachen auch weiterhin nur in vermittelter Form, nämlich über die jeweiligen nationalen Instanzgerichte, garantieren.<sup>112</sup> Mit dem Corpus wird also im Grunde ein (»europäisches«) Strafrecht behauptet, daß formal, also abstrakt besteht, freilich konkret, d.h. verfahrensförmig in anderen (gesellschaftlichen) Zusammenhängen zu exekutieren wäre; eine These, die, projizierte man sie auf den je nationalen Kontext, doch wohl nur auf Unverständnis

---

auf, daß die eigentlichen Fragen der (Verbrechens-)Systematisierung und Schematisierung bewußt, weil mit den in Anschlag gebrachten Prämissen jedenfalls nicht ohne weiteres lösbar, ausgeblendet werden (vgl. nur Art. 14 des *Corpus* – »Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen« bzw. die beigefügte Erläuterung).

109 Ebenso *Braum*, JZ 2000, S. 493 (500).

110 Skeptisch auch *Satzger* (Fn. 3) S. 89. Anders wiederum *Zieschang*, ZStW 113 (2001), S. 255 (259 ff.). Zur Problematik des gleichfalls diskutierten Art. 34 EUV *Braum*, JZ 2000, S. 493 (500).

111 Vgl. schon die Ausführungen unter II.1./ 2.

112 Damit, daß kann nur nochmals betont werden, soll nicht die Bedeutung der beiden großen Gerichte, EuGH wie EuGMR heruntergespielt oder gar dementiert werden. Beide haben ihren *originären* Aufgabenbereich, der EuGH den der Jurisdiktion (Auslegung) der (gemeinschafts-)vertraglichen Bestimmung (Art. 220 ff. EGV bzw. Art. 35 I EUV), wobei polizeiliche und strafrechtliche »Maßnahmen« gerade nicht betroffen sein sollen (Art. 35 V EUV); der EuGMR den des Schutzes völkerrechtlich anerkannter Menschenrechte (Garantien) und demzufolge den der Auslegung der EMRK (bzw. der Protokolle); daß dabei auch strafrechtliche Aspekte eine Rollen spielen (können), ändert nichts daran, daß es sich beim EuGMR nicht um ein fachliches Instanzgericht handelt (Art. 19 ff. EMRK).

stoßen würde.<sup>113</sup> – Am Problempotential dieser Konstellation würde auch die Realisierung des inzwischen von der Kommission vorgestellten (und parallel zum Verfassungsentwurf des Konvents diskutierten) »europäischen Verfahrenskonzepts« nichts wesentliches ändern.<sup>114</sup> Zwar hätte die Union mit der »europäischen Staatsanwaltschaft« eine eigene Anklagebehörde, die strukturellen Schwierigkeiten und Legitimationsdefizite blieben aber bestehen: denn die Kompetenzabgrenzung zwischen nationalen Verfolgungsbehörden und europäischen Institutionen, aber auch die originäre Verfahrensweise der »europäischen Staatsanwaltschaft« würde alles andere als eindeutig oder auch nur annähernd rechtsstaatlich vertretbar geregelt; so spricht die Kommission hinsichtlich der Kompetenzabgrenzung von einem vertrauensvollen Dialog der Verfolgungsbehörden, der sich vor allem an den »wesentlichen Interessen« der Nationalstaaten wie der Union orientieren müsse; hinsichtlich der Arbeitsweise selbst, also der Anklageerhebung etc. von einem Ermessensspielraum der Behörde, der sich regelmäßig aus einem »Bündel von Hinweisen« ergeben soll. – Abgesehen von bereits bestehenden Problemen, also der fehlenden »Instanzengebundenheit« dieser Struktur und zusätzlichen, vor allem rechtspraktischen, wie die der sprachlichen Verständigung usw., bleibt damit aber völlig offen, wie diese Konzeption der Strafverfolgung mit den Prinzipien der Rechtssicherheit, nicht zuletzt des Rechtes auf den gesetzlichen Richter vereinbar sein soll.<sup>115</sup> Gerade aber der Aspekt der Bestimmtheit und folglich der der Transparenz von Justizakten ist im Rahmen solcher Angleichungs- und Harmonisierungsbemühungen von besonderer Bedeutung. Auch die Frage, ob der so geregelten Staatsanwaltschaft ein entsprechend ausgestatteter (effektiver) Verteidigungstypus korrespondieren sollte, ist nicht geklärt.<sup>116</sup> Schließlich ist der Bezug auf die EMRK, insbesondere auf die Rechtsprechung der EuGMR nicht unproblematisch, denn sie kann selbstverständlich die demokratische (verfassungsbezogene) Legitimation durch den (nationalen) Gesetzgeber nicht ersetzen.

Letztgenanntes macht (nur) deutlich, daß strafrechtliche Zurechnungs- und Sanktionsformen nach wie vor national gebunden sind und dies auch sein müssen. Gerade die Qualität und gesellschaftliche (rechtliche) Bedeutung des strafrechtlich sanktionierten Eingriffs für ein Gemeinwesen fordert Behutsamkeit bei der Ausweitung auf anders ausgestaltete institutionelle Strukturen und normative Lebensformen, nicht zuletzt mit Blick auf das dem Strafrecht zugrunde liegende ultima ratio-Prinzip. Hält man sich dies bewußt, so kann von einem »europäischen Strafrecht« resp. von einem

---

113 Vgl. dazu auch *Manoledakis*, KritV 1999, S. 181 ff. – Schon die (durchaus nicht unproblematischen) Staatsdefinitionen von *Jellinek* und *Weber* zeigen eigentlich deutlich, daß die (Re-)Konstruktion von (staatlicher) Souveränität und politischen Institutionen, folglich auch von rechtlichen Legitimationsstrukturen und dementsprechend von wie auch immer qualifizierten Sanktionsformen alles andere als trivial ist. Vgl. dazu auch BVerfGE 89, 155 (sogenanntes »Maastricht-Urteil«) sowie die pointierte Analyse bei *Mäder*, Europa ohne Volk – Deutschland ohne Staat (1999).

114 Vgl. hierzu den Entwurf der Kommission, Kom(2001) 715 (11.12.2001); sowie die follow up-Mitteilung Kom(2003) 128 (19.3.2003).

115 Mögliche verfahrensrechtliche Probleme räumt nun auch die Kommission ein, vgl. Kom(2003) 128 (19.3.2003), 3.2.2.2.

116 Dazu jetzt *Satzger*, StV 2003, S. 137 ff.



Begriff des »europäischen Strafrechts« (noch) keine Rede sein.<sup>117</sup> – Nur um nicht mißverstanden zu werden: Es geht keineswegs darum, einem bestimmten Konfliktlösungstypus, hier das Strafrecht, auf europarechtlicher Ebene unterzubestimmen oder zu marginalisieren, sondern die Voraussetzungen offenzulegen unter denen Strafrecht überhaupt als Strafrecht, und zwar auch in den EG bzw. der EU, begriffen werden kann. Das Projekt eines »europäischen Strafrechts« muß deshalb zuvörderst als eine mögliche Perspektive (als noch nicht verwirklichtes Projekt) des, wie das BVerfG formuliert, mit der Gründung der EU inzwischen generierten Staatenverbundes erkannt und thematisiert werden.<sup>118</sup> Ob und inwiefern es schließlich materiale Rechtswirklichkeit wird, und nicht nur im Status der formalen (kontingenten) Konstruktion verharret, bleibt – bei allen Harmonisierungsbemühungen – abzuwarten.

b) Wenn auch – und damit zurück zu den originären Rechtsgüterschutz-, Ordnungs- bzw. Regulierungstypen der Gemeinschaft – von einem »europäischen Strafrecht« (»Kriminalstrafrecht«) bzw. einem »Gemeinschaftsstrafrecht« nicht die Rede sein kann, so wird man doch von einer spezifischen, den europäischen Rechtsformen bzw. institutionellen Strukturen korrespondierenden (immanenten) Sanktionskompetenz der Gemeinschaft sprechen müssen; von einer spezifischen Sanktionskompetenz der Gemeinschaft insoweit, als letzteres eben die Wahrung der wirtschaftspolitischen Ziele derselben, aber auch der dementsprechenden Bedürfnisse der mitgliedstaatlichen Bevölkerung zum Gegenstand hat.<sup>119</sup> Wahrung dieser Ziele und Bedürfnisse sind vehementer Ausdruck des normativen Selbstverständnisses der Gemeinschaft, wenngleich diesem Selbstverständnis, wie die Entwicklungen im Bereich der Rechtspolitik usw. zeigen, immer auch andere (z.B. sozialpolitische) Interessen korrespondieren (können). – Zugrunde liegt dieser Formung vitaler (supranationaler) Interessen eine (konzertierte) Übertragung ursprünglich nationaler Belange. Ob man insofern (bereits) von der partiellen »Abtretung« je nationaler Souveränitätsrechte sprechen kann, inwiefern das überhaupt denkbar ist, muß hier nicht geklärt werden;<sup>120</sup> jedenfalls

117 So ist es jedenfalls hilfreich, wenn *Albrecht/ Braum* darauf hinweisen, daß es sich bei dem Topos des »europäischen Strafrechts« gerade nicht um einen *Rechtsbegriff*, sondern um einen »rechtstechnischen Arbeitsbegriff« handelt (KritV 2001, S. 312 ff.), gleichwohl kann auch das nicht darüber hinwegtäuschen, daß eine Mehrheit auch deutscher Strafrechtler die Verbindung von »Strafrecht« und »europäisch« zumindest in einer »quasi-rechtsbegrifflichen« Weise verwendet, und damit das eigentliche Problem *europäischer Strafrechtsangleichung* verkennt, nämlich das der Analyse *simnkriterialer* Bedingungen der Möglichkeit von Strafrecht.

118 So BVerfGE 89, 155.

119 Vgl. auch *Köhler* (Fn. 12) S. 81 f.; zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten zur Festsetzung und Verhängung verwaltungsrechtlicher Sanktionen, siehe *Kadelbach*, in: *Sanktionen* (1996), S. 81 ff. (83 ff.).

120 Vgl. auch dazu BVerfGE 89, 155; zur aktuellen Auseinandersetzung in der Wissenschaft siehe die Aufsätze bzw. Monographien von *Bogdandy*, EuR 1996, S. 3 ff.; *Di Fabio*, Der Staat 1993, S. 200 ff.; *Grimm*, JZ 1995, S. 581 ff.; *Jeckel*, Die Staatlichkeit Deutschlands in der Europäischen Union aus verfassungsrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Sicht (1997); *Klein*, VVdStRL 50 (1991), S. 56 ff.; *Lemmens*, Die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland und die Integration der Europäischen Gemeinschaft (1994) und schließlich von: *Popov*, Vom Absterben des Nationalstaates als Determinante europäischer Einigung oder das Ende nationalstaatlicher Souveränität (2002).

haben sich die Mitgliedstaaten vertraglich verpflichtet (bzw. die Gemeinschaft resp. die Union ermächtigt), bestimmte hoheitliche Befugnisse und deren Exekution Organen der EG bzw. EU zu überlassen.<sup>121</sup> – Versehen mit diesem Legitimationspotential bildet das Sanktionenrecht der Gemeinschaft neben dem je nationalen Straf- bzw. Sanktionenrecht (Ordnungswidrigkeitenrecht etc.) ein eigenständiges System der Zuständigkeits- und Verantwortungszuweisung. Soweit Verstöße unmittelbar die Interessen der Gemeinschaft und folglich deren Regelungsrahmen betreffen, also z.B. das Zollregime (Art. 28 EGV), die Handels- und Agrarpolitik (Art. 113 ff. und 38 ff. EGV), scheint es nicht nur sinnvoll, sondern auch angemessen, dem Sanktionshandeln der Gemeinschaft grundsätzlich den Vorrang vor gleichgearteten nationalen Regelungen einzuräumen.<sup>122</sup>

### 3. Verweisungs- und Angleichungsstrategien zwischen dem Europäischen Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Strafrecht – sowie deren dogmatische Einordnung

a) Von den eben dargestellten Sanktionsformen ausdrücklich zu unterscheiden sind die, vor allem von der Rechtsprechung des EuGH in Anschlag gebracht, <sup>123</sup> in der Dogmatik zum Teil kontrovers diskutierten Angleichungsstrategien zwischen dem Recht der Europäischen Gemeinschaften und dem nationalen Strafrecht.<sup>124</sup> Während mit den Verweisungsstrategien insbesondere auf die Verschränkung nationaler und gemeinschaftlicher Vorschriften zum Zweck der Konstruktion von (Straf-)Tat-

121 Vgl. nur den am 1.1.93 in Kraft getretenen Unionsvertrag von Maastricht vom 7.2.1992 sowie die modifizierenden Verträge von Amsterdam vom 1.10.1997 und Nizza vom 26.2.2001; alle drei Verträge stellen einen vor allem durch das Europäische Parlament in Gang gesetzten Prozeß der Zusammenführung sowohl wirtschaftlicher als auch (»sicherheits«-)politischer Ziele der ursprünglich »nur« Europäischen Gemeinschaften dar, worunter (als sogenannte »dritte Säule«) auch die *Koordinierung* der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit (PJZ) fällt. Zum Diskussionsstand siehe *Bleckmann*, DVBl. 1992, S. 335 ff.; *Borchmann*, EuZW 2001, S. 170 ff.; *Braun* (Fn. 3) S. 162 ff.; *Karpenstein*, DVBl 1998, S. 942 ff. und *Streinz*, EuZW 1998, S. 137 ff.

122 Daß auch hinsichtlich der *rechtspraktischen Durchsetzung* des europäischen Sanktionenrechts häufig auf die nationalen Verfahrensformen resp. Verfahrensrechte verwiesen wird (vgl. nur die Verordnung 2988/ 95, dort vor allem Art. 2 IV), ist letztlich kein tragfähiger Einwand gegen die Qualität als eigenständiges europäisches Sanktionenrecht der Gemeinschaft, denn anders als beim (nationalen) Strafrecht, wo der formalisierte und vor allem *öffentliche* Prozeß (von Ausnahmen sei hier abgesehen) eine *unhintergehbare* Bedingung für den Schuldspruch darstellt, sehen Konfliktlösungsformen jenseits des Strafrechts dies im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung gerade nicht notwendig vor; das Auseinanderfallen von Regelsetzungs- bzw. Gesetzgebungskontext und Verfahrenskontext kann vorliegend viel eher gerechtfertigt werden, wengleich es auch hier nicht unproblematisch zu sein scheint. – Zu möglichen weiteren Problemen, besonders bezogen auf das Verhältnis von Konkurrenzen und dem Grundsatz des »ne bis in idem«, vgl. auch *Heitzer* (Fn. 3) S. 167; siehe aber auch Fn. 178.

123 *Satzger* zeigt dies detailliert und umfassend auf (Fn. 3) S. 189 ff. und passim.

124 Damit wird hier zugleich eine Diskussion aufgenommen, die bis zu diesem Punkt weitgehend ausgeblendet wurde; zum Meinungsstand vgl. nur *Gröblichhoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften (1996), S. 20 f.; *Heise* (Fn. 5) S. 106 ff.; *Oehler*, FS-Jescheck, S. 1399 ff.; *ders.*, Internationales Strafrecht, 2. Auflage (1983), Rn. 933 sowie *Satzger* (Fn. 3) S. 210 ff. und passim.

beständen rekurriert wird, sollen die sogenannten Angleichungsstrategien vor allem (primärrechtliche) Vorgaben («Anweisungskompetenzen») der EG an den nationalen Gesetzgeber zum Gegenstand haben.<sup>125</sup> Beide Formen der Rechtsangleichung sind – das sei hier bereits vorweggenommen – alles andere als unproblematisch.

Das zeigt bereits die Struktur der Verweisungsstrategien im allgemeinen, aber auch und gerade die Verweisung nationaler (deutscher) Blankettstrafnormen auf EG-Recht im besonderen.<sup>126</sup> – Im allgemeinen oder grundsätzlich liegt dieser Rechtsangleichungs- bzw. Harmonisierungsstrategie nämlich immer schon das kaum thematisierte Problem der regelmäßig vorausgesetzten Vermittlung («Assimilierung») gestuft bzw. parallel («autonom») verlaufender, gegebenenfalls qualitativ unterschiedener Legitimations- bzw. (Straf-)Normensysteme, d.h. hier: das der je gesetzbestimmten Konkretisierung, zugrunde.<sup>127</sup> Die vom EuGH entwickelten Kriterien, die Geltung und Wirkungen von Verweisungen (insbesondere auf je nationales Sanktionenrecht) betreffend, helfen insoweit nicht weiter,<sup>128</sup> denn sie unterstellen – wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen – die unmittelbare Geltung gemeinschaftlichen Rechts (EuGH-Satzungen, Richtlinien etc.) auf der Ebene nationalen Rechts; das aber würde die Setzung supranationalen Strafrechts bedeuten, was – wie gezeigt – nicht nur den gemeinschaftsvertraglichen Regelungen, sondern auch den demokratisch-legitimatorischen Strukturen widerspräche. Entscheidend für die Bewältigung dieses Problems ist vielmehr die Frage nach der Bedingung der Möglichkeit adäquater Vermittlung bzw. Transformation; und hier reicht es nicht aus, allein auf die Notwendigkeit der (nationalen) Umsetzungsmechanismen zu verweisen;<sup>129</sup> viel wichtiger scheint es zu sein, auf deren Bezugsrahmen und d.h. auf die zu schützenden Rechtsformen (Freiheitssphären) resp. Rechtsgüter zu rekurrieren. – Es ist also (wieder) die Relation von Rechtsgüterschutz bzw. von der Restitution geschützter Freiheitssphären und der je konkreten (nationalen) Verfassungsgebundenheit die den Ausschlag gibt und geben muß. Deshalb kann eine entsprechende Verweisung (als transformierte oder zu transformierende Norm) nur dann in Betracht kommen, wenn für beide Normen- bzw. (Sanktionen-)Rechtssysteme ein (z. B. vertraglich) begründetes Interesse am Schutz bestimmter Rechtssphären besteht, und dieser Schutz auch in strafrechtlich, d.h. in je rechtsstaatlich angemessener Weise<sup>130</sup> realisiert zu werden möglich ist.<sup>131</sup> – Ob und inwiefern das schließlich der Fall

125 Eine instruktive Darstellung erfolgt bei *Satzger* (Fn. 3) S. 187 ff. und passim.

126 Vgl. dazu die Monographie von *Heise* (Fn. 5) dort insbesondere S. 106 ff.

127 Vgl. dazu schon *Jung/Schroth*, GA 1983, S. 241 (264).

128 Zu den Kriterien im einzelnen vgl. *Satzger* (Fn. 3) S. 201 f.

129 So aber wohl *Satzger* (Fn. 3) S. 206.

130 Zu den Kriterien einer rechtsstaatlich angemessenen Rechtssetzung vgl. nur *Köhler* (Fn. 12) S. 86 ff. und passim.

131 Insofern ist es wohl zu pauschal zu behaupten, daß die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet werden können, bestimmte (nationale) Straftatbestände *gemeinschaftsorientiert* auszugestalten, folglich bei nicht Nachkommen dieser Verpflichtung im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens zur Verantwortung zu ziehen sind. Denn verpflichtet und dementsprechend zur Verantwortung gezogen kann ein Mitgliedstaat nur dann und insoweit werden, als er *mit dem nationalen Recht zu vereinbarende und zugleich vertragsgemäße Regelungen* nicht umsetzt.

ist, muß letztlich immer an Hand der konkreten Regelung, d.h. an der Hand des in der Verweisungsnorm konkret anvisierten Schutzzwecks entschieden werden.<sup>132</sup>

Als rechtsstaatlich besonders heikel muß darüber hinaus eine spezifische Form der gemeinschaftsrechtlich bezogenen Verweisungsstrategie, nämlich die der Genese und vor allem Anwendung von sogenannten (ausfüllungsbedürftigen) Blankettstrafnormen angesehen werden.<sup>133</sup> Unter Blankettstrafnormen oder unter Blankettstrafgesetzen werden dabei übereinstimmend Regelungen verstanden, die ihrerseits und insbesondere zu deren inhaltlicher Ausfüllung auf andere Normen verweisen;<sup>134</sup> nach der h.M. vor allem mit dem Ziel, die »Flexibilität der Gesetzgebung« bzw. »die Entlastung des Gesetzestextes« zu erreichen bzw. zu wahren.<sup>135</sup> – Im Rahmen ein und derselben, hier der nationalen (deutschen) Rechtsordnung wird das bei Verweisungen auf Gesetze als mit dem Gesetzlichkeitsprinzip grundsätzlich vereinbar angesehen.<sup>136</sup> Als zumindest problematisch gelten jedoch Typen der »Blankettverweisung«, die gerade nicht auf Gesetze, sondern auf Anordnungen (Rechtsverordnungen) von Verwaltungsbehörden rekurrieren, als problematisch gelten sie deshalb, weil den Behörden dann unter Umständen die originäre Strafbarkeitsbestimmung zufallen und dies zu einer exponierten Form der »Verwaltungsakzessorietät« führen könne, was mit dem Bestimmtheitsgebot resp. dem Gesetzesvorbehalt nur schwer vereinbar wäre.<sup>137</sup>

Genau in diesem Spannungsfeld stehend müssen nun auch Verweisungsstrategien begriffen werden, die auf *gemeinschaftsrechtliche Normen* Bezug nehmen – allerdings durch ein weitere europarechtliche Dimension zusätzlich »verschärft«: Denn nun stehen nicht nur die seitens des (nationalen) Gesetzgebers zu beachtenden »Wertentscheidungen« eines Rechtssystems, sondern eben die von (mindestens) *zwei*, noch dazu grundlegend verschiedenen Rechtssystemen resp. deren *Kompatibilität* zur Debatte.<sup>138</sup> Auch an dieser Stelle wird damit wieder das thematisch, was schon in anderem Zusammenhang als konkrete »Verfassungsgebundenheit des Strafrechts« bezeichnet wurde. Es geht eben auch bei den angesprochenen Verweisungsstrategien *nicht nur* – wie die herrschende Dogmatik aufgrund ihrer vorwiegend legalistisch-positivistischen Sichtweise zu glauben scheint – um die Frage, wie sich ein bestimmter

132 Beispiele unterschiedlichster Art liefert *Satzger* (Fn. 3) S. 189 ff. sowie 235 f.

133 Zur aktuellen Diskussion um die sogenannten »Blankettstrafgesetze« bzw. Blankettstraftatbestände« vgl. nur Schönke/Schröder-Eser StGB, 26. Auflage (2001), § 1 Rn. 3; *Jescheck/Weigend* (Fn. 18) § 12 III; *Köhler* (Fn. 12) S. 89 f.; *Kühl*, FS-Lackner (1987), S. 819 ff. Der Begriff stammt ursprünglich von *Binding*, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft (1885), S. 179 f.

134 So *Köhler* (Fn. 12) S. 89. Zur Rechtstechnik und Methodik vgl. *Satzger* (Fn. 3) S. 215 ff.

135 So sinngemäß *Satzger* (Fn. 3) S. 228 f.

136 *Jescheck/Weigend* (Fn. 18) § 12 III.

137 Zutreffend *Köhler* (Fn. 12) S. 89 f.; ähnlich schon *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (1969), S. 257 ff.; den Meinungsstand der herrschenden Auffassung wiedergebend: *Jescheck/Weigend* (Fn. 18) § 12 III; zu den Voraussetzungen und Grenzen der Formulierung von Blankettstrafgesetzen, wenn der Tatbestand durch eine Rechtsverordnung konkretisiert werden soll, vgl. auch die Rechtsprechung des BVerfG, so insbesondere die Entscheidungen 23, 265 (269); 75, 329 (342) sowie 78, 374 (382).

138 Mit *Köhler* kann man der Union auch eine ihr entsprechende (und zur Zeit auch noch nicht kodifizierte) »Völkerbundesverfassung« zusprechen, KritV 2001, S. 305 (306).

*Zweck*, hier die Effektivierung von Rechtstechnik und Praktikabilität, (besser) realisieren bzw. optimieren läßt,<sup>139</sup> wengleich dessen bzw. deren Bedeutung keineswegs zu unterschätzen ist, sondern zugleich und darüber hinaus um die Frage, ob sich dafür noch eine angemessene Rechtfertigung, ein (gemeinschafts-)rechtlicher *Grund* finden läßt. Dieser Grund könnte in der zunehmenden »Verzahnung« der Rechtsordnungen gesehen werden, der regelmäßig – insbesondere zur Vermeidung von (Wertungs-) Widersprüchen – das Prinzip des *Vorrangs des Gemeinschaftsrechts* bzw. der Loyalitätspflichten der Mitgliedstaaten korrespondiert. Nur muß das gerade für das Strafrecht als problematisch gelten, schließlich können Vorrangs- und *Loyalitätspostulate* nicht darüber hinwegtäuschen, daß es auf europarechtlicher Ebene eben keine (verfassungsgebundene) *Rechts- und Wertungseinheit* und noch weniger eine (Regelungs-) Kompetenz der Gemeinschaft in Strafsachen gibt;<sup>140</sup> nicht zuletzt bei Blankettstrafatbeständen besteht insofern die Gefahr, daß die *vertraglich* anerkannten Grundsätze unterlaufen werden; jedenfalls dann, wenn durch die damit verbundene Trennung von *Rationalitätsfunktion des Rechts* und *Legitimationsleistung der* (formellen) *Regelung* inhaltliche, d.h. materiale Maximen und Prinzipien (des Gemeinschaftsrechts) unmittelbaren Einfluß auf das je nationale Strafrecht gewinnen, die vom Gesetzeswillen der jeweiligen Rechtssubjekte (der Gesetzgebungsorgane etc.) in den national verfaßten Staaten nicht legitimiert sind.<sup>141</sup> Die auch in diesem Zusammenhang geführte Diskussion und der damit einhergehende Versuch, die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, Verbände etc. für das strafbare Tun ihrer Bediensteten auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene durchzusetzen, obwohl dies zumindest mit den in der deutschen Strafrechtsdogmatik üblichen Begriffen von Schuld und Strafe um den dementsprechenden Typisierungen nicht vereinbar ist, bildet dafür ein herausragendes Beispiel.<sup>142</sup> – Entscheidend ist also bei Setzung und Anwendung von Blankettstrafnormen mit gemeinschaftsrechtlichen Bezug nicht nur, daß die Verbotsmaterie durch den (nationalen) Gesetzgeber hinreichend präzise und d.h. vor allem: mit gebotener

139 Vgl. nur *Kast*, in: *Theorie der Gesetzgebung* (1987), S. 262.

140 Insbesondere kann *nicht ohne weiteres* auf den bei *Engisch* (*Die Einheit der Rechtsordnung* (1935)) konzise entwickelten Gedanken der *Einheit der Rechtsordnung* zurückgegriffen werden, denn dieser hatte bei Bestimmung des Verhältnisses von originärer Rechtsanwendung und Geltung der (gesamten) Rechtsordnung ausschließlich die Spezifik der nationalen Strukturen im Blick; die unmittelbare Übertragung der damit einhergehenden Implikationen auf die Rechtsordnung der Gemeinschaft bzw. auf das Verhältnis von nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Verfassung zum Zweck der Begründung bestimmter (aufeinander bezogener) Auslegungs- und Wertungsgrundsätze macht deshalb wenig Sinn, vor allem ist sie zirkulär, weil sie das, was sie zu begründen vorgibt (die besagten einheitlichen Wertungsgrundsätze etc.) immer schon voraussetzt resp. voraussetzen muß.

141 In diesem Sinne schon *Köhler* (Fn. 12) S. 81 f.

142 Siehe dazu nur die (rechtspolitischen) Tendenzen im Nebenstrafrecht, Gesellschafts- und Handelsrecht, vgl. aber auch die wissenschaftlichen Begründungsversuche; eine Übersicht liefert *Schünemann*, in: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsrechts* (1995), S. 265; hingewiesen sei ebenso auf die Argumentation bei *Hirsch*, *ZStW* 107 (1995), S. 285 (298 ff.) m.w.N., der dort vor allem die Möglichkeiten im Rahmen des deutschen (Straf-)Rechtssystems auslotet.

Bestimmtheit geregelt (umschrieben) ist,<sup>143</sup> sondern darüber hinaus auch, daß – trotz oder gerade wegen der damit immer auch generierten *Janusköpfigkeit der Norm*<sup>144</sup> – die »relative Eigenständigkeit« der je nationalen Strafrechtsstrukturen und -kulturen gewahrt wird. Sollte das nicht garantiert werden können, würde dies die (vertragswidrige) Überschreitung der der begründeten Rechtsvereinheitlichung in Europa gezogenen Grenzen bedeuten.

b) Im Gegensatz zu den eben besprochenen Verweisungsstrategien wird mit dem zweiten Rechtsangleichungstypus, nämlich der (primärrechtlichen) *Vorgabe* resp. der sogenannten »*Anweisungskompetenz*« der Gemeinschaft nun weniger auf das Zusammenwirken sowohl nationaler als auch gemeinschaftsrechtlicher Regelungen (Gesetze, Verordnungen etc.), als vielmehr auf den Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts hinsichtlich der konkreten *gesetzgeberischen Ausgestaltung* nationalen Strafrechts rekurriert.<sup>145</sup> Ziel dieser (rechtspolitischen) Strategie ist es, schon bei der *Schaffung* von Strafrechtsnormen durch den nationalen (Straf-)Gesetzgeber die Interessen der Gemeinschaft – und *vive versa* – die dementsprechenden Grenzen der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtssetzung zur Geltung zu bringen. Der Grund ist offensichtlich: Eben weil die Gemeinschaft gegenwärtig nur über eingeschränkte (von der h.M. zum Teil nicht angemessen bestimmte) Sanktionskompetenzen verfügt, soll die »*Abstimmung*« so zeitig und so intensiv wie möglich erfolgen. – Als Ausgangspunkt dogmatischer Harmonisierungsbemühungen dient dabei der Art. 10 EGV,<sup>146</sup> wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, »alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag ergeben«, zu treffen (Abs. 1) bzw. alle Maßnahmen zu unterlassen, »welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten« (Abs. 2). Vor allem der EuGH hat im Rahmen seiner Rechtsprechung bzw. im Zusammenhang mit der Auslegung des Art. 10 EGV immer wieder betont, daß die Mitgliedstaaten nicht nur die Verpflichtung hätten, gemeinschaftswidriges Strafrecht zu verhindern, sondern darüber hinaus – sozusagen positiv – auch aufgefordert seien, ein gewisses *Mindestmaß* an strafrechtlichen Schutzvorschriften bezüglich der EG zu garantieren.<sup>147</sup> Zur Debatte stehen dementsprechend und einerseits *gemeinschaftskonforme (Verantwortungszuweisungs-)Strategien* als auch und andererseits *unmittelbar gemeinschaftsbezogene Strafsanktionsformen*.<sup>148</sup> Während es bei den gemeinschaftskonformen (Verantwortungs-)Strategien insbesondere um die *Vereinbarkeit* im nationalen Recht verankerter

143 Die verfassungsrechtlichen Vorgaben dekliniert *Satzger* sehr genau durch, (Fn. 3) S. 237 ff.

144 Diese Formulierung verwendet *Satzger*, um die *normentheoretische* Struktur gemeinschaftsrechtlich bezogener Straflankette zu illustrieren; (Fn. 3) S. 233.

145 Ohne Zweifel sind hierbei immer auch Überschneidungen möglich.

146 Die Nummerierung richtet sich jetzt selbstverständlich nach der Fassung des Vertrages von Amsterdam; früher Art. 5 EGV.

147 Vgl. nur EuGHE 1970, 1197 – Rs. 30/ 70 »Scheer«; EuGHE 1977, 1495 – Rs. 8/ 77 »Sagulo«; EuGHE 1978, 473 – Rs. 88/ 77 »Schonenberg«; EuGHE 1988, 2139 – Rs. 74/ 86 »Kommission ./ Deutschland«; EuGHE 1988, 1799 – Rs. 104/ 86 »Kommission ./ Italien«.

148 *Satzger* unterscheidet im Rahmen möglicher Vorgaben durch die Gemeinschaft zwischen »*rein nationalem Strafrecht*« und »*Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*«; (Fn. 3) S. 295 ff. und passim.

Regelungen mit den vertraglich geschützten Grundfreiheiten geht,<sup>149</sup> steht bei den sogenannten gemeinschaftsbezogenen Strafsanktionsformen der unmittelbare Schutz *originärer Rechtsgüter der Gemeinschaft* im Vordergrund. Gerade die zweite Alternative ist von besonderem Interesse, denn mit dieser wird offensichtlich ein strafrechtlich zu schützender Bestand an Rechtsgütern der Gemeinschaft behauptet; freilich behauptet, ohne daß die Problematik des Rechtsgutsbegriffs angemessen thematisiert wird. Insofern ist es auch nicht verwunderlich, daß sowohl in der Rechtsprechung als auch in der (deutschen) Dogmatik häufig mit »großen Argumentationsmustern« etc. gearbeitet wird – verwiesen sei nur auf das der »supranationalen europäischen Rechtsgüter«<sup>150</sup> oder die Rede von einem »schutzwürdigen Gemeinschaftsinteresse«<sup>151</sup> –; was nicht zuletzt die Gefahr in sich birgt, daß die strafrechtlich relevanten Begriffe des Interesses bzw. des Rechtsguts, jedenfalls in diesem Kontext, noch weiter an Konturen verlieren, und zugleich der Assimilierung beliebiger Zwecke Tür und Tor geöffnet wird. Vor allem nährt dieses Vorgehen den Verdacht, daß das latent bestehende und nicht (auf-)gelöste *Begründungsdefizit* camouffliert werden soll; die Argumentationslogik selbst macht das nicht weniger zirkulär, zumindest soweit sie bestimmte (oder vermeintliche) Rechtsgüter (der Gemeinschaft) immer schon als *strafrechtlich* zu schützende behauptet, denn dies gerade gilt es ja wohl (erst) zu zeigen!<sup>152</sup>

Anzusetzen ist vielmehr auch in diesem Problemkontext an der bereits entwickelten *begrifflichen* Struktur von Recht eben als signifikanter Ausdruck normativ überformter und freiheitlich gelebter Anerkennungspraxen.<sup>153</sup> Gerade diese Perspektive macht deutlich, daß mit dem Strafrecht nur *ein* bestimmter (namentlich rechtlich-juristischer) Konfliktlösungstypus (nicht *das Recht* als Gesamtpraxis) und zugleich ein *subsidiärer* angesprochen ist (wenngleich das Recht in seiner Komplexität natürlich immer mitgedacht werden muß). Strafrechtliche Sanktionierung kommt dementsprechend – es kann hier nur wiederholt werden – allein insofern in Betracht, als durch die Tat die Allgemeingültigkeit des Rechtsverhältnisses und zwar grundlegend, also in freiheitserheblicher Weise beeinträchtigt wurde. – Trifft das zu, so können national und vermittelt des Strafrechts zu realisierende Schutzverpflichtungen der Mitgliedstaaten gegenüber die Gemeinschaft betreffenden Beeinträchtigungsformen nur dann bestehen, wenn die oben aufgeführten *typischen* Voraussetzungen vorliegen. – Deshalb behält auch die an anderer Stelle formulierte *begriffskonstitutive* Verschränkung von abstrakter und

149 In Rede stehen dabei vor allem die Warenverkehrsfreiheit, die Freizügigkeit des Arbeitnehmers und der Selbständigen, die Dienstleistungsfreiheit sowie die Kapitalverkehrsfreiheit; nationale Strafnormen dürfen nach der Rechtsprechung des EuGH diese Grundfreiheiten nicht beeinträchtigen; zu deren Auslegung siehe *Geiger*, Kommentar zum EUV/ EGV, 3. Auflage (2000), Art. 23 ff.

150 *Sieber*, FS-Geerds (1995), S. 113 ff.

151 *Satzger* (Fn. 3) S. 349, hier mit Bezug auf ein aktuelles Urteil des EuGH (EuGHE 1997, I-6959 – Rs. C-265/95 »Kommission ./ Französische Republik«).

152 Zur Diskussion der Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen europäische »Gemeinschaftsinteressen« Objekt der mitgliedstaatlichen Schutzverpflichtungen sein können oder sogar sein müssen vgl. nur *Otto*, Jura 2000, S. 98 (100); *Weigend*, ZStW 105 (1993), S. 774 (801) sowie *Satzger* (Fn. 3) S. 350 f.

153 Vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt II.1.

konkreter (Unrechts-)Begründungsebene hier – wenn auch modifiziert – ihre Gültigkeit,<sup>154</sup> mit der Konsequenz, daß auf der Ebene der Gemeinschaft zur Geltung gebrachte Freiheitsspielräume in den so gesteckten normativen Bewertungsrahmen einbezogen und auf diese Weise als (möglicherweise) strafrechtlich zu schützende bestimmt werden (können).<sup>155</sup> Wohlgemerkt: Es geht nicht um eine national *fixierte* (oder zentrierte) Erfassung zu schützender (Gemeinschafts-)Interessen, sondern um die Bestimmung von Rechtsgütern im Wege einer *begrifflich fundierten Analogie*, die dann eben auch die normative »Absicherung« der jeweiligen Restitutionsformen zu schaffen in der Lage ist.<sup>156</sup> – Im Rahmen der Analyse von Beeinträchtigungen der als »individuell« oder »hoheitlich«<sup>157</sup> titulierten Praxisformen ist also regelmäßig zu prüfen, ob damit zugleich eine (schuldhafte) *Negation* freiheitserheblicher Strukturen einhergeht. Bezogen auf die sogenannten »individuellen Rechtsgüter« liegt dies vor allem bei gesellschaftskonstitutiven Zuordnungsbeziehungen wie z.B. bei *Eigentums-* bzw. *Vermögenssphären* nahe, während ein strafrechtlicher Schutz von pragmatisch orientierten Partialpraxen, verwiesen sei hier nur auf das (Agrar-)Markt- und Subventionswesen der Gemeinschaft, doch eher zu verneinen sein wird, und das nicht nur wegen der zum Teil problematischen Binnenstrukturen,<sup>158</sup> sondern in erster Linie deshalb, weil hier – *anders* als bei den konkret zuordenbaren Eigentums- und Vermögenssphären – gerade keine die Allgemeingültigkeit des Rechts betreffenden »Güter« (Sphären), vielmehr »nur« auf diese bezogene Lenkungsmechanismen zur Disposition stehen.<sup>159</sup> Ähnliche Absichtungen wird man wohl auch in anderen, vor allem den bereits angesprochenen »hoheitlichen Bereichen«, man denke nur an den Schutz des (rechtlichen) Status bzw. des Bestands der Gemeinschaft einerseits und an den der (vollziehenden) Verwaltung andererseits, machen müssen.

Strafrechtsdogmatisch nicht zu unterschätzen ist natürlich der (Bewertungs-)Wandel, dem sämtliche rechtliche Zuordnungs- und Verantwortungsformen unterliegen oder zumindest unterliegen können,<sup>160</sup> Veränderungen in der Bedeutung für die *schon bestehende* Rechtsordnung der Gemeinschaft im allgemeinen wie für den einzelnen im besonderen sind insofern durchaus möglich und dementsprechend sowohl seitens des (Straf-)Gesetzgebers, der (Straf-)Rechtswissenschaft als auch und vor allem seitens der (Straf-)Rechtsanwendung *unbedingt* zu beachten.

c) Der ausdrückliche Verweis auf die (Straf-)Rechtsanwendung führt schließlich zum letzten hier zu untersuchenden Problemkreis: nämlich der (derzeitig möglichen) *Überfor-*

154 Vgl. hierzu schon die Darstellung unter II. 2. und 3.

155 Anders *Satzger* (Fn. 3) S. 350 f.

156 Das ist auch der Unterschied zu sonst üblichen und häufig nicht konsistenten »typologischen Vergleichen« (siehe auch Fn. 55).

157 Zu dieser Einteilung vgl. *Satzger* (Fn. 3) S. 349 f.

158 Dazu vor allem *Otto*, Jura 2000, S. 98 ff.

159 Was keineswegs bedeutet, im Text ist darauf ja eingegangen worden, daß die Gemeinschaft selbst oder die Mitgliedstaaten nicht andere Sanktionsformen wählen können, um bestimmten Mißständen begegnen oder auch originäre Zwecke verfolgen zu können.

160 Das folgt im Grunde schon aus der hier vertretenen These, wonach das Recht nur als normativ geformte *Lebens-* und (dementsprechend) in weiten Teilen positivierte Konfliktlösungsform begriffen werden kann.



mung der nationalen (Straf-)Prozeßstrukturen durch das europäische Gemeinschaftsrecht. – Fixiert wird die Problematik dabei weniger im »rechtstechnischen« Kontext, also in der Frage nach der angemessenen (»gemeinschaftskonformen«) *Auslegungsmethode* je nationaler Strafrechtsnormen,<sup>161</sup> als vielmehr in der – selbstverständlich auf den eben genannten Aspekt bezogenen – Frage, welche Wirkung und Bedeutung konkret verfahrensbezogene *Vorgaben* des Gemeinschaftsrechts, insonderheit die *Vorabentscheidungskompetenz* des EuGH gem. Art. 234 EGV<sup>162</sup> auf das *legimatorische* Potential des nationalen Strafrechts resp. der Strafrechtspflege hat oder (auch) haben sollte.<sup>163</sup>

Zweck dieses für Geltung des Gemeinschaftsrechts aber auch für die Angleichungs- und Harmonisierungsbemühungen zentralen prozessualen Instruments soll es vor allem sein, die korrekte Anwendung des erstgenannten in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten, wobei die Regelung ein *Nebeneinander* von nationaler und supranationaler Gerichtsbarkeit und gerade kein wie auch immer ausgestaltetes Subordinationsverhältnis intendiere.<sup>164</sup> – Für die nationale *Verfahrenspraxis* folgt daraus zunächst nichts neues; der nationale Richter bleibt Herr über die bei ihm anhängige Rechtssache und dementsprechend *allein* für die Entscheidung *zuständig*. Sobald jedoch bei *entscheidungsrelevanten* Fragen Probleme hinsichtlich der Auslegung bzw. Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts auftreten, hat der befähigte Richter nach Art. 234 EGV die Möglichkeit, gegebenenfalls (je nach Problemlage) auch die Pflicht, die Rechtssache resp. die dann *abstrakt* formulierten Fragen dem EuGH zur Prüfung vorzulegen. – Dieser äußert sich dementsprechend nicht zum konkreten Sachverhalt, sondern, ebenfalls abstrakt, zu den jeweils aufgeworfenen Fragen. Dem nationalen Richter kommt schließlich die Aufgabe zu, den konkreten Sachverhalt unter die vom EuGH in Anschlag gebrachten (Lösungs-)Kriterien zu subsumieren.<sup>165</sup> – Die *Wirkung* der Vorabentscheidung ist zwar in Art. 234 EGV nicht genannt; Rechtsprechung und Literatur gehen wohl aber davon aus, daß das vorlegende Gericht an die (abstrakt formulierten) Leitlinien der Entscheidung gebunden ist;<sup>166</sup> gleiches soll auch für *Nich-*

161 Den Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Auslegung deutscher Strafrechtsnormen analysiert, neben *Heise* (Fn. 5) S. 49 ff., *Satzger* sehr detailliert; (Fn. 3) S. 518 ff. und *passim*.

162 Nach der aktuellen Nummerierung; früher Art. 177 EGV. – Auch wenn das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV regelmäßig als »unselbständiges Zwischenverfahren« etc. bezeichnet wird, so kommt ihm gerade im Zusammenhang mit den europäischen Ausgleichs- und Angleichungsbemühungen große Bedeutung zu. Denn gerade in letzterem werden einerseits die strukturellen Gemeinsamkeiten aber eben auch die systembezogenen Differenzen besonders deutlich zu Tage gefördert. Vgl. nur *Dauses*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EGV, 2. Auflage (1995), S. 43 ff. und *passim*.

163 Zum Verhältnis von Vorabentscheidungsverfahren und nationalem Strafprozeß vgl. nur *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren (2000) sowie *Satzger* (Fn. 3) S. 658 ff. Hinsichtlich der allgemeinen Struktur des Vorabentscheidungsverfahrens sei nur auf die Monographien von *Dauses* (Fn. 162), *Wagner*, Funktion und praktische Auswirkungen der richterlichen Vorlagen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (2001) sowie die Kommentierung von *Geiger* zu Art. 234 EGV (Fn. 149) verwiesen.

164 *Satzger* (Fn. 3) S. 658.

165 Vgl. *Dauses* (Fn. 162) S. 145 ff.

*tigkeitserklärungen* seitens des EuGH gelten, gesprochen wird insoweit von einer »zumindest faktischen Wirkung erga omnes«. <sup>167</sup>

Nun darf die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EGV gerade auf dem Hintergrund der damit angestrebten Angleichung von *Interpretationsmustern*, jedenfalls hinsichtlich der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen, nicht unterschätzt werden, vor allem beim Schutz der vertraglich gesicherten Grundfreiheiten hat sich das Verfahren weitestgehend bewährt. <sup>168</sup> – So begrüßenswert dessen Anwendung auf die Bereiche vor allem der »ersten Säule« ist, so problematisch, d.h. diskussionswürdig scheint sie für die Materie der »dritten Säule« zu sein. Zwar wiegelt der EuGH (und mit ihm große Teile der Dogmatik) dementsprechende Bedenken regelmäßig ab, indem er darauf verweist, daß Art. 234 EGV eben nicht zwischen strafrechtlichen und sonstigen Verfahren differenziere und im übrigen die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht davon abhängen könne, in welchem Rechtsbereich sich dessen Einfluß zeige, <sup>169</sup> bei genauerem Hinsehen wird aber deutlich, daß dessen Argumente nur unter den bereits kritisierten Voraussetzungen, nämlich daß sich Recht und folglich auch die Gemeinschaftsordnung allein über die vertraglichen konstituierten Regelungen, mithin als in sich vollständig (noch dazu in vergleichbarer Weise) »auskonstruierter« Gegenstand begreifen ließen, verfangen. – Anders gewendet: Gerade weil das (nationale) Strafrecht, anders als sonstige rechtliche Partialpraxen und Konfliktlösungstypen, einerseits ausgesprochen kultur- bzw. lebensformgebunden, andererseits sehr »eingriffsintensiv« ist, muß dem auch qua *Entscheidungs-genese* Rechnung getragen werden. – Mit dem bestehenden in Art. 234 EGV fixierten Vorabentscheidungsverfahren ist dies eben – was nicht wirklich verwundert – nur bedingt realisierbar. Vor allem die (grundsätzlich nachvollziehbare) Abstraktheit mit der Gültigkeits-, Auslegungs- bzw. Anwendungsfragen diskutiert werden, zeigt die Schwierigkeit, die der Ausgleich zwischen nationalem Strafrecht und (supranationalem) Gemeinschaftsrecht sowohl für den rechtsanwendenden Richter als auch für den unmittelbar und durch das Strafverfahren konkret Betroffenen (Beschuldigten, Angeschuldigten, Angeklagten) mit sich bringt und auch mit sich bringen muß. Denn so wie der erkennende Richter nur begrenzt in der Lage sein wird, die den Vorabentscheidungen zugrunde liegenden und darin zur Geltung gebrachten gemeinschaftlichen *Makrostrukturen* zu überschauen und insbesondere auf den konkreten Fall zu übertragen, folglich eine *angemessene Schuldzurechnung* etc. realisieren zu können, wird umgekehrt der einzelne (ob nun in den konkreten Konflikt involviert oder nicht) immer schon – jedenfalls bezogen auf die angesprochenen Blankettverweisungen bzw. -strafbarkeiten – mit einer alles andere als transparenten, wohl eher *opaken* Regelungen- und Bewertungslogik konfrontiert, die im Zweifel regelmäßig zur Annahme

---

166 Ähnliches soll auch für später mit der gleichen Frage befaßte Gerichte gelten; im Zweifel muß das Gericht nochmals vorlegen, vgl. *Satzger* (Fn. 3) S. 664.

167 So *Dausen* (Fn. 162) S. 148 ff.

168 Zur Struktur und Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens im Rahmen *nichtstrafrechtlicher* Rechtsbereiche vgl. nur *Dausen* (Fn. 162) S. 24 ff. und *passim*.

169 So schon EuGHE 1972, 119 – Rs. 82/ 71 »SAIL«; im Schrifttum vgl. besonders *Jokisch* (Fn. 163) S. 176 sowie *Satzger* (Fn. 3) S. 660 f.

eines (unvermeidbaren) *Verbotsirrtums* (§ 17 deutsches StGB) führen muß. Selbstverständlich kann man diese Situation (»faktisch«) dahingehend zu rechtfertigen suchen, daß man auf die im System des Gemeinschaftsrechts angelegten Besonderheiten und dementsprechend auf Unterschiede zum nationalen Recht und vor allem auf Gegenläufigkeiten hinweist,<sup>170</sup> doch ändert dies nichts an der damit einhergehenden (normativen) Problematik: nämlich daß dem nationalen Strafrecht (und d.h. der nationalen Verantwortungszurechnung und dem Tatschuldausgleich resp. der Strafbe- und zurechnung) seine *Bestimmtheit* und folglich auch seine *Plausibilität*, unter Umständen sogar seine *Angemessenheit* im Einzelfall, verlustig zu gehen droht. – Letztlich erscheint es widersinnig und alles andere als mit dem Projekt der Europäisierung vereinbar, daß dieses (zunächst jedenfalls) mit einem »Mehr« an *Rechtsunsicherheit* korrespondieren soll.<sup>171</sup> – De lege lata wird man deshalb in der Tat eine in der Sache klarere, und das meint hier eine wesentlich deutlicher am (Konflikt-)Gegenstand orientierte Entscheidung»politik« des EuGH fordern müssen; konkret kann das nur bedeuten, daß der EuGH – soweit er dies nicht schon unternimmt – den nationalen Gerichten zumindest Auslegungshilfen bezüglich der zu bewertenden (gemeinschaftsrechtlichen) Makrostrukturen an die Hand zu geben hat.<sup>172</sup> Denn wenn Art. 234 EGV schon für alle Rechtsbereiche, d.h. auch für das (jedenfalls noch) intergouvernemental geregelte Strafrecht Geltung beanspruchen soll, so darf das eben nicht zu einer *Pauschalierung* bzw. einer *pauschalierten Anwendung* der Bewertung(sriterien) führen! De lege ferenda scheint schließlich eine Neufassung bzw. eine Modifikation des Art. 234 EGV und/ oder des Art 63 VerfO EuGH durchaus sinnvoll, jedenfalls soweit sie mit einer *Klarstellung* der »Vertragsauslegungsfunktion« (Art. 234 EGV) bzw. einer *formalisierten Verpflichtung* des EuGH zu einer dem jeweiligen Rechtsgebiet *angemessenen Urteilsbegründung* (Art. 63 VerfO EuGH) verbunden ist.<sup>173</sup>

Nicht zuletzt die Diskussion um die Bedeutung des *Unrechtsbewußtseins* im Kontext der »Europäisierung des Strafrechts« und auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene sowie dessen Bewertung qua formalisierter Irrtumskategorien<sup>174</sup> zeigt aber auch, daß sich sogenannte Gegenläufigkeiten zwischen nationalen und supranationalen Rechts-

170 So *Satzger* (Fn. 3) S. 665.

171 Zu dem hier nicht vertieften Problem der durch die Vorabentscheidung (zumindest möglichen) Verfahrensverzögerung vgl. nur *Ambos/ Ruegenberg*, NSTZ-RR 2000, S. 196 sowie *Satzger* (Fn. 3) S. 667.

172 Ähnlich wohl auch *Satzger* (Fn. 3) S. 666. – Daß dies im Hinblick auf den Entscheidungsspielraum der je nationalen Strafrechtspflege nun keineswegs die optimale Lösung darstellt, schließlich wird dann in einer durchaus extensiven Form die Bewertungs»hoheit« der nationalen Rechtspflege überformt, ist allerdings auch klar; inwiefern dieses Dilemma überhaupt sinnvoll auflösbar ist, bleibt fraglich.

173 Allerdings scheint der Verfassungsentwurf diesbezüglich keine Modifikationen vorzusehen (vgl. Art. III-263 i.V.m. Art. III-274.).

174 Vgl. einerseits *NK-Neumann* (2. Lfg. (31.1.1995)), § 17 Rn. 90 ff., andererseits *Satzger* (Fn. 3) S. 643 ff. und passim dort auch m.w.N. Zum Vorschlag einer europarechtlichen (supranationalen) Irrtumsregelung siehe nur Art. 11 Abs. 2 des *Corpus* inklusive der aufgeführten Begründung. – Zur Bedeutung des Verbotsirrtums im modernen, vielfältigen Einflüssen ausgesetzten Staatswesen, insbesondere im Kontext gegenwärtiger Gesetzgebung etc. vgl. *Naucke*, FS-Roxin, S. 503 ff.

und Konfliktlösungsformen gerade nicht »zwangsläufig« durch die vertragliche (positivrechtliche) Fixierung bestimmter (Überprüfungs-) Kompetenzen angleichen oder gar harmonisieren lassen.<sup>175</sup>

#### IV. Fazit

Solange von einer den nationalen Mitgliedstaaten gleichwertigen (oder auch nur ähnlichen) Verfaßtheit der Gemeinschaft und folglich von einem »europäischen Straf(verfahrens)recht« nicht gesprochen werden kann, solange liegt die Bürde der gerechten (Letzt-)Entscheidung, egal ob es sich dabei um Kernstrafrecht oder sogenanntes Nebenstrafrecht handelt, bei den Mitgliedstaaten resp. den nationalen Instanzgerichten. Das erfordert einerseits verantwortliches gesetzgeberisches Handeln sowohl auf der Seite der Mitgliedstaaten als auch auf der Seite der gemeinschaftlichen Organe,<sup>176</sup> dementsprechend das Beachten bzw. Einhalten von Limitationen strafrechtlicher Regelungs- resp. Sanktionierungsmöglichkeiten und verlangt andererseits die konstruktive Einbeziehung der nationalen Judikative als eigenständige, gleichsam Strafrecht verwirklichende Institution in das Projekt der Europäisierung, zugleich und nicht weniger aber auch die Anerkennung der einzelnen Rechtsperson, nicht zuletzt des Beschuldigten als sich selbstbestimmendes, gesellschaftliche, nationale, auch gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, grundsätzlich mitgarantierendes Prozeßsubjekt.<sup>177</sup>

Die Spannung zwischen nationalen und supranationalen Rechts- und Konfliktlösungsformen ist also keineswegs eliminiert (aufgehoben), das (notwendige) legitimatorische Potential des nationalen Strafverfahrens, verstanden als Ausdruck je staatlichen und d.h. personale Freiheitssphären sichernden bzw. restituierenden »Machtanspruchs«, aber gleichwohl aufgewiesen und die gegenwärtigen Grenzen seiner »Antastbarkeit« zur Geltung gebracht worden;<sup>178</sup> zur Geltung gebracht damit aber auch, daß es vornehmlich auf die begriffliche Bestimmung der jeweiligen Konfliktlösungstypen ankommt und daß ein wie auch immer konzipiertes Projekt der Europäisierung (mitgliedstaatlichen Strafrechts) dieser Aufgabe nicht enthoben ist.

175 Der Entwurf für einen »Vertrag über eine Verfassung für Europa« versucht hier ja zumindest in bestimmten Bereichen Abhilfe zu schaffen (vgl. nur die Regelungen über die »Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen«, dort insbes. die Art. I-13 Abs. 2, I-32 Abs. 1 sowie I-41 i.V.m. Art. III-171 und III-172).

176 Zur Problematik der Blankettstrafnormen vgl. die vorangegangenen Ausführungen.

177 Dazu nochmals *Kahlo*, KritV 1997, S. 183 (193 ff.).

178 Die prozessualen Problemfelder sind damit natürlich alles andere als erschöpft behandelt; darauf kam es vorliegend aber auch nicht an, wichtiger war es vielmehr, gerade für diesen Bereich die (straf-)begrifflich notwendige Verschränkung von Legitimität und Legalität aufzuweisen und zu betonen. Zu weiteren verfahrensrechtlich höchst virulenten Aspekten, insbesondere der Frage, welche Bedeutung resp. »europäische Dimension« (*Satzger*) dem »*ne bis in idem*«-Grundsatz zukommt bzw. unter welchen Voraussetzungen ein *transnational* geltender *Strafklageverbrauch* anzunehmen ist, siehe *Heitzer* (Fn. 3) S. 167; *Radke/Busch*, NStZ 2003, S. 281 ff.; *Satzger* (Fn. 3) 685 ff.; auch die Rechtsprechung hat sich mehrmals und in letzter Zeit zu dieser Problematik positioniert vgl. vor allem BGH NStZ 1998, S. 147 ff.; BGH StV 1999, S. 478 sowie BGH NStZ 2001, S. 557.