

AUSGABE 3/2012

S. 46 - 83

7. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Feindstrafrecht als regulative Idee

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Stefan Schick, Regensburg

46

Der Begriff der Ehe in § 237 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Jens Bülte, Wiss. Hilfskraft
Raymond Becker, Heidelberg

61

Kartellgeldbußen des Rechtsnachfolgers im Lichte des Analogieverbots

**Zugleich Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB
55/10 (Versicherungsfusion) und BGH, Beschl. v. 10.8.2011 –
KRB 2/10 (Transportbeton)**

Von Dr. Christian Heinichen, München

68

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

**OLG Koblenz, Beschl. v. 20.1.2012 – 1 SsRs 4/12;
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2012 – III-3 AR 6/11
(Zur Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen
Geldsanktionen, insbesondere zur Auslegung des § 87f
Abs. 2 S. 2 IRG und des § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG)**

(Abteilungspräsident im Bundesamt für Justiz Dr. Christian
Johnson, Bonn)

77

TAGUNGSBERICHTE

Internationales Strafrecht

**Tagungsbericht: Internationale Projekttagung 2011
„Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender
organisierter Kriminalität – ein Rechtsvergleich zum
Internationalen Strafrecht“**

Von Staatsanwältin Diana Dittrich, Chemnitz

81

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus
Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Feindstrafrecht als regulative Idee

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Stefan Schick, Regensburg

Der Artikel untersucht Günther Jakobs' umstrittenen Begriff des Feindstrafrechts und versucht ihn in positiver Weise nicht als eine konstitutive, sondern als eine regulative Idee zu deuten. Zu diesem Zwecke wird der Begriff zunächst in seiner deskriptiven Funktion als Mittel zur Beschreibung einer rechtlichen Wirklichkeit untersucht. Anschließend wird die Kritik an diesem Begriff in seinem normativen Verständnis analysiert. Zuletzt wird die hier vorgeschlagene Deutung des Konzepts als regulative Idee gegen andere mögliche und mehr oder weniger konsistente Alternativen abgewogen.

This paper investigates Günther Jakobs' highly controversial concept of „Feindstrafrecht“ (enemy criminal law). It tries to interpret it in a positive manner not as a constitutive, but rather as a regulative idea. For that purpose, in a first step, it investigates this very concept in its descriptive function as a means to characterize a juridical reality. Subsequently, it analyzes the criticism of this notion in its normative understanding. In a final step, it trades off the Interpretation of „Feindstrafrecht“ as a regulative idea which is suggested in this paper against other possible and more or less consistent alternatives.

Um deutlich zu machen, dass die Bedeutung von Worten oder logisch-mathematischen Zeichen sich durch die Regeln ihrer Verwendung konstituiert, wählt Wittgenstein einmal folgenden Vergleich: Wer behauptet, selbige seien an sich selbst bedeutungstragend, gleiche einem Schachspieler, der beim Aufbau der Schachfiguren seine eigene besonders scheußlich angemalte Dame mit den Worten aufstellt, diese sehe so grässlich und schreckenerregend aus, dass sie jede gegnerische Figur vom Brett vertreiben würde. Mit dem Feindstrafrecht hat Günther Jakobs 1985 einen Begriff in die Strafrechtstheorie eingeführt, von dem seine Gegner seit einiger Zeit eben dies behaupten: Er sei so schrecklich, dass er in seiner Konsequenz alle rechtsstaatlichen Errungenschaften seit der Aufklärung vertreiben würde. Ob der Begriff wirklich diese „diabolische Potenz“¹ besitzt oder seine Kritiker mit den gleichen Figuren nicht einfach ein anderes Spiel bzw. dasselbe Spiel nur mit anderen Figuren spielen, soll in den folgenden Ausführungen ganz im Sinne Wittgensteins dadurch festgestellt werden, dass der Blick von den attributiven Selbstcharakterisierungen hin auf die Operationen mit dem in Frage stehenden Begriff des Feindstrafrechts gelenkt wird.

* Ich danke Herrn Dipl.-Jur. Péter Csingár für seine Anregung zu diesem Artikel und seine wertvollen Hinweise.

¹ Prantl, Vom rechten Gebrauch der Freiheit, Die diabolische Potenz der Angst Sicherheit durch Krieg und Folter? (<http://www.erich-fromm.de/data/pdf/Prantl,%20H.,%202006.pdf> [28.2.2012]), S. 8.

I. Feindstrafrecht als Wirklichkeit

1. Deskription

In seiner Untersuchung über Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung diagnostiziert Jakobs eine Tendenz zur Erosion des bürgerlich-liberalen Strafrechts.² Diese weitgehend von Zustimmung begleitete Analyse begründet er anhand von vier Symptomen:

a) Der Übergang von einem bürgerlichen am Schuldprinzip ausgerichteten Strafrecht hin zu einer Bekämpfungsgesetzgebung zeigt sich bereits an der Bezeichnung bestimmter Gesetze als „Bekämpfungsgesetze“ – wie dem Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (BGBl. I 1986, S. 2566), dem Terrorismusbekämpfungsgesetz v. 9.1.2002, dem Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (BGBl. I 1998, S. 160), dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (BGBl. I 1992, S. 1302), dem Eurojust-Gesetz zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (BGBl. I 2004, S. 902) oder dem Ersten und Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (BGBl. I 1976, S. 2034 und BGBl. I 1986, S. 721). Die Zielsetzungen „Kampf“ und „Bekämpfung“, die damit „in fundamentalen internationalen Gesetzestexten“ „die Eigenschaft regelrechter Rechtsbegriffe angenommen“ haben,³ machen deutlich, dass mit der Bestrafung der Terroristen oder (organisierten) Kriminellen als Mittel ein eigentlich polizeilicher Zweck verfolgt wird: nämlich die Herstellung von Sicherheit.⁴

b) Diese gesetzgeberische Nomenklatur könnte man noch als bloße unbedachte Rhetorik abtun, die nur eine gewisse legislatorische Hemdsärmeligkeit beweisen soll.⁵ Doch hier belehrt uns nach Jakobs das materielle Strafrecht eines Besseren: Die Besonderheit dieser Regelungen zur Bekämpfung der Kriminalität besteht darin, dass in ihnen das Tatprinzip verlassen wird, um entweder – wie im Fall der Sicherungsverwahrung – nach Vollziehung der Strafe einen Täter zum Zwecke der Sicherung den Delinquenten „fremdzuverwalten“⁶ oder infolge von Vorfeldkriminalisierungen – also

² Vgl. Jakobs, ZStW 97 (1985), 751. Zur Literatur zum Feindstrafrecht vgl. Greco, Feindstrafrecht, 2010, S. 31-47.

³ Domini, in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009, S. 279 (S. 284) – Hervorhebungen im Original.

⁴ Vgl. Jakobs, ZStW 117 (2005), 839. Zur Verpolizeilichung des Strafrechts vgl. auch: Jakobs, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrechtstheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, S. 167 (S. 172-175).

⁵ Hassemer, HRRS 2006, 130 (132): „Die derzeit gängige Rhetorik des Strafgesetzgebers, die auch bei scheinbar randständigen Gesetzen nicht auf die militante Überschrift ‚Bekämpfung‘ verzichten mag und die auch im Strafprozessrecht trotz der Unschuldsvermutung ungeniert von Tätern spricht, sind dafür nur eine Grundierung. Es ist Schluss mit bedachter und vorsichtiger Nomenklatur, jetzt wird geholt.“

⁶ Vgl. Jakobs, HRRS 2006, 289 (293).

insbesondere Kriminalisierungen im Privatbereich vollzogener materieller Vorbereitungen, wie der Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a, 129b StGB) – schon vor der Straftat zum Zwecke der Sicherung zu strafen. Hier ist aber das eigentlich strafbare Verhalten noch überhaupt nicht bestätigt, nicht einmal durch unmittelbaren Versuch, sondern eben erst geplant. Im Gegensatz dazu werden Alleintäter erst strafbar, wenn sie unmittelbar zur Tatverwirklichung ansetzen (§§ 22, 212 StGB). Der Staat bleibt durch diese Behandlung der ihm unterworfenen Subjekte nicht mehr auf der Ebene bürgerlichen Strafrechts, das gerade der Sicherung der Freiheit der Bürger diene, sondern konstituiert ein neues Recht, das nicht die Freiheitssphäre, sondern nur den Rechtsgüterschutz optimieren soll.⁷

c) Außerdem zeigt sich die Erosion des Strafrechts im Abbau prozessualer Garantien: Dies beginnt bereits bei der nach § 81a StPO erlaubten zwangsweisen Entnahme von Blutproben und anderen körperlichen Eingriffen, die mit § 136a StPO und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG konkurrieren,⁸ geht weiter mit der erlaubten Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO, geheimen Ermittlungen (§ 100c StPO), dem Einsatz verdeckter Ermittlungen (§ 110 StPO) und endet etwa bei der Kontaktsperre für bestimmte Untersuchungshäftlinge nach § 31 EGGVG.⁹ Schon die Untersuchungshaft selbst dient mitunter einzig dem Rechtsgüterschutz.¹⁰ Seit dem 11.9.2001 ließe sich dies noch ergänzen durch die Verbrechenverfolgung durch Krieg.¹¹ All diese Maßnahmen würden zwar „nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: Der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf.“¹²

d) Nun könnte man einwenden, dass es sich bei diesen Handlungen entweder um abstrakte Gefährdungsdelikte oder um Klimaschutzdelikte bzw. Verletzungen vorgelagerter Rechtsgüter handle. Im ersten Fall verhielte sich die Grün-

dung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung oder die gemeinschaftliche Planung eines Verbrechens analog zum Fahren unter Alkoholeinfluss oder der privaten Lagerung waffenfähigen Plutoniums. Hier bewertet der Gesetzgeber allerdings die Handlung als objektiv so gefährlich, dass unabhängig vom weiteren Willen des Täters die Handlung Rechtsgüter gefährdet. Die Gesinnung des Handelnden spielt dabei keine Rolle, vielmehr abstrahiert der Gesetzgeber gerade von individuellen und internen Unterschieden. Bei den beschriebenen Handlungen verhält es sich hingegen umgekehrt, wie insbesondere das Gesetz zur Bestrafung von Aufenthalt in Terrorcamps zeigt: Da das Erlernen bestimmter Fertigkeiten an sich selbst noch nicht gefährlich ist, stellt der Gesetzgeber in § 89a StGB die Gesinnung unter Strafe.

Es bleibt also die Möglichkeit, diese Handlungen als Verletzung vorgelagerter Rechtsgüter zu bestrafen. So geht von der bekannt gewordenen Existenz einer terroristischen Vereinigung für die Gesellschaft ja tatsächlich „eine diffuse Bedrohung, eine latent verunsichernde Wirkung“¹³ aus. Im Rahmen des bürgerlichen Strafrechts lässt sich also argumentieren, dass das Rechtsgut des öffentlichen Friedens, der öffentlichen Ordnung bzw. des Rechtsfriedens verletzt wird. Als Störungen dieser Rechtsgüter werden u.a. Bedrohungen (§ 241 StGB), die Androhung von Straftaten (§ 126 Abs. 1 StGB) oder das Aufstacheln zum Rassenhass (§§ 130, 131 StGB) bestraft. Allerdings könnte nur eine „der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe“¹⁴ der Verbrechensvorbereitung zeigen, dass die Bestrafung nicht auf die Gefährlichkeit des Verbrechens zweckt, sondern den erfolgten Angriff auf die öffentliche Sicherheit bestraft.¹⁵ Sowohl die mit der Limitierungsfunktion des Schuldprinzips unvereinbare Höhe der Strafe v.a. bei der Bildung einer terroristischen Vereinigung nach §§ 129a, 129b StGB (der Strafraum entspricht immerhin dem der schweren Körperverletzung!¹⁶), als auch die damit verbundene Einschränkung prozessualer Garantien¹⁷ zeigen aber im Gegenteil, dass hier nicht die Verletzung der öffentlichen Sicherheit bestraft, sondern einerseits abgeschreckt und andererseits v.a. eine Gefahr beseitigt werden soll.

⁷ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (756): „Eine solche Diminution des Subjekts gehört zu einem Strafrecht eigener Art, das vom bürgerlichen Strafrecht deutlich unterschieden ist: Das Feindstrafrecht optimiert Rechtsgüterschutz, das bürgerliche Strafrecht optimiert Freiheitssphären.“

⁸ Vgl. *Arnold*, HRRS 2006, 303 (309).

⁹ „Besteht eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person, begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass die Gefahr von einer terroristischen Vereinigung ausgeht, und ist es zur Abwehr dieser Gefahr geboten, jedwede Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger zu unterbrechen, so kann eine entsprechende Feststellung getroffen werden.“

¹⁰ So etwa auch *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (133): „Den Haftgrund der Wiederholungsgefahr in § 112a StPO braucht man nicht lange und kompliziert auszulegen; er trägt das Kainszeichen auf der Stirn: Er verfolgt das materiellrechtliche Ziel der Straftatenverhütung, nicht das prozessrechtliche Ziel der Verfahrenssicherung.“

¹¹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (93).

¹² *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (296).

¹³ *Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus, 2008, S. 29.

¹⁴ *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47 (S. 51).

¹⁵ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (94); *ders.*, ZStW 117 (2005), 839 (840).

¹⁶ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 30 f.: § 129b StGB erhebt zudem in der Konsequenz den „öffentlichen Frieden ‚auf der ganzen Welt‘ zum Schutzgut“.

¹⁷ § 129a StGB erlaubt trotz mäßigem Unrechtsgehalts der inkriminierten Verhaltensweise massive Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte bis hin zu Untersuchungshaft ohne Haftgrund (§ 112 Abs. 3 StPO) und Kontaktsperre während der Untersuchungshaft (§§ 31 ff. EGGVG), vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 33.

2. Interpretation

Die beschriebenen Regelungen zeigen nach *Jakobs* den „Übergang von einem Normgeltung erhaltenden Strafrecht, üblicherweise Schuldstrafrecht genannt, zu einem Strafrecht als Maßnahmenrecht bei drohenden Gefahren“¹⁸, in dem das Schuld- und Tatprinzip preisgegeben wird, um Gefährdungen zu bekämpfen.¹⁹ Eben damit hört es aber auf, Strafrecht im eigentlichen Sinne des Wortes zu sein.²⁰ Mehr noch: Solch ein Recht betrachtet das ihm unterworfenen Subjekt nicht als Bürger, sondern als potentiellen oder aktuellen Feind schützenswerter Rechtsgüter.

Als Bürger ist der Einzelne nach *Jakobs* nämlich gerade durch sein „Recht auf eine von Kontrolle freie“²¹ „interne bürgerliche Sphäre“²² bestimmt. Der Bürger ist überhaupt nur Bürger, solange er eine vor staatlichem Zugriff geschützte Privatsphäre besitzt. Wenn ihm diese genommen wird, indem seine Interna inkriminierbarer Gegenstand des Strafrechts werden, ist er als Bürger nicht mehr vorhanden. Diese Interna umfassen nicht wie bei *Hobbes* nur die Gedanken, sondern neben Kleidung, Wohnung und Eigentum auch sämtliche einvernehmliche soziale Kontakte. Der Satz *cogitationis poenam nemo patitur* ist also nur ein Spezialfall des bürgerlichen Rechts auf Privatsphäre und umfasst auch die Lebensführung, solange sie nicht über einvernehmliche Akte mit anderen Personen hinausgeht. Die externe Sphäre beginnt erst bei nicht-einvernehmlichen sozialen Kontakten. In diesem Sinne ist also auch die delikt vorbereitende soziale Beziehung noch ein privates Internum.

Für ein bürgerliches Strafrecht muss daraus folgen, dass es nur externe Handlungen und nicht Interna zu bestrafen hat. Der Staat darf kein Verhalten bestrafen, das nur deshalb auffällt, weil er die Interna kennt. Der Bürger darf nur dann Täter werden, wenn er sich störend verhält. „Die Frage nach den Interna ist nur zur Interpretation sowieso schon störender Externa erlaubt.“²³ Sonst zielt die Bestrafung mit an sich nicht auffälligen Handlungen eigentlich auf die Interna des Bürgers, die als Interpretamente diese unauffälligen Handlungen erst zu auffälligen machen. Wie die inneren Gedanken des Handelnden müssen also auch die delikt vorbereitenden Verabredungen im Privatbereich straffrei bleiben. Denn das Wissen um die Vorbereitung eines Verbrechens durch Verabredung ist an sich nicht weniger störend als dasjenige um die Planung eines Verbrechens im Kopf eines Alleintäters.²⁴

¹⁸ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295).

¹⁹ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 26.

²⁰ So auch *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (136): „Im Strafrecht abstrakter Gefährdungen verschwindet das Unrecht, um das es dem Strafrecht doch geht, verschwimmt die Schuld, das Dafür-Können der handelnden Person, auf die das Strafrecht doch antwortet.“

²¹ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

²² *Jakobs*, ZStW 97(1985), 751 (755).

²³ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (761) – *Hervorhebung* im Original.

²⁴ Vgl. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (765). Das Gegenargument, der Zusammenschluss berge die „Gefahr einer Eigendynamik“, die durch den Täter nicht mehr kontrollierbar sei,

Vorverlagerungen von Straftaten kriminalisieren nun aber nicht ein externes störendes, sondern ein äußerlich völlig problemloses Verhalten, das durch Interpretation der Interna der handelnden Personen zur Gefahr für ein Rechtsgut erklärt wird. Wenn also im materiellen Strafrecht in § 30 StGB beim Beteiligungsversuch auch die unter Bedingungen der Privatheit vorgenommenen Verabredungen als Straftat definiert werden oder die §§ 129a, 129b StGB die Vereinigungsbildung unter Strafe stellen,²⁵ wird der Bürger nicht mehr als Bürger, sondern als Feind behandelt, da den betroffenen Bürgern ihr Internbereich genommen wird, ohne dass es extern schon zu einem störenden Verhalten gekommen wäre.²⁶ *Jakobs* bezeichnet solche Regelungen, die nicht der Sicherung der Freiheitssphäre des Bürgers, sondern dem Zwecke der Sicherung bestimmter Rechtsgüter vor der Gefahr möglicher künftiger Schäden dienen, deshalb als „feindstrafrechtliche“²⁷.

3. Analyse

Eine theoretische Grundlage für die Konfusion bürgerlichen Strafrechts mit Feindstrafrecht bilden nach *Jakobs* sowohl Rechtsgutslehre als auch Vertragstheorie:

a) Die Rechtsgutslehre versteht das Strafrecht vornehmlich als Instrument zum Schutz von Rechtsgütern²⁸ und Strafe dementsprechend als Sanktionierung einer Rechtsgutverletzung. Damit intendiert sie eigentlich die Limitierung des materiellen Strafrechts mit der Begrenzung des Strafmaßes:²⁹ Das Rechtsgutdogma soll dem Gesetzgeber strenge Schranken dafür setzen, was er überhaupt bestrafen darf. Insbesondere die Pönalisierung bloßer Verstöße gegen Tabus, Sittlichkeit und Moral ist demnach nicht zulässig.³⁰ Diese Inten-

vgl. *Jäger*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 71 (S. 82), scheint solange nicht überzeugend, wie es sich bei allen Tatbeteiligten um schuldfähige Personen handelt.

²⁵ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 26.

²⁶ Im formellen Strafrecht widerspricht etwa der Lauschangriff eindeutig dem Begriff des Bürgers, vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (296.)

²⁷ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295).

²⁸ Als Rechtsgut definiert *Roxin* „für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems“ notwendige „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen“, vgl. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2.

²⁹ So ist für *Franz von Liszt*, der die „Strafe als Rechtsgüterschutz“ auffasste, gegen *Hegel* und *Kant* „die Herrschaft des Zweckgedankens der sicherte Schutz der individuellen Freiheit gegen jene grausamen Strafarten früherer Zeiten“, vgl. v. *Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Bd. 1, 1970, S. 126 (S. 161). Vgl. dazu auch *Schünemann*, in: *Vormbaum* (Fn. 3), S. 11.

³⁰ Im Rahmen der Reform des Sexualstrafrechts wurden so die „Sittlichkeitsdelikte“ aus dem StGB gestrichen, die nicht

tion verkehrt sich nach *Jakobs* allerdings in ihr Gegenteil: Denn zum Zwecke des Schutzes der Rechtsgüter expandiert das Strafrecht „ins Uferlose“³¹: Was sich als Gefahr für ein Rechtsgut bezeichnen lässt, wird kriminalisiert. Die potentielle Schädigung eines Rechtsguts begründet die Vorverlagerung der Vollendung und damit Vorfeldkriminalisierungen, „wobei sich der Beginn der Gefahr potentiell grenzenlos vorverlagern läßt“³². Der Täter ist „nur Gefahrenquelle, mit anderen Worten, Feind des Rechtsguts“³³. Unter dem Namen bürgerlichen Strafrechts droht die Rechtsgutslehre in ihrer Konsequenz also jeden Straftäter als Rechtsgutsfeind zu behandeln und so Feindstrafrecht im Mantel bürgerlichen Rechts zu werden. Die Rechtsgutstheoretiker bezeichnen also zwar alle Straftäter als Bürger, tun dies aber nur noch nominell, da sie auf Grund der fehlenden Unterscheidung zwischen Bürger und Feind Regelungen aus unterschiedlichen Sphären konfundieren.

b) Die Vertragstheorie insbesondere *Rousseaus* und *Fichtes* hat hingegen die Tendenz, jeden Verbrecher zum Feind zu erklären: Das Verbrechen bedeutet Aufkündigung des Gesellschaftsvertrages. *Rousseau* und *Fichte* erklären deshalb jeden Straftäter zum Feind und sprechen ihm seinen Status als Bürger ab. Da der Straftäter den zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft geschlossenen Vertrag im Verbrechen für nichtig erklärt, darf er auch nicht mehr von dessen Vorzügen profitieren und kann mit den anderen nicht mehr im Rechtsverhältnis leben. So erklärt *Rousseau* denjenigen, der das gesellschaftliche Recht angegriffen hat, zum ennemi.³⁴ Für *Fichte* ist die Hinrichtung des Verbrechers deshalb nicht Strafe, sondern Sicherungsmittel.

c) Im Anschluss an *Hobbes'* Unterscheidung zwischen dem Feind in Person des Rebellen und dem bürgerlichen Straftäter und *Kant*, der dem normalen Straftäter seinen personalen Status belässt und nur den prinzipiellen Abweichler zum Feind erklärt,³⁵ argumentiert *Jakobs*, dass der Verbre-

cher weiterhin als Träger von Rechten und Pflichten im Recht bleiben muss. Der Delinquent hat zugleich das Recht und die Pflicht, sich durch Wiedergutmachung mit der Gesellschaft erneut zu versöhnen. Gegen die „Definition des Täters als Rechtsgutfeind“ setzt *Jakobs* deshalb die „Definition des Täters als Bürger“.³⁶

Bürgerliches Strafrecht dient nicht einer Gefahrenbekämpfung, sondern dem Erhalt der Normgeltung,³⁷ an der die Bürger sich orientieren sollen. Die Straftat ist keine Güterverletzung, sondern „Verletzung der Rechtlichkeit“³⁸. Die Straftat eines Bürgers bedeutet etwas, nämlich die „Desavouierung der Norm, einen Angriff auf ihre Geltung“³⁹. Das Verbrechen löst dabei die Normierungen der Gesellschaft aber nicht auf, sondern irritiert selbige nur.⁴⁰ Die Strafe behauptet die Unmaßgeblichkeit der in der normwidrigen Tat sich ausdrückenden Behauptung und stellt die unveränderte weitere Geltung der Norm fest, indem sie die Handlungsmaxime des Delinquenten für unmaßgeblich erklärt.⁴¹ Die gesellschaftliche Geltung der Norm wird durch den Verbrecher nicht annulliert, sofern dieser Norm in der Bestrafung des Täters Geltung verschafft wird. Ihre Wirklichkeit wird im strafrechtlichen Widerspruch „kontrafaktisch durchgehalten“⁴², und kann so sowohl für den (potentiellen) Täter als auch für das (potentielle) Opfer ihre orientierungsleitende Funktion behalten.⁴³ Tat und Strafe sind also „Mittel symbolischer Interaktion“⁴⁴, sie bedeuten etwas. Strafe im Sinne von *Jakobs* ist deshalb Moment eines kommunikativen Prozesses. Als Widerspruch gegen die Normverletzung und damit kontrafaktische Normbestätigung bedeutet sie die „Marginalisierung der Tat in ihrer normverletzenden Bedeutung“⁴⁵. Insofern seiner Tat wi-

„um das seinige zu behaupten“. Die Interpretation von *Jakobs* scheint insofern zwar strapaziert (da es bei *Kant* ja doch eher um das Verhältnis von Staaten zueinander geht und nicht von Staat zu Individuum), aber nicht grundsätzlich falsch.

³⁶ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³⁷ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (90): „Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht [...] bekämpft Gefahren“. Dagegen *Schünemann* (Fn. 29), S. 17: Das Strafrecht diene nicht der Erhaltung der Normgeltung, sondern die Norm ist eigentlich nur Mittel für das Ziel der Rechtsguterhaltung.

³⁸ Vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 49. Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 97 = *ders.*, in: Moldenhauer (Hrsg.), Werke, Bd. 7, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1970, S. 185: „Verletzung des Rechts als Recht“.

³⁹ *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

⁴⁰ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91).

⁴¹ Mit *Hegel* gesprochen: Die Strafe ist Negation der Negation des Rechts und zeigt die Gültigkeit des Rechts, vgl. *Hegel* (Fn. 38 – Grundlinien), § 97 = *ders.* (Fn. 38 – Werke 7), S. 185 f.

⁴² *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (291).

⁴³ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (844): Das „Strafrecht stellt auf der kommunikativen Ebene die gestörte Normgeltung schlechthin immer wieder her.“

⁴⁴ *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

⁴⁵ *Jakobs* (Fn. 14), S. 49.

gegen die sexuelle Selbstbestimmung verstoßen (mit Ausnahme freilich des Inzestverbots).

³¹ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³² *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³³ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

³⁴ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (89).

³⁵ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293); *ders.*, HRRS 2004, 88 (90). Dass bei *Kant* der prinzipielle Abweichler (derjenige, der sich nicht aus dem Naturzustand in den staatlichen Zustand begeben will) zum Feind wird, leitet *Jakobs* vornehmlich aus einer Anmerkung aus „Zum ewigen Frieden“ ab (*Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften [Hrsg.], *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 8, S. 349). Der unbelehrbare Delinquent und Terrorist, da er eine oder mehrere fundamentale Normen in seinem Verhalten nicht anerkennt, tritt nach *Jakobs* wieder in den dort beschriebenen Naturzustand zurück. Dieser Zustand ist für *Kant* ein Zustand der Feindschaft, wobei er in seiner „Metaphysik der Sitten“ (*Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften [Hrsg.], *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 6, S. 349 f.) ausführt, der Feind sei immer „ungerechter Feind“, so dass man sich „aller zulässigen Mittel“ bedienen dürfe,

dersprochen wird, wird der Delinquent als Person anerkannt. „Der Verbrecher bleibt Person im Recht.“⁴⁶

Diese Bedingungen bürgerlicher Rechtlichkeit zeigen allerdings zugleich ihre Grenzen auf.⁴⁷ Denn Strafe bedeutet ja nicht nur, sondern bewirkt zugleich etwas Psychisches, nämlich Abschreckung (negative Generalprävention), und etwas Physisches, nämlich Sicherung (negative Spezialprävention). Diese Wirkung erzielt sie durch Zwang. Dieser Zwang depersonalisiert den Delinquenten.⁴⁸ Zweckt Strafe vornehmlich auf diese Wirkungen, so ist darin der Delinquent nicht als Person anerkannt. Schon *Hegel* wandte bekanntlich gegen das negativ präventive Strafrecht ein, man begegne darin dem Menschen nicht als einer Person, an die man normative Ansprüche stellen und deren Anerkennung aus Einsicht erwarten kann, sondern wie einem Hund, gegen den man den Stock hebt,⁴⁹ und in der Sicherungsverwahrung (§§ 66, 66a, 66b StGB) behandelt man den Delinquenten mit „Han[g] zu erheblichen Straftaten“ (§ 66 Abs. 1 S. 4 StGB) offensichtlich eher wie eine Gefahr oder wie einen Feind, vor dem man sich schützen muss.

d) Bis zu diesem Punkt – von den philosophischen Begleiterscheinungen abgesehen – erfährt *Jakobs* weitgehende Zustimmung. Problematisch ist nun, dass er es unter bestimmten Umständen für notwendig hält, Staatssubjekte wie Feinde zu behandeln, nämlich denjenigen, der sich offensichtlich überhaupt oder partiell nicht in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand begeben will und dadurch die Normgeltung des Staates permanent bedroht. Normen müssen wirklich befolgt werden und nicht nur theoretisch gelten, damit sich Mitglieder der Gesellschaft an ihr orientieren können.⁵⁰ Wird die Erwartung in die Normgeltung zu oft getäuscht, so leistet sie keine Orientierung mehr für die Bürger. Die Rechtsordnung muss deshalb zumindest im Regelfall durchgesetzt sein. Wie die Normgeltung, so bedarf auch die Normtreue des Delinquenten einer gewissen kognitiven Mindestbestätigung,⁵¹ die aber nicht von allen geleistet wird.⁵² Wer diese kognitive Garantie verweigert, die Normen der Gesellschaft, in der er lebt, anzuerkennen – etwa durch wiederholte schwere Rechtsbrüche –, den muss das Recht nicht mehr als Bürger, also als vernünftige Person, die sich an Normen orientiert, behandeln, sondern zumindest partiell als gefährlichen Feind. Die Strafe wird dann zu einer Reaktion gegen einen Feind, die ihn all der Mittel berauben soll, durch

die er gefährlich werden kann.⁵³ Bestimmte Bindungen des Staats gegenüber seinen Bürgern, v.a. die „Reaktion nur auf externalisierte Taten, nicht auf bloße Vorbereitungen“⁵⁴, sind dann unangemessen. Diese „hässliche Gestalt des Feindstrafrechts“⁵⁵ lässt sich nach *Jakobs* solange nicht vollständig auflösen, wie es Individuen gibt, die diese kognitive Mindestgarantie bürgerlich-personalen Verhaltens nicht leisten und sich scheinbar dauerhaft oder entschieden vom Recht abgewandt haben (der Terrorist ist hierbei nur der Extremfall, der die Ordnung als solche leugnet). In gewisser Hinsicht wird in den Naturzustand zurückgetreten, da der Delinquent die Normen de facto ja gar nicht anerkennt. Aus seiner Perspektive geschieht ihm deshalb kein Recht, vielmehr herrscht eine Form von Krieg, dessen Sieger entscheidet, welche Normen tatsächlich gelten.⁵⁶ Es ergeben sich damit zwei Idealtypen von Recht: „*Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg.*“⁵⁷

e) *Jakobs* plädiert für eine klare begriffliche Unterscheidung beider Arten von Strafrecht: Beim normalen Verbrecher ist die Strafe Widerspruch und eine Art zwangsweise eingetriebener Schadensersatz, beim Feind ist sie Sicherung.⁵⁸ Gegenüber dem Bürger ist deshalb die Ausführung der Tat bzw. ihr unmittelbar angesetzter Versuch abzuwarten, gegen den Feind hingegen übt man aus bloßen Sicherheitsgründen physischen Zwang aus. Aus dieser begrifflichen Differenzierung ergibt sich, dass man das Feindstrafrecht als ein „Feindbekämpfungsrecht“⁵⁹ aus dem Bürgerstrafrecht aussondern sollte, um den bürgerlichen Verbrecher weiterhin als Rechtsperson zu behandeln. Denn da nicht jeder Verbrecher „ein prinzipieller Gegner der Rechtsordnung“ ist, sei „die Einführung einer mittlerweile kaum noch übersehbaren Menge an feindstrafrechtlichen Strängen und Partikeln in das allgemeine Strafrecht aus rechtsstaatlicher Sicht ein Übel.“⁶⁰ Diese schleichende Kontamination des bürgerlichen Strafrechts so-

⁴⁶ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (292).

⁴⁷ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289).

⁴⁸ *Jakobs* (Fn. 4), S. 169: „Zwang depersonalisiert den Gezwungenen; alles andere wäre Schönrednerei.“

⁴⁹ Vgl. *Hegel* (Fn. 38 – Werke 7), S. 190.

⁵⁰ Vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (841).

⁵¹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91). S. auch *Jakobs* (Fn. 14), S. 51: „Wer als Person behandelt werden will, muss seinerseits eine gewisse kognitive Garantie dafür geben, dass er sich als Person verhalten wird.“

⁵² Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91).

⁵³ In der provokativen Terminologie von *Jakobs*: Das Feindstrafrecht muss diejenigen „kaltstellen“, die es nicht als Person behandeln kann, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 53.

⁵⁴ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92).

⁵⁵ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (290). Zum Feindstrafrecht besteht „keine heute ersichtliche Alternative“, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 53.

⁵⁶ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92). Man könnte diesen Straftäter vielleicht am ehesten mit dem *Akolastos* bei *Aristoteles* oder demjenigen, der nach *Thomas v. Aquin* aus Schlechtigkeit handelt vergleichen: dieser erkennt bestimmte Prinzipien der Moral nicht an und ist insofern unbelehrbar, im Gegensatz zum *Akrates* und Unwissenden, der im einen Fall die Prinzipien zwar grundsätzlich anerkennt, aber aus Willensschwäche nicht nach ihnen gehandelt hat, oder im anderen Fall das Prinzip oder einen Umstand der Handlung (schuldhaft oder unschuldig) nicht gekannt hat.

⁵⁷ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (90) – *Hervorhebung* im Original.

⁵⁸ Vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (844).

⁵⁹ *Jakobs* (Fn. 14), S. 54.

⁶⁰ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (93).

wie die überflüssige Anwendung von Feindstrafrecht auf den Bürger seien zu vermeiden.⁶¹

II. Feindstrafrecht als normativer Begriff

Die folgende Analyse der Kritik des Feindstrafrechts vornehmlich in seinem normativen Verständnis soll einerseits einer begrifflichen Schärfung des Konzepts dienen, andererseits die Antwort auf die Frage nach seiner Legitimität als regulative Idee vorbereiten. Überlegungen zur faktischen Effektivität des Feindstrafrechts können deshalb unbeachtet bleiben.⁶²

1. Die geistige Verwandtschaft des Feindstrafrechts zu nationalsozialistischem Gedankengut

Argument: *Jakobs'* Konzept des Feindstrafrechts wird nicht nur als in sich inkonsistent, impraktikabel oder schlicht unsinnig, sondern von einigen seiner Gegner als moralisch verwerflich kritisiert.⁶³ So bezeichnet mancher Kritiker *Jakobs* als „geistigen Brandstifter“⁶⁴, dessen Feindstrafrecht Ausdruck totalitären Denkens sei.⁶⁵ Nicht wenige rücken ihn (sowie seinen Schüler *Pawlik*) damit in die Nähe nationalsozialistischen Gedankenguts.⁶⁶ *Jakobs'* Feindbegriff habe seine historische Entsprechung in *Mezgers* Begriffen vom „Gemeinschaftsfremden“, vom „asozialen“ und „lebensunwerten Leben“.⁶⁷ Die Gegenüberstellung von gewöhnlichen, resozialisierbaren Kriminellen mit Terroristen klinge für „den geschichtsbewussten Juristen“ nach der von den Nazis entwickelten Tätertypenlehre.⁶⁸ Und natürlich lasse die Rede vom Feind „die Befürchtung geistiger Komplizenschaft mit *Carl*

Schmitts Begriff des Politischen“⁶⁹ aufkommen. Dass *Jakobs* selbst sich gegen eine sachliche Verwandtschaft seiner Inanspruchnahme der Kategorie „Feind“ mit der *Schmitts* verwahrt, stört einige Kritiker nicht weiter.⁷⁰ *Pawlik* hingegen sei „sich nicht zu schade, für seine Forderung nach einer Wahrung der Begriffe *Schmitt* ins Feld zu führen, den Kronjuristen des Dritten Reichs“⁷¹.

Analyse: Das Prädikat „nationalsozialistisch“ bleibt, um argumentativ wirksam sein zu können, bei den Kritikern aus folgenden Gründen allerdings zu unterbestimmt:

a) *Jakobs* argumentiert an keiner Stelle rassenideologisch.⁷² Eine Zustimmung zu *Schmitts* antisemitischen Äußerungen⁷³ oder seiner Begeisterung für den Führer, der das „Lebensrecht des Volkes“⁷⁴ schützt, sucht man bei *Jakobs* vergeblich.

b) *Jakobs* in die Tradition des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln zur Sicherung und Besserung (RGBl. I 1933, S. 995) zu stellen, ist völlig widersinnig; zwar steht eine Bestimmung wie die Sicherungsverwahrung in dieser Tradition, deren Geltung *Jakobs* allerdings zunächst nur feststellt und problematisiert, er fordert aber nicht deren Einführung. Problematisch ist also wohl eher das Faktum, dass diese Sicherungsgesetze heute noch Teil des Strafgesetzbuches sind. Denn gerade diese Vermengung von Strafgesetz und Sicherungsgesetz – deren strikte Aussonderung *Jakobs* fordert – versuchten die juristischen Ideologen der Nazis zu legitimieren.⁷⁵

⁶¹ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295): „Was bei Terroristen – prinzipiellen Gegnern – angemessen sein mag, eben auf die Größe der Gefahr und nicht auf den verwirklichten Normgeltungsschaden abzustellen, wird hier auf den Fall *jeder* Planung eines Verbrechens, etwa eines einfachen Raubs, übertragen. Solches *überflüssige* Feindstrafrecht ist ein Übel, nicht das *notwendige*.“ (*Hervorhebungen* im Original).

⁶² Solche empirischen Argumente würden selbigem nicht eine schlechthinnige, sondern „nur eine kontingente Hürde“ sein, vgl. *Greco* (Fn. 2), S. 40.

⁶³ *Jakobs'* und *Pawliks* Lehren zu Terrorismus und Strafrecht sind nach *Walter* „nicht nur verkehrt, sondern gefährlich“ (vgl. *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14).

⁶⁴ *Sauer*, NJW 2005, 1703 (1705). Vgl. *Schünemann* (Fn. 29), S. 17.

⁶⁵ Vgl. *González Cussac*, Feindstrafrecht, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, 2007, S. 1.

⁶⁶ Vgl. *Ambos*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 345 (S. 372).

⁶⁷ *González Cussac* (Fn. 65), S. 10 f.

⁶⁸ *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14. *Dix* bezeichnet die Beiträge von *Jakobs* als in einer Weise zynisch und totalitär, die man „nach dem Nationalsozialismus in Deutschland im wissenschaftlichen Diskurs“ (*Dix*, ZRP 2003, 189 [194]) nicht mehr hätte für möglich halten können. Dazu auch: *Cavaliere*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 315.

⁶⁹ *Bung*, in: Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe, Leben im Feindrechtsstaat, 2006, S. 249 (S. 250).

⁷⁰ *Uwer*, in: Uwer (Fn. 69), S. 37 (S. 42): „An keiner Stelle zitiert *Jakobs* *Carl Schmitt*, aber an jeder Stelle scheint er hervor.“

⁷¹ *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14. Ob *Waldemar Gurians* Bezeichnung „Kronjurist des 3. Reichs“ ganz zutreffend ist, ist allerdings umstritten. Die Nazis zumindest zeigten anders als *Schmitt* selbst kein besonderes Interesse daran, von *Schmitt* legitimiert zu werden, wurden er selbst und sein Denken doch im „Schwarzen Korps“ diskreditiert, worauf *Schmitt* in seiner Verteidigung dann selbst hinweist, vgl. *Schmitt*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Carl Schmitt – Antworten in Nürnberg*, 2000, S. 65. Das bedeutet freilich umgekehrt nicht, in *Schmitt* nur den „intellektuelle[n] Abenteuerer“ zu sehen, als den er sich selbst dann inszenierte ([a.a.O.], S. 60).

⁷² *Greco* (Fn. 2), S. 27-30.

⁷³ So etwa *Schmitt*, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1982, S. 18 und 109.

⁷⁴ *Schmitt*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, 3. Aufl. 1994, S. 227 (S. 229).

⁷⁵ So sieht es *Ernst Schäfer* als „Wendepunkt in der Entwicklung des deutschen Strafrechts“, vgl. *Schäfer*, in: Frank (Hrsg.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2. Aufl. 1935, S. 1366, dass mit besagtem Gesetz die Sicherung gegen den „Rechtsbrecher in den Vordergrund gerückt und der Kreis der zur Bekämpfung der Rechtsbrecher zur Verfügung stehenden Mittel des Strafrechts bedeutend erweitert wird“ ([a.a.O.], S. 1367). Die

c) Das Feindstrafrecht ist zwar ein Täterstrafrecht, aber das ist nicht identisch mit der Tätertypenlehre. So ordnet *Schmitt* gerade in seinem im „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ erschienenen Artikel „Der Rechtsstaat“ Täterstrafrecht und Tatstrafrecht beide dem liberalen rechtsstaatlich normativistischen Denken zu und unterscheidet davon das nationalsozialistische Strafrecht.⁷⁶

d) Die Inanspruchnahme der Konzepte „Feind“ oder „Ausnahme“ ist nicht schon dadurch fragwürdig, dass ihr Schöpfer ein moralisch widerlicher Charakter war. Ein Konzept ist entweder adäquat oder nicht adäquat, aber nicht per se unmoralisch. Dass *Schmitts* Anbiederung an die Nationalsozialisten in seinen Begriffen Feind und Ausnahmezustand bereits impliziert ist, ist ja nicht unmittelbar evident. Das zeigt allein die Tatsache der Personen, die von *Schmitts* Philosophie in positiver Weise beeinflusst sind: ansonsten müsste man auch *Alexandre Kojève* oder dem jüdischen Philosophen und Rabbiner *Jakob Taubes*, der sich selbst in einem Brief an *Schmitt* als „Erzjude“⁷⁷ und damit Erzfeind *Schmitts* bezeichnet, „in den Verdacht totalitären Denkens“⁷⁸ stellen und „geistige Komplizenschaft“ mit dem Nationalsozialismus vorwerfen.

2. Die Überflüssigkeit von Feindstrafrecht

Argument: Selbst wenn das Konzept des Feindstrafrechts nicht schon in sich verwerflich ist, so ist seine Realisierung dennoch unnötig, da der Staat auch ohne es bereits wehrhaft ist. Denn das Strafrecht besitzt bereits erprobte Mittel gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität.⁷⁹

Analyse: Dieses Argument ist deshalb unzulänglich, weil es kontrafaktisch ist: denn nach *Jakobs* hat dieser wehrhafte Staat ja bereits feindstrafrechtliche Elemente in das Strafrecht integriert und bezeichnet diese nur nicht als solche. So stimmen die meisten Autoren mit *Jakobs* darin überein, dass das Strafrecht mehr und mehr den Charakter eines Gefahrenabwehrrechts annimmt, das vom Interesse an Sicherheit dominiert wird.⁸⁰ Ob ein Strafrecht ohne diese Momente ebenso

Trennung von Sicherungsgesetzen und Strafgesetzen, die er noch in der Weimarer Zeit gefordert hatte, hält *Friedrich Oetker* dann im Nationalsozialismus nicht mehr für nötig, sondern sieht die Verbindung beider Typen als durch das nationalsozialistische Recht gerechtfertigt an, vgl. *Oetker*, in: Frank (a.a.O.), S. 1319 (S. 1364). Dabei bestimmt er den Verbrecher als Rechtsgutsfeind und hält es für die nationalsozialistische Auffassung der Strafe, dass selbige „die Vergeltung nicht um ihrer selbst willen, sondern zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes in Wahrung der Staatsautorität“ übt, *Oetker* (a.a.O.), S. 1322.

⁷⁶ *Schmitt*, in: Frank (Fn. 75), S. 24 (S. 31 f.).

⁷⁷ *Taubes*, Ad Carl Schmitt, Gegenstrebiges Fügung, 1987, S. 39.

⁷⁸ *Hörnle*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 85 (S. 100).

⁷⁹ *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14.

⁸⁰ *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (138): „Das moderne Strafrecht ist dabei, sich in ein Gefahrenabwehrrecht zu verwandeln. Seine Diskurse werden vom Interesse an der Herstellung und Bewahrung von Sicherheit beherrscht.“

wehrhaft wäre, bleibt insofern eine hypothetische Spekulation; und für eine Erweiterung dieser Elemente plädiert *Jakobs* überhaupt nicht.

3. Die Vermengung von Deskription und Normativität

Argument: Entgegen seiner Behauptung, seine Ausführungen seien deskriptiv⁸¹ und bestimmten insofern nicht, wen das Recht als Feind behandeln soll, sondern wen es als Feind behandelt und was daraus für die Zukunft folgt,⁸² verwendet *Jakobs* den Begriff in jüngeren Publikationen nicht mehr deskriptiv oder gar nur kritisch-denunziatorisch, sondern normativ. Durch diese Zweideutigkeit gerade bei „schockierenden Gedanken“ immunisiert er sich gewissermaßen selbst, da man nicht wisse, ob *Jakobs* bereits legitimiert oder noch beschreibe.⁸³ Dies liegt daran, dass er „Hegelianer und damit Holist“⁸⁴ ist, so dass sein Konzept zwischen Deskription und Normativität nicht sauber unterschieden werden kann.

Analyse: Hiergegen spricht zunächst, dass *Jakobs* sich sicher nicht ohne Schwierigkeiten als Hegelianer bezeichnen lässt. Aber natürlich kennen sowohl *Hegel* als auch *Jakobs* den Unterschied zwischen bloß faktischer Wirklichkeit und Vernunft bzw. Normativität. Gerade deshalb differenziert *Jakobs* ja zwischen der bloß gesollten Geltung von Normen, die keine wirkliche Orientierung geben, und Normen, die wirklich anerkannt werden. Insbesondere für *Hegel* ist das Recht gerade die Sphäre, in der dem Vernünftigen Wirklichkeit oder dem Sollen Sein verschafft werden soll. So ist *Kants* „alle durch Arglist oder Gewalt vorgezeichnete krumme Wege abschneidender Rechtsgrundsatz“⁸⁵ fiat iustitia – pereat mundus für *Hegel* nicht zu Unrecht bloß ein „leeres Wort“⁸⁶.

Wenn deshalb der ideale Rechtsstaat ohne alle feindstrafrechtlichen Elemente zwar wünschenswert, aber unter gegebenen Umständen nicht verwirklichtbar wäre und somit überhaupt keine Rechtsgeltung garantieren könnte,⁸⁷ würde er dem Begriff des idealen Rechtsstaates gerade widersprechen. In der Sphäre des bloßen Sollens wäre er – und hierin stimmen *Jakobs* und *Hegel* sicher überein – eben bestenfalls für den Philosophen wirklich, der ihn im Himmel betrachten und seine individuelle Seele danach gestalten könnte. Insofern lassen sich Norm und Wirklichkeitsbedingungen der Norm auch für den Rechtswissenschaftler nicht radikal trennen, da es zur Norm gehört, wirklich zu sein. Daraus folgt umgekehrt aber auch, dass eine Rechtsordnung, die jedes erdenkliche Mittel zum Erhalt ihrer selbst einsetzt, eine *contradictio in adjecto* wäre: Sie würde aufhören, Rechtsordnung zu sein.⁸⁸

⁸¹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (290).

⁸² Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289).

⁸³ *Greco* (Fn. 2), S. 19. *Cavaliere* spricht von einem bloßen „Schein des Deskriptiven“, vgl. *Cavaliere* (Fn. 68), S. 323

⁸⁴ *Saliger*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 203 (S. 204).

⁸⁵ *Kant* (Fn. 35 – Zum ewigen Frieden), S. 378 f.

⁸⁶ *Hegel* (Fn. 38 – Werke 7), S. 240.

⁸⁷ *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (847).

⁸⁸ Eine „mit drakonischen Strafen durchgesetzte despotische Ordnung“ ist keine normative Ordnung, sondern Gewaltregiment, vgl. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl.

Also gehört die formale Beschreibung der Bedingungen der realen Geltung von Rechtsnormen durchaus in die Rechtstheorie, die inhaltliche Festlegung konkreter Bedingungen ist dagegen keine rechtswissenschaftliche, sondern eine politische Frage.

4. Feindstrafrecht als Ausnahmerecht

Argument: Das Feindrecht als eine Art Ausnahmerecht legitimiert eine unabsehbare Folge von Eingriffen, die in Widerspruch zum Rechtsstaat stehen. Insofern widerspricht bereits seine Existenz dem Rechtsstaat.⁸⁹ Die sich in der Rede vom Feindstrafrecht artikulierende „intellektuelle Lust am antizipierten Ausnahmezustand“⁹⁰ veralltäglicht den Ausnahmezustand und normalisiert ihn. Insofern sie sich nicht mit den Grenzen des Rechts abfinden, sondern sie dogmatisieren will, erinnert sie „an den scharfsinnigen Geistesverwirrer Carl Schmitt“⁹¹.

Analyse: Dieses Argument ignoriert, dass *Jakobs* die Ausnahme nicht postuliert, sondern gegebene Gesetze als Ausnahme vom Recht identifiziert und auf ihre Folgen hin analysiert.⁹² Wenn die Ausnahme für notwendig gehalten wird, sollte sie aber zumindest rechtlich eingehegt werden. Bedingung dieser Einhegung ist ihre Kennzeichnung als Ausnahme, nämlich als Ausnahme vom bürgerlichen Strafrecht. Die Ausnahme verschwindet nicht, wenn man sie nicht als solche bezeichnet, vielmehr wird sie gerade dann zur Regel: „der imperfekte Rechtsstaat stellt sich durch einen ideologischen Wortgebrauch als perfekt dar“.⁹³ Diese Normalisierung der Ausnahme zeigt sich vor allem darin, dass schon jetzt geltende Regelungen, die zur Gefahrenabwehr höchstens auf gefährliche Individuen angewandt werden sollten, auf alle Bürger angewandt werden.

Der Vergleich mit *Schmitt* ist insofern falsch, als für *Schmitt* der Souverän über den Ausnahmezustand entscheidet

1999, S. 54. So begründen totalitäre Staaten keine personalen Ordnungen, sondern entwickeln nur Instrumente, um Individuen zu beherrschen, *Jakobs* (a.a.O.), S. 77.

⁸⁹ *Saliger* (Fn. 84), S. 218 f.: „Es trägt sogar totalitäre Züge, weil es mit dem Feindstrafrecht das Recht der Ausnahme mit unabsehbaren Eingriffsfolgen salonfähig macht. Insofern ist nicht mehr streitig, ob es ein solches Ausnahmerecht in einem Rechtsstaat überhaupt geben kann. Die Existenz eines Ausnahmerechts wird vielmehr vorausgesetzt, und zulässig sind nur noch Fragen zu Art und Umfang seiner Befugnisse.“

⁹⁰ *Di Fabio*, NJW 2008, 421 (423).

⁹¹ *Di Fabio*, NJW 2008, 421 (424) – *Hervorhebung* im Original.

⁹² So stellte er ausgehend vom 2006 für verfassungswidrig erklärten § 14 Abs. 3 LuftSiG, das den Abschuss auch mit Unbeteiligten besetzten Flugzeugen im Falle terroristischer Angriffe erlaubt, fest, dass sich eine Politik, die solch eine „systemsprengende“ Entrechtung und Entpersonalisierung unschuldiger Bürger vornimmt, bei den Terroristen als Urhebern des Ausnahmefalls im Rahmen „des Erforderlichen“ voraussichtlich keine Tabus auferlegen wird, vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (848).

⁹³ *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (851).

und diese Entscheidung insofern qua Souveränität legitim ist, aber nicht legal sein muss.⁹⁴ Für diejenigen, die auch den Ausnahmezustand ins Legalitätssystem aufnehmen und ihn damit letztlich aushebeln wollen, hatte *Schmitt* nicht allzu viel übrig.⁹⁵ Im Gegensatz dazu fordert *Jakobs* ein rechtliches Prozedere.⁹⁶ Das Feindstrafrecht ist Recht, weil es den Staat, seine Organe und Institutionen im Umgang mit dem Verbrecher bindet.⁹⁷ Zudem bestimmt *Jakobs* den Normalzustand gerade nicht vom Ausnahmezustand her, sondern umgekehrt.⁹⁸

5. Entpersonalisierung durch das Feindstrafrecht

Argument: *Jakobs'* Konzept stellt einen Rückschritt hinter die Aufklärung dar, die jedem Menschen qua Menschsein Personenstatus zuschreibt. Das Feindstrafrecht hingegen behandelt Menschen nicht als Personen, sondern als gefährliche Individuen, die das Strafrecht entpersonalisieren darf, um bestimmte Arten von Straftaten zu bekämpfen.⁹⁹ Denn der Delinquent, der zur Vorbeugung von Gesetzesbrüchen ausschließlich unter Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit behandelt wird, wird nicht mehr als Person, sondern nur mehr als Sache anerkannt.¹⁰⁰ *Jakobs'* leistungsabhängiger Personenbegriff ist zudem totalisierend und konfliktiert mit der Idee der Menschenwürde.¹⁰¹ Die Beweislast, nicht Feind zu sein, ist dem Bürger überhaupt nicht zuzumuten,¹⁰² da das Grund-

⁹⁴ Denn der Souverän, der über den Ausnahmezustand entscheidet, „steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr, denn er ist zuständig für die Entscheidung, ob die Verfassung in toto suspendiert werden kann.“, vgl. *Schmitt*, Politische Theologie, 9. Aufl. 2009, S. 14.

⁹⁵ Vgl. *Schmitt* (Fn. 94), S. 13: „Denn eine generelle Norm, wie sie der normal geltende Rechtssatz darstellt, kann eine absolute Ausnahme niemals erfassen und daher auch die Entscheidung, dass ein echter Ausnahmefall gegeben ist, nicht restlos begründen.“

⁹⁶ Das Feindstrafrecht bleibt Recht, weil es sich um „ein regelgeleitetes und deshalb nicht spontan-affektives Verhalten“ handelt, vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88. Vgl. auch *Jakobs* (Fn. 14), S. 53.

⁹⁷ Dagegen *Schmitt* (Fn. 74), S. 228: Der Souverän schafft vielmehr Recht. „Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.“

⁹⁸ Anders *Schmitt* (Fn. 94), S. 13.

⁹⁹ Vgl. *Crespo*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 385 (S. 393).

¹⁰⁰ Vgl. *Greco* (Fn. 2), S. 52.

¹⁰¹ Vgl. *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (138).

¹⁰² *Saliger* (Fn. 84), S. 217: „Diese Mitzuständigkeit des Bürgers für die Sicherheitsfrage entäußert sich in einer totalen, weil diffusen Bringschuld verlässlicher Rechtstreue mit der Konsequenz, bei Fehlverhalten exkludiert zu werden. Der Bürger schuldet dem Staat nicht mehr nur das Unterlassen strafbarer Handlungen. Er muss sich – darüber weit hinausgehend – verlässlich rechtstreu präsentieren, um nicht als Gefahrenquelle eliminiert zu werden.“

gesetz allen Menschen einen unverlierbaren Personenstatus zuschreibt.¹⁰³

Analyse: Tatsächlich vertritt *Jakobs* „ein leistungsorientiertes Modell der Person: Der Personenstatus muss durch Wohlverhalten verdient werden.“¹⁰⁴ Allerdings muss man hierbei eben die Personenkonzeption von *Jakobs* berücksichtigen: in Anlehnung an *Kant* unterscheidet er das Individuum als ein dem Kausalgesetz unterworfenen, von Lust und Unlust bestimmtes Naturwesen (homo phaenomenon) von der Person als dem sich nach normativen Vorgaben frei bestimmen könnenden Vernunftwesen (homo noumenon).¹⁰⁵ Gleichzeitig ist Personsein für *Jakobs* eine ausschließlich durch intersubjektive gegenseitige Anerkennung in einer Gesellschaft mögliche Attribution. Personsein heißt deshalb, Pflichten zuerkannt zu bekommen. An Personen wird ein Sollen gerichtet im Vertrauen darauf, dass sie diesem nachkommen können.¹⁰⁶ Personsein ist damit eine normative Konstruktion: die Erwartung der anderen Rechtspersonen an rechtskonformes Verhalten. An sich ist also durchaus jeder Mensch Person, d.h. es ist ihm qua Menschsein möglich, Pflichten zu erfüllen. Wer aber nur an sich, also der Möglichkeit nach, Person ist, aber nicht auch der Wirklichkeit nach für die anderen, wer sich also nicht so verhält, als könne von ihm grundsätzlich Rechtstreue erwartet werden, der kann auch nicht den Anspruch erheben, von den anderen als Person anerkannt zu werden. Als Person anerkannt zu werden ist deshalb immer auch die Bringschuld dessen, der als solche anerkannt werden will. Er muss kognitiv untermauern, dass er nicht nur auf Grund von Lust und Unlust, sondern auf Grund von normativen Ansprüchen handelt. Sonst ist es einfach sinnlos, irgendetwas von ihm zu fordern. Der Bürger erbringt diese Bringschuld, indem er im Regelfall „zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue“¹⁰⁷ leistet.

Personen im Recht sind aber nicht nur durch ihre Anerkennung als Träger von Pflichten, sondern auch als Träger von Rechten charakterisiert. Wer also bestimmten Individuen grundsätzliche Rechte aberkennt, kann diese zwar weiterhin nominell als Person ansprechen, behandelt sie aber nicht als Person und zeigt damit, dass er sie nicht als solche anerkennt: die Person wird etwa dann nicht aktuell als solche anerkannt, wenn die Strafe nur Mittel zur Sicherung vor der Gefährlichkeit des Delinquenten ist. In diesem Sinne bekennen sich die meisten eben nur nominell zum *unverlierbaren* Personenstatus.¹⁰⁸

¹⁰³ Vgl. *Neumann*, in: Uwer (Fn. 69), S. 299 (S. 313).

¹⁰⁴ *Neumann* (Fn. 103), S. 310.

¹⁰⁵ Vgl. *Kant* (Fn. 35 – Metaphysik der Sitten), S. 239-242.

¹⁰⁶ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (866): Person sein heißt eine Rolle für andere zu spielen und die allgemeinste ist die Respektierung des Rechts.

¹⁰⁷ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293) – *Hervorhebung* im Original.

¹⁰⁸ Besonders bezeichnend war hier mit Sicherheit § 14 Abs. 3 LuftSiG.

6. Feindstrafrecht als Negierung der Menschenrechte

Argument: *Jakobs* enthumanisiert die Rechtsordnung, weil er nur Personen und Individuen bzw. Bürger und Feinde, aber keine Menschenwürde und dementsprechend keine Menschenrechte kennt. Die Behandlung des Menschen als Feind setzt voraus, dass er nicht mehr Mensch, sondern Unperson – also ein Tier – ist.¹⁰⁹ Das Feindstrafrecht stellt damit einen „Bruch mit der universalistischen Konzeption der Menschenrechte“¹¹⁰ dar,¹¹¹ da es die allgemeine Anerkennung der unverletzlichen Menschenrechte an Bedingungen knüpft.¹¹² Damit verstößt seine Konzeption zugleich gegen die Verfassung, weil sie sowohl mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) als auch mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1 GG) unvereinbar ist.¹¹³

Analyse: Tatsächlich verzichtet *Jakobs* in seiner Konzeption ganz bewusst auf den Begriff Mensch und damit auch den der Menschenwürde und der Menschenrechte.¹¹⁴ Das liegt aber einerseits an der rechtswissenschaftlichen Ausrichtung seiner Lehre und andererseits an der Voraussetzung, dass eine Norm nicht identisch mit einem Postulat ist, sondern Rechtssicherheit garantieren muss. Normen müssen nicht nur behauptet, sondern in ihrer Wirklichkeit durchgesetzt sein. Ein nur nominell zugesprochenes oder postuliertes Menschenrecht ist deswegen nicht gleichzusetzen mit einer wirklichen Norm, da es nicht das leistet, was ein Recht zu leisten hat: Orientierung zu geben, sowohl für potentielle Opfer als auch Täter. Das Vernünftige muss, wie ausgeführt wurde, im Recht immer auch wirklich sein. Nun kann man nicht leugnen, dass die „universalen“ Menschenrechte in vielen Ländern verletzt werden und dort überhaupt nicht verwirklicht sind. Der Behauptung globaler Menschenrechte wird dort durch die Täter sehr erfolgreich widersprochen. An ihnen kann man sich in diesen Ländern weder orientieren noch sich auf sie verlassen. Dies macht ihren Postulatscharakter deutlich. So erhält die internationale Strafgerichtsbarkeit auch nicht die Normgeltung, sondern begründet selbige erst durch den Kriegszustand. Welches Recht wirklich gilt, entscheidet nämlich der militärische Sieg. Wer die Menschenrechte verletzt, wird militärisch bekämpft und nicht per Haftbefehl durch die Polizei verfolgt. Erst wenn der Täter „unschädlich“ gemacht ist, wird zu Strafgesetzbuch und Strafrechtsordnung gewechselt. Der Täter wird dann ex post zum Träger der rechtlichen Pflicht „Anerkennung der Menschenrechte“ erklärt, „um die Fiktion der universalen Geltung der Menschenrechte aufrechterhalten zu können“¹¹⁵, als wäre die Rechtsordnung je schon etabliert gewesen. Die Strafen dienen aber gerade erst der Etablierung einer Weltverfassung. Man bekämpft gefährliche Feinde und nicht im juristischen

¹⁰⁹ *Ambos* (Fn. 66), S. 369.

¹¹⁰ *Pulitanò*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 269 (S. 270).

¹¹¹ Vgl. *Crespo* (Fn. 99), S. 394; *Ambos* (Fn. 66), S. 376.

¹¹² *Cavaliere* (Fn. 68), S. 326 und *Neumann* (Fn. 103), S. 313.

¹¹³ *Gössel*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 43 (S. 50 und 55).

¹¹⁴ Vgl. *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (887) und *Jakobs* (Fn. 88), S. 5.

¹¹⁵ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (95).

Sinne schuldige Personen, weswegen man Maßnahmen auch als Feindstrafrecht bezeichnen sollte. So hat es die internationale Strafgerichtsbarkeit ja immer mit dem besiegten Feind zu tun.¹¹⁶

7. Feindstrafrecht als Widerspruch zum Rechtsstaat

Argument: *Jakobs'* Feindstrafrecht nimmt eine Selektion von Menschen auf Grund ihrer Gefährlichkeit vor. Damit verstößt es gegen die Gleichheit vor dem Gesetz. Der Rechtsstaat hätte sogar Hitler, Stalin oder Pol Pot als Rechtsperson zu behandeln.¹¹⁷

Analyse: *Jakobs* bestreitet nicht, dass in unserem Rechtsstaat auch mit menschenverachtenden Diktatoren rechtsstaatlich umgegangen werden müsste – allerdings nur, sobald sie nicht mehr gefährlich sind. Für die Zeit ihrer aktuellen Machtausübung und damit akuten Gefährlichkeit würde diesen Umgang aber wohl niemand postulieren:¹¹⁸ Wir werfen Stauffenberg ja nicht vor, dass er nicht die Eröffnung eines rechtsstaatlichen Verfahrens gegen Hitler abgewartet hat. Dass zumindest die politischen Spitzen der europäischen Rechtsstaaten dies Urteil von *Jakobs* bestätigen, zeigte die fragwürdige Reaktion entsprechender Politiker nach der Tötung Bin Ladens wohl ganz unmissverständlich.¹¹⁹

8. Feindschaft als dezisionistische Setzung

Argument: *Jakobs'* Unterscheidung in Bürger und Feinde erschüttert die tragenden Säulen des Rechtsstaates: denn nicht die Tat, sondern Tütereigenschaften entscheiden über die Zugehörigkeit zur Gruppe der Bürger oder der Feinde.¹²⁰ Könnte die rechtliche Ungleichbehandlung von Mitgliedern terroristischer oder krimineller Vereinigungen noch gerechtfertigt sein, so droht letztlich die „Stigmatisierung ganzer Bevölkerungsgruppen als ‚anders‘“¹²¹. Denn die Feinderklärung ist immer eine dezisionistische Setzung.

¹¹⁶ Vgl. *Fronza*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 413 (S. 417 f.). Sie soll die politisch-militärische Niederlage gewissermaßen moralisch legitimieren.

¹¹⁷ *Gössel* zitiert nach *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (883).

¹¹⁸ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289).

¹¹⁹ So gratulierte unter anderem Bundeskanzlerin Merkel den USA zur Tötung Bin Ladens. Diese habe gezeigt, dass Terrorakte nicht ungesühnt bleiben und würde zur Abschreckung anderer Terroristen dienen. Sie sei zugleich ein wichtiges Zeichen und die Ausschaltung einer Gefahr.

(<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2011/05/2011-05-02-merkel-osama-bin-laden.html>, 28.2.2012) Hier erfolgte also letztlich negative General- und Spezialprävention mit militärischen Mitteln.

¹²⁰ Nach *Ambos* richten sich *Jakobs'* Äußerungen „vor allem gegen den Anderen aus einer fremden Kultur“, vgl. *Ambos* (Fn. 66), S. 364 (*Hervorhebung* im Original).

¹²¹ *Greco* (Fn. 2), S. 53. Die Unterscheidung zwischen Bürger und Feind sei deshalb ein „Rückschritt zur Horde“ (*González Cussac* [Fn. 65], S. 23), außerhalb derer die stehen, die nicht so sind wie wir: „viktimisierte Gruppen wie Einwanderer, Landstreicher, Drogenabhängige und sogar Ausländer“

Analyse: Dieser Vorwurf konfundiert *Jakobs'* Unterscheidung zwischen Bürger und Feind mit der Freund-Feind-Unterscheidung *Schmitts*.¹²² Für *Schmitt* bezeichnen Freund und Feind die äußersten Enden der Assoziation bzw. Dissoziation von Menschen.¹²³ Diese Unterscheidung ist keine juristische, sondern eine rein politische, ja die das Politische überhaupt erst konstituierende Grundunterscheidung.¹²⁴ Der Feind ist der existentiell Andere oder Fremde, mit dem im Ernstfall Konflikte bis hin zum Krieg möglich sind. Wer Feind ist, ist eine bloße Setzung derjenigen, die sich als Freunde zu einer politischen Einheit zusammenschließen, je nachdem, unter welchem Aspekt sich selbige assoziieren: Sprache, Religion, Rasse etc. Den Feind in diesem Sinne, den *hostis*, unterscheidet *Schmitt* jedoch strikt vom inimicus, dem Feind, den man aus diversen Gründen verabscheut.¹²⁵ Der Feind ist insofern gerade kein Verbrecher, als die politische Unterscheidung von Freund und Feind von der moralischen zwischen Gut und Böse strikt unterschieden ist.¹²⁶

Nach *Jakobs* wäre der Feind im Sinne des Feindstrafrechts aber eher inimicus, insofern er ja als Verbrecher behandelt wird.¹²⁷ Dieser Feind soll sich ja als Gleicher benehmen, die Gesellschaft stellt einen normativen Anspruch an ihn, nur erwartet sie, weil er die normativen Erwartungen dauerhaft enttäuscht hat, keine Erfüllung dieser Ansprüche. Nur deshalb lässt sich überhaupt von Feind-Strafrecht sprechen, weil eine normative Forderung besteht und diese durch ein äußeres Handeln enttäuscht ist. An den Feind *Schmitts* kann man dagegen weder einen juristischen noch einen moralischen Anspruch stellen. Der Feind ist nicht Feind, weil er kriminell, sondern weil er anders ist. So lassen sich Feinde nach *Schmitt* nur exkludieren und nicht bestrafen. Für *Schmitt* darf also der Feind nicht kriminalisiert werden, weil er nur der Andere ist. Für *Jakobs* hingegen darf der Andere deshalb nicht kriminalisiert werden, weil er auf Grund seiner Andersheit, etwa seines religiösen Bekenntnisses oder seiner Nationalität, überhaupt nicht Feind ist.¹²⁸ Der Feind ist vielmehr

(a.a.O., S. 35) – (*Hervorhebung* im Original). Vgl. auch *Thièe*, in: Uwer (Fn. 69), S. 195 (S. 224).

¹²² Dagegen wendet bereits *Greco* (Fn. 2), S. 26, 27, kritisch ein, hier liege bloß eine „oberflächliche terminologische Übereinstimmung“ vor. Die Identifizierung von *Schmitt* und *Jakobs* „unterschätzt zu sehr die Originalität und die systematische Geschlossenheit der Gedankensysteme der beiden Juristen.“ (*Hervorhebung* im Original).

¹²³ *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 1963, S. 38.

¹²⁴ *Schmitt* (Fn. 123), S. 26.

¹²⁵ Vgl. *Schmitt* (Fn. 123), S. 11 f. So rühmt er das römische Recht, weil es „den Feind, den *hostis*, vom Räuber und vom Verbrecher zu unterscheiden“ wusste, vgl. *Schmitt*, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 4. Aufl. 1997, S. 22.

¹²⁶ *Schmitt* (Fn. 123), S. 27.

¹²⁷ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294).

¹²⁸ Wenn *Walter* also etwa die Inhaftierung der japanischen Amerikaner während des 2. Weltkriegs als rechtsstaatlichen

jeder, der sich durch Haltung, Erwerbsleben oder Einbindung in Organisationen „vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt“¹²⁹ hat. Dass er nicht die Mindestsicherheit bürgerlichen Verhaltens garantiert, demonstriert er „durch sein Verhalten“¹³⁰ und nicht etwa durch seine Religionszugehörigkeit oder Muttersprache. Er ist der zumindest momentan unbelehrbare Feind der freiheitlich verfassten Gesellschaft, eher public enemy als enemy of the state.¹³¹ So kann man sich nach *Jakobs* in gewisser Hinsicht nur selbst exkludieren und zum Feind machen: nämlich durch kriminelles Verhalten. „Exklusion in einer freiheitlichen Gesellschaft ist immer Selbstexklusion.“¹³² So steht dem Delinquenten durch glaubhafte Versicherung künftiger Rechtstreue auch immer der Weg zurück in den bürgerlichen Zustand offen.¹³³ Im Gegensatz zur Konzeption *Schmitts* ist für *Jakobs* der Feind zudem

Skandal hinstellt, so ist ihm unbedingt Recht zu geben, vgl. *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14.

¹²⁹ *Jakobs* (Fn. 14), S. 52.

¹³⁰ *Jakobs* (Fn. 14), S. 52.

¹³¹ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293): „Nur darf unter einem prinzipiellen Gegner heute nicht (nur) ein Gegner der etablierten Herrschaft verstanden werden, vielmehr ist er als ein Gegner der freiheitlich verfassten Gesellschaft zu begreifen. [...] Wer sich selbst zu einem Teil verfestigter krimineller Strukturen gemacht hat, bei dem verdünnt sich die Hoffnung, ein gemeinsamer modus vivendi werde sich trotz einzelner verbrecherischer Taten finden lassen, zur schieren Illusion, eben zur ‚endlos kontrafaktischen‘ Erwartung.“ Der Feind ist eben nur derjenige, der die Rechtsordnung nicht anerkennt und dies durch sein Verhalten zeigt. Die Entscheidung darüber, wer Feind ist, wird also nicht „a priori gefällt“ (*Crespo* [Fn. 99], S. 400), sondern genuin a posteriori.

¹³² *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293); die Selbstexklusion bedeutet freilich nicht, dass der Feind entscheiden kann, wann er exkludiert wird und wann nicht, sondern dies entscheidet immer die Gesellschaft. Die Gesellschaft entscheidet auch, inwieweit sie ihn einschließt oder ausschließt und sie exkludiert ihn nicht von seiner Pflicht, keine Verbrechen zu begehen, vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293, 294); krit. dazu *Ambos* (Fn. 66), S. 362. Ausgehend von, aber nicht reduziert auf die kolumbianischen feindstrafrechtlichen Erfahrungen konstatiert *Aponte*, HRRS 2006, 297 (300): „Der Feind ist immer ein konstruierter Feind. Es gibt immer eine Entscheidung über die Feindschaft und über den Feind. [...] Es ist pure Naivität und Demagogie zu glauben, dass der Feind derjenige ist, der sich auch so benimmt.“

¹³³ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293 f.): „Durch eine Verhaltensänderung könnte der Feind wieder zum Bürger werden. Es verhält sich also nicht so, als lasse die Gesellschaft den Feind nicht ‚herein‘; er selbst hindert sein ‚Hineinkommen‘, weil er seine Bringschuld nicht leistet, also nicht dafür sorgt, dass bei ihm rechtstreu Verhalten vermutet werden kann.“ Dass auch Terroristen bereuen und Einsicht in das Unrecht ihrer Taten zeigen können, dass es Gründe, Terrorist zu werden, die nicht für immer die Person bestimmen müssen (vgl. etwa *Walter*, Süddeutsche Zeitung v. 22.4.2008, S. 14), das alles wird durch das Feindstrafrecht nicht verunmöglicht.

immer nur partieller Feind, je nachdem welche Normtreue von ihm nicht mehr erwartet wird. Der Feind steht damit nie völlig außerhalb des Rechts, sondern nur von eben den bürgerlichen Rechten exkludiert, die in Bezug zu seiner kriminellen Gefährlichkeit stehen. Feindstrafrecht ist so „eine bestimmte – mehr oder weniger große – Reduzierung des *status civitatis*“¹³⁴.

9. Die Schrankenlosigkeit des Feindstrafrechts

Argument: *Jakobs* erklärt nicht konkret, was nach dem Feindstrafrecht erlaubt sein soll, da er dies letztlich für eine politische Frage hält. Diese rechtswissenschaftliche Selbstbescheidung bedeutet entweder, dass *Jakobs* durch das Feindstrafrecht jede Maßlosigkeit im Umgang mit dem Feind für gerechtfertigt hält¹³⁵ oder er die Pflicht verletzt, über die Folgen seiner Theorie nachzudenken, um stattdessen „alleine in abstrakten juristischen Kategorien“¹³⁶ zu argumentieren. Denn präskriptiv verstanden ist das Feindstrafrecht ein „Konzept, das dazu führt, alle absoluten Schranken der Strafgewalt zu annullieren“¹³⁷ und in der Konsequenz die normative Legitimation für Guantánamo und Abu Ghuraib zu liefern.¹³⁸ Auf Grund seiner geistigen Verwandtschaft mit der Philosophie *Schmitts* könne das Feindstrafrecht nur auf die „Vernichtung und Auslöschung“ des Feindes abzielen.¹³⁹ Denn bekanntlich erklärt der Souverän nach *Schmitt* dem Feind nur deshalb im entscheidenden Moment den Krieg, um ihn zu vernichten.¹⁴⁰

Analyse: Hier liegt offensichtlich ein zweifaches Missverständnis vor. Denn sowohl bei *Schmitt* als auch bei *Jakobs* hat die Feindkonzeption grundsätzlich eine hegde Funktion. So ist das Ideal von Krieg für *Schmitt* ja der Krieg zwischen souveränen Staaten, in dem sich reguläre Armeen bekämpfen und gegenseitig als souverän anerkennen.¹⁴¹ Der Feind soll diesem Konzept entsprechend gerade nicht vernichtet, sondern niedergeworfen, das heißt seiner Gefährlichkeit beraubt werden. Der Feind wird wehrlos gemacht und niedergeworfen, aber nicht vernichtet.¹⁴² So betont *Taubes*, dass *Schmitt* als Jurist mit seiner Feindbestimmung „der tödlichen Konsequenz jener theologischen Feindbestimmung entgehen zu können“¹⁴³ hoffte, nach der der Feind immer vernichtet werden muss. Dies kann nach *Schmitt* nur durch klare Unterscheidungen vermieden werden: zwischen Krieg und Frieden, Kombattant und Nicht-Kombattant, vor allem

¹³⁴ *Silva Sánchez*, ZStW 118 (2006), 547 (549) – (*Hervorhebung* im Original).

¹³⁵ *Malek* befürchtet hier „wahrhaft gespenstische Antworten“, vgl. *Malek*, HRRS 2006, 316.

¹³⁶ *Ambos* (Fn. 66), S. 370.

¹³⁷ *Greco* (Fn. 2), S. 53.

¹³⁸ Vgl. *Malek*, HRRS 2006, 316 (317).

¹³⁹ Vgl. *Bung* (Fn. 69), S. 262 und *Ambos* (Fn. 66), S. 357.

¹⁴⁰ Vgl. *Uwer* (Fn. 70), S. 43.

¹⁴¹ *Schmitt*, Theorie des Partisanen, 1963, S. 87: „Der Feind ist nicht etwas, was aus irgendeinem Grunde beseitigt und wegen seines Unwertes vernichtet werden muss. Der Feind steht auf meiner eigenen Ebene.“

¹⁴² Vgl. *Clausewitz*, Vom Kriege, Bd. 1, Berlin 1832, S. 3 f.

¹⁴³ *Taubes* (Fn. 77), S. 7.

aber zwischen Feind und Verbrecher. Ein totaler Krieg entsteht durch die Aufhebung des Unterschieds zwischen Öffentlichem und Privatem, Militär und Zivil,¹⁴⁴ ein Krieg, in dem man den Gegner vernichten will, durch die Aufhebung des Unterschieds zwischen Feind und Verbrecher.¹⁴⁵ Der Krieg, wie *Taubes* mit *Schmitt* feststellt, wird nicht dadurch abgeschafft, dass er kriminalisiert wird, vielmehr kann er dann nur noch in seiner schlimmsten Form geführt werden, weil das Gegenüber als Verbrecher auch moralisch disqualifiziert wird.¹⁴⁶

Klare Unterscheidungen fordert auch *Jakobs*, und zwar ebenfalls zum Zwecke der Einhegung: Die Unterscheidung zwischen schuldbezogenem Bürgerstrafrecht und bloß sicherndem Feindstrafrecht soll einerseits das Bürgerstrafrecht vor der Kontamination durch feindstrafrechtliche Elemente schützen und andererseits in Bezug auf die Feinde deutlich machen: Diese Delinquenten werden nicht bestraft, weil sie eine der Strafe adäquate Straftat begangen haben, sondern nur, weil die Gesellschaft sich vor ihnen schützen will. Der Rechtsstaat soll seine Grenze deutlich machen und nicht verschleiern. *Jakobs'* Übergang von der Deskription zur Präskription zielt also nicht auf die Ausweitung schon bestehender feinstrafrechtlicher Bestimmungen, sondern auf die Einführung eines Begriffs zur Kennzeichnung bestimmter Gesetze und ihrer Separierung vom Normalen, die deutlich macht: Hier behandelt der Staat den Delinquenten nicht mehr als Person oder Bürger, hier handelt es sich nicht um normales Strafrecht, sondern um eine Ausnahme als ultima ratio.¹⁴⁷ Die Kennzeichnung der faktisch schon stattfindenden Aussetzung partieller Rechte ist für *Jakobs* „das Warnzeichen der Ausnahme“, wohingegen die Inklusion solcher Bestimmungen in

das bürgerliche Recht sie gewissermaßen normalisiert.¹⁴⁸ Solange Gesetze, die de facto nicht gewöhnliches Strafrecht, sondern Präventionsrecht sind, nominell noch unter dem beruhigenden Namen des bürgerlichen Strafrechts firmieren, scheint rechtstaatlich nichts gegen ihre Expansion zu sprechen. Die Kennzeichnung als Feindstrafrecht macht hingegen die Notwendigkeit einer strikten Limitation deutlich. So plädiert *Jakobs* ja für eine Beschränkung des Feindstrafrechts auf das Erforderliche und eine Reduzierung bestehender feindstrafrechtlicher Regelungen.¹⁴⁹ Da der Feind an sich immer Person ist, ist auch nur die Verunmöglichung künftiger Angriffe erlaubt. Beim Terroristen etwa geht es primär darum, ihm sein „Recht auf Verhaltensfreiheit“¹⁵⁰ zu entziehen. Insofern ist Feindstrafrecht auch nur als negative Spezialprävention und nicht als negative Generalprävention legitim, da der Delinquent nicht für die Schadensneigung Anderer verantwortlich ist. Von Kritikern perhorreszierte Foltermethoden bleiben schlechthin indiskutabel.¹⁵¹

10. Feindstrafrecht als *contradictio in adjecto*

Argument: *Schmitt* erklärt also den Feind gerade nicht zum Verbrecher, *Jakobs* hingegen zum Gegenstand eines besonderen Strafrechts. Das letzte Argument stellt deshalb in Frage, ob man in Bezug auf einen Feind sinnvollerweise von Strafrecht sprechen kann oder man nicht eher von einer Art präventivem Sicherheitsrecht sprechen müsste.¹⁵² Dies lässt sich gerade unter Bezugnahme auf *Schmitt* bezweifeln: Insofern jeder Staat ein *ius ad bellum* besitzt, ist er als Feind anzuerkennen und nicht als Verbrecher zu disqualifizieren. Feindstrafrecht wäre insofern eine *contradictio in adjecto*, da der Feind keinerlei Pflichten gegen mich hat. Legitimerweise kann der Feind nicht bestraft, sondern nur als Gefahr bekämpft werden.

¹⁴⁴ *Pawlik* (Fn. 13), S. 20.

¹⁴⁵ So soll das *ius ad bellum* gerade eine gegenseitige Anerkennung der Kriegsgegner ermöglichen, die die Inkriminierung des Krieges verunmöglicht. Jeder Feind ist dann ein gerechter Feind. „Die Fähigkeit, einen *justus hostis* anzuerkennen, ist aber der Anfang allen Völkerrechts“, vgl. *Schmitt* (Fn. 125), S. 22. Dagegen *Kant* (Fn. 35 – *Metaphysik der Sitten*), S. 349 f.

¹⁴⁶ *Taubes* (Fn. 77), S. 50 f.

¹⁴⁷ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294): „Feindstrafrecht ist eben kein Regelwerk zur grenzenlosen Vernichtung, sondern ist im klug verwalteten Rechtsstaat eine ultima ratio, die bewusst als Ausnahme angewandt wird, als etwas, das nicht zu dauerndem Gebrauch taugt. Um zu dieser Selbstbescheidung zu kommen, ist es freilich erst einmal nötig zu wissen, was man bei feindstrafrechtlichen Regeln ‚in der Hand hält‘. Die vielleicht gutgemeinte, aber gewiß nicht gute Annahme, alles Recht sei stets jedermann gegenüber Recht, weil das nicht anders sein *dürfte*, vertuscht in ihrer einfältigen Zeichnung der Lage die – mehr oder weniger umfassende – Exklusion des Feindes, was seine *Rechte* angeht, und damit das Warnzeichen der Ausnahme.“ (*Hervorhebungen* im Original). Klugheit ist dabei nicht im Sinne der Zweckrationalität, sondern eher im Sinne der Phronesis zu verstehen.

¹⁴⁸ *Polaino-Orts* spricht deshalb treffend vom Feindstrafrecht als der „ultima ratio der ultima ratio des Strafrechts“, vgl. *Polaino-Orts*, in: Heinrich u.a. (Fn. 24), S. 91 (S. 111).

¹⁴⁹ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (297). So forderte er 1995 die Streichung der Vorfeldkriminalisierungen nach den §§ 267, 130, 131, 140 StGB, vgl. *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (858). Die Tatsache, dass etwa der kolumbianische Strafgerichtshof unter Berufung auf *Jakobs'* Feindstrafrecht bestimmte Rechtsvorschriften für verfassungswidrig erklärt hat, wird von manchem Kritiker einfach für der Sache nach bedeutungslos erklärt, so z.B. *Ambos* (Fn. 66), S. 374.

¹⁵⁰ *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (847).

¹⁵¹ Vgl. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (849). Das Feindstrafrecht „muss nicht heißen, nunmehr sei alles erlaubt, auch eine maßlose Aktion; vielmehr mag dem Feind eine potentielle Personalität zugestanden werden, so dass bei seiner Bekämpfung über das Erforderliche nicht hinausgegangen werden darf“, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 51.

¹⁵² *Jakobs* selbst hierzu: „Man mag fragen, warum diese Sicherung Feindstrafrecht heißt, wo es doch um ein *Sicherungsrecht* geht. Den Grund für diese Namensgebung liefert der Gesetzgeber, der die Sicherung formell als Strafrecht ausgestaltet“, vgl. *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294) – (*Hervorhebungen* im Original).

Bei *Jakobs* hingegen geht der Feind, der seinen bürgerlich-rechtlichen Personenstatus verliert, zwar bestimmter Rechte (im Extremfall sogar dem Grundrecht auf Leben)¹⁵³ verlustig, behält aber weiterhin sämtliche Pflichten. Wegen dieser Pflichtverletzung ist er überhaupt nur Verbrecher. Als Unperson wird der Feind dadurch behandelt, dass er bestimmter Rechte beraubt wird.¹⁵⁴ Das Feindstrafrecht entpersonalisiert ihn. Seine politischen Intentionen sind dabei unwichtig, relevant ist nur die wahrscheinliche zukünftige Normverletzung. Der Feind im Sinne des Feindstrafrechts wäre für *Jakobs* also zu unterscheiden vom Feind im Sinne des Kriegsrechts.

Dies stellt vor allem für *Pawlik* zumindest in Bezug auf den Terroristen eine Vereinfachung seines Status im Recht dar: Da bei ihm die „klassischen“ Unterscheidungen zwischen Krieg und Frieden, Kombattant und Nicht-Kombattant, Krieg und Verbrechen usw. nicht mehr passen, kann auch die klassische Unterscheidung zwischen Kriegsvölkerrecht und Strafrecht nicht mehr passen.¹⁵⁵ Das Recht gegen den Terroristen wäre eher ein „Präventionsrecht mit kriegsrechtlichen Elementen“¹⁵⁶. Ist für *Schmitt* das Partisanentum der „Nachfolger des herkömmlichen Staatenkrieges“¹⁵⁷, so sieht *Pawlik* im Anschluss an die Theorie des Partisanen den modernen Terrorismus als dessen konsequente Fortführung. Wie bei *Schmitt* der Partisan so muss auch bei *Pawlik* der Terrorist nicht inkriminiert werden.¹⁵⁸ In der Bekämpfung der Gefährdung durch den Terrorismus wird vielmehr die spezialpräventive Zielsetzung aus dem Kriegsrecht in Form einer Strafnorm realisiert. Beide – der Umgang mit dem militärischen Gegner wie die negative Spezialprävention – zielen einzig auf die Unschädlichmachung des Gegners.¹⁵⁹ Unschädlichmachung bzw. Spezialprävention im kriegsrechtlichen Sinne bedeutet – ganz im Anschluss an *Schmitt* – aber gerade keine Entpersonalisierung des unschädlich gemachten Feindes. Insofern der Terrorist zum Feind im quasi kriegsrechtlichen Sinne erklärt wird, wird er gerade anerkannt.¹⁶⁰ Nur im Rahmen regulären Strafrechts wäre die radikale Spezialprävention entpersonalisierend. *Jakobs'* Feindstrafrecht

konfundiert in diesem Sinne Strafrecht und Kriegsrecht. Dies ist insofern richtig, als für *Jakobs* die Entpersonalisierung darauf gründet, den Feind partiell dauerhaft als von Lust und Unlust statt von verpflichtender Norm bestimmt zu sehen. Ob dies für den Terroristen, der sich ja durch alternative oder sogar höherwertige Normen bestimmt sieht, gilt, ist fraglich.¹⁶¹

Analyse: Zwei Dinge lassen sich allerdings einwenden:

1.) Was ist mit den nicht gegen Terroristen gerichteten feindstrafrechtlichen Bestimmungen? Die Gefährdung durch organisierte Kriminelle lässt sich nicht mehr analog zu der Gefährdung durch einen militärischen Gegner bzw. Partisanen verstehen.

2.) Sollten wir den Terroristen wirklich als Fortsetzung des Partisanen verstehen? Nicht nur, dass den modernen Terroristen zumeist der tellurische Charakter des Partisanen fehlt und es eher selten um die bloße Befreiung der eigenen Heimat von einem Besatzer geht, scheint mir die entscheidende Differenz zu sein, dass der Partisan zwar davon profitiert, selbst nicht als Kombattant gekennzeichnet zu sein, aber zumindest nur gegnerische Kombattanten angreift. Der Terrorist hingegen greift zumeist bewusst die Zivilbevölkerung an, um Angst und Schrecken zu verbreiten.¹⁶² Dies scheint dafür zu sprechen, den Terroristen mit *Jakobs* eher in die Kategorie des Verbrechers einzustufen. Der Unterschied wäre eher quantitativer Natur: Der Sexualstraftäter erkennt wie der Mafioso die Rechtsordnung des Staates nur teilweise nicht an, der Terrorist grundsätzlich. Deshalb wird normalerweise auch sein Gefährdungspotential größer sein. Das macht ihn aber nicht zum Feind im Sinne von *Schmitts* *hostis* – anders als der Partisane, der tatsächlich Kriegspartei in einem Krieg ist, den er aufgrund seiner Unterlegenheit nur asymmetrisch führen kann.

Zwischen beiden Argumentationen scheint eine Pattsituation zu bestehen. Aber diese macht deutlich, dass die Inkriminierung des Feindes nach dem Feindstrafrecht nur eine relative sein kann: Denn der Delinquent hat zwar gegen Normen verstoßen, wird dafür aber in einer Weise bestraft, die weit über seine Schuld hinausgeht. In gewisser Hinsicht – und hierin besteht die entscheidende Pointe von *Jakobs'* Vorschlag, Feindstrafrecht und bürgerliches Recht zu trennen – werden der Terrorist, der noch nicht unmittelbar zum Tatversuch übergegangen ist, der Mafioso, der nur wegen seiner Angehörigkeit zu einer kriminellen Vereinigung verurteilt wird, und der sicherheitsverwahrte Straftäter, der seine Schuld schon beglichen hat, nach *Jakobs* disinkriminiert: Sie werden auf Grund eines Sicherheitsbedürfnisses der Gesellschaft so schwer bestraft und nicht wegen ihrer Schuld. Das bürgerliche Strafrecht suggeriert, sie würden als Straftäter verurteilt, das Feindstrafrecht macht dagegen klar: hier wird jemand, der in relativer Hinsicht unschuldig ist, bestraft, weil

¹⁵³ *Jakobs* sieht in der Aberkennung dieses Grundrechts wie mir scheint zu Recht einen Höchstgrad möglicher Entpersonalisierung. Dagegen interpretiert das BVerfG den Abschuss eines nur mit Terroristen bemannten Flugzeugs, das zur Tötung von Zivilisten eingesetzt werden soll, als Anerkennung der Personalität der getöteten Terroristen: BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, Rn. 140 ff.

¹⁵⁴ *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293): „Seine Pflichten bleiben ungeschmälert (wenn auch mit Pflichterfüllung kognitiv nicht mehr gerechnet wird), sonst wäre er mangels einer Pflichtverletzung nicht Verbrecher. Soweit ihm Rechte genommen werden, wird er – definitionsgemäß – nicht als Person im Recht behandelt.“

¹⁵⁵ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 22.

¹⁵⁶ *Pawlik* (Fn. 13), S. 47.

¹⁵⁷ *Pawlik* (Fn. 13), S. 42.

¹⁵⁸ Vgl. hierzu: *Schmitt* (Fn. 141), S. 87.

¹⁵⁹ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 26.

¹⁶⁰ Vgl. *Pawlik* (Fn. 13), S. 40 f.

¹⁶¹ Dagegen freilich: *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831.

¹⁶² So *Pawlik* (Fn. 13), S. 23 selbst: Die Strategie der Terroristen besteht gerade in der Aufhebung der Unterscheidung von Kombattanten und Nicht-Kombattanten, warum sollten die Terroristen also die Vorzüge dieser Unterscheidung genießen?

wir begründet unterstellen, von ihm könnte eine Gefahr ausgehen.¹⁶³

III. Feindstrafrecht als regulative Idee

Nachdem nun die grundsätzlichen Einwände gegen *Jakobs'* „Feindstrafrecht“ zwar wohl nicht vollständig ausgeräumt, aber doch zumindest fragwürdig geworden sein sollten, scheinen mir im Umgang mit diesem Konzept folgende Alternativen möglich zu sein:

1. Man gesteht schon das deskriptive Potential des Konzepts nicht zu, indem man alle Vorfeldkriminalisierungen, den Abbau prozessualer Garantien etc. für völlig unbedenklich hält. Diese Position impliziert, dass der Staat seine Bürger nicht schon dann als Feinde behandelt, wenn er Verhaltensweisen im Privatbereich bestraft, schließlich differenziert auch die Rechtsprechung des BVerfG die Sphäre der Privatheit in einen unantastbaren Kernbereich und eine staatlich regelbare Sphäre, und legitimiert so Eingriffe in dessen weitere Sphäre.¹⁶⁴ Diese Position ist zwar logisch konsistent und konsequent, scheint aber weitere Erosionen des Strafrechts zu legitimieren, sofern sie nur durch das BVerfG nicht für verfassungswidrig erklärt werden.

2. Der überwiegende Tenor der Literatur zum Feindstrafrecht ist dagegen folgender: Als kritisches Instrument zur deskriptiven Analyse des Strafrechts wurde und wird das Konzept weitgehend positiv aufgenommen.¹⁶⁵ Präskriptiv verstanden wird der Begriff jedoch abgelehnt.¹⁶⁶ Das Konzept ist also ein taugliches Instrument zur kritischen Beschreibung bestimmter Entwicklungen im Strafrecht, positiv verstanden handelt es sich um eine *contradictio in adjecto*.¹⁶⁷ Hieraus ergibt sich notwendig die Forderung nach der Abschaffung

sämtlicher feindstrafrechtlicher Bestimmungen. Diese Position möchte ich die extrem idealistische nennen: wirklich konsequent realisiert scheint sie allerdings zur Selbstaufhebung des Ideals zu führen, da es tatsächlich fraglich ist, ob ein solcher Staat die Sicherheit seiner Bürger ausreichend garantieren könnte.

3. Man stimmt der präskriptiven Fassung des Feindstrafrechts in der Form zu, dass alle feindstrafrechtlichen Regelungen beibehalten bzw. ausgebaut werden und als solche bezeichnet werden sollen. Diese Position wird in der Wissenschaft de facto nicht vertreten und hätte wohl auch wenig Möglichkeiten, politisch realisiert zu werden.

4. Man lehnt das Feindstrafrecht wie Position 2 aus vorgeblich normativen Gründen ab, befürwortet aber letztlich wie Position 1 bzw. 3 alle Maßnahmen, die *Jakobs* als feindstrafrechtlich kennzeichnet. Bei dieser Kritik handelt es sich nur um die „Tabuisierung des Begriffs“.¹⁶⁸ So etwa, wenn der damalige Generalbundesanwalt Kay Nehm bei der Deutschen Strafrechtslehretagung in Frankfurt/Oder 2005 zwar das Feindstrafrecht ablehnt, dabei aber gleichzeitig konkrete Neuregelungen im Sinne des Feindstrafrechts fordert¹⁶⁹ und sich bereits 2002 in „Gedanken zum 11. September“ für die gegenüber den „allerlei Restriktionen unterworfenen nachrichtendienstlichen und präventiv-polizeilichen Mitteln“ „ungleich komfortablere[n] Möglichkeiten der Aufklärung“ durch den „Einsatz prozessualer Zwangsmittel“ enthusiastisiert.¹⁷⁰ Solch ein Vorgehen führt letztlich zur realen Expansion feindstrafrechtlicher Momente, weil es „unter allen am meisten [ausschließlich] für den vornehmen Ton gemacht“¹⁷¹ ist.

5. Man versteht das Feindstrafrecht gerade in seiner affirmativen Wendung weiterhin als kritisch. Denn diese Wendung bedeutet gerade nicht die Bejahung aller denkbaren möglichen Weisen, mit dem Feind umzugehen, sondern die Affirmation einer Kennzeichnung: Nämlich die Benennung der Momente als feindstrafrechtlich, die dem Begriff des Bürgers bzw. der Person widersprechen. In diesem Sinne gleicht die geforderte Wirklichkeit des Begriffs Feindstrafrecht mehr der einer regulativen Idee: Man gesteht zu, dass es in jeder wirklichen Rechtsordnung feindstrafrechtliche Regelungen gibt, von denen manche für die Erhaltung der Rechtsordnung notwendig sein mögen – insbesondere bestimmte Vorfeldkriminalisierungen.¹⁷² Das heißt nicht, dass sie immer

¹⁶³ In dieser Hinsicht ist es noch nicht einmal sicher, das das Feindstrafrecht „sich, auf den Begriff gebracht, als Recht erweist“, vgl. *Jakobs* (Fn. 14), S. 51.

¹⁶⁴ Vgl. *Gössel* (Fn. 113), S. 45.

¹⁶⁵ Vgl. *Hörnle* (Fn. 78), S. 85-105. *Gössel* hält den Begriff für zustimmungsfähig, insofern er zum Zweck der Beschränkung staatlicher Strafgewalt eingesetzt wird, vgl. *Gössel* (Fn. 113), S. 45. So verwenden sogar die Strafverteidigervereinigungen zur Kennzeichnung des Reformvorhabens zur Sicherungsverwahrung den Begriff „Feindstrafrecht“

(<http://www.strafverteidigervereinigungen.de/Material/Stellungnahmen/StellungnahmeDiskussionspapierSV Okt 2010.pdf> [28.2.2012], S. 4). Kritisch dazu vgl. *Saliger* (Fn. 84), S. 210.

¹⁶⁶ *Neumann* (Fn. 103), S. 314: „Der Begriff des ‚Feindstrafrechts‘ hat einen guten Sinn, wenn er als analytische Kategorie oder aber in kritischer Absicht, zum Zwecke der Denunziation einer Rechtsordnung verwendet wird, die den straffällig gewordenen Bürger nicht als straffällig gewordenen Bürger, sondern eben als ‚Feind‘ behandelt. Wird der Begriff in einem affirmativen Sinne gebraucht, gerät er zur gefährlichen politischen Rhetorik, weil er die Suggestion nahe legt, zur Bekämpfung des Feindes sei dem Strafrecht (fast) alles erlaubt, und weil die Definition des ‚Feindes‘, wie die historische Erfahrung lehrt, in der Praxis der staatlichen Verfolgung von Personengruppen nicht zu kontrollieren ist.“

¹⁶⁷ *Meliá*, ZStW 117 (2005), 267 (268).

¹⁶⁸ *Meliá*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 1 (S. 9). Vgl. dazu kritisch: *Prittwitz*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 169 (S. 179).

¹⁶⁹ Vgl. *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (886 f.).

¹⁷⁰ *Nehm*, NJW 2002, 2665 (2670).

¹⁷¹ *Kant* (Fn. 35 – Zum ewigen Frieden), S. 395.

¹⁷² In diesem Sinne sind Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht „zwei Idealtypen, die sich kaum je rein verwirklicht finden lassen“, denn formell wird auch der Terrorist noch als Person behandelt, insofern ihm im Verfahren Rechte bürgerlicher Beschuldigter zukommen, und auf der anderen Seite finden sich auch bei Verurteilung von Bürgern Momente der Gefahrenabwehr. Es handelt sich um „zwei gegenläufige Tendenzen in einem Zusammenhang des Strafrechts“, vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (*Hervorhebung* im Original).

und in beliebiger Exzessivität legitim sind.¹⁷³ So besteht die regulative Funktion vornehmlich in der Aussonderung feindstrafrechtlicher Elemente aus dem gewöhnlichen Strafrecht – soweit wie möglich ist diese Aussonderung als Abschaffung zu vollziehen. Als regulative Idee sorgt sie in Bezug auf die notwendigen Bestimmungen zumindest noch für klare Unterscheidungen und kann damit wiederum ein kritisches Potential entfalten. Völlig widersinnig sind deshalb Urteile über das Feindstrafrecht als eine Theorie, die vermieden werden müsse, aber eine Realität, die nicht beseitigt werden könne.¹⁷⁴ Es verhält sich genau umgekehrt: Die Realität hat auf den Begriff gebracht zu werden, zumal wenn sie als aus rechtsstaatlicher Sicht skandalöse Wirklichkeit *kata to dynaton* beseitigt werden soll!

¹⁷³ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (95).

¹⁷⁴ *Fiandacas*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 21.

Der Begriff der Ehe in § 237 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Jens Bülte**, Wiss. Hilfskraft **Raymond Becker**, Heidelberg*

I. Einleitung

Die Einführung der Strafvorschrift der Zwangsheirat¹ in § 237 StGB² kann als ein Kernstück des „Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften“ vom 23.6.2011³ bezeichnet werden. Zwar bestand schon vor Inkrafttreten des § 237 StGB strafrechtlicher Schutz gegen die Zwangsheirat, da die Nötigung zur Eingehung der Ehe in § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB a.F. als Regelbeispiel einen besonders schweren Fall der Nötigung darstellte und die zur Erzwingung der Heirat getätigten Handlungen im Übrigen anderen allgemeinen Straftatbeständen, wie etwa den Körperverletzungs- oder den Freiheitsdelikten, unterfallen konnten.⁴ Jedoch knüpft der Gesetzgeber an die am 1.7.2011 in Kraft getretene Strafvorschrift hohe Erwartungen: Durch die Schaffung eines eigenständigen Straftatbestandes soll gegenüber der Öffentlichkeit stärker als bislang zum Ausdruck gebracht werden, dass der Staat das mit einer Zwangsverheiratung einhergehende Unrecht nicht duldet. Insbesondere soll der Fehlvorstellung begegnet werden, dass es sich bei der Zwangsheirat „um eine zumindest tolerable Tradition aus früheren Zeiten oder anderen Kulturen“ handelt.⁵ Darüber hinaus ist zu beachten, dass die neue Regelung inhaltlich weiter reicht als § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB a.F., da in § 237 Abs. 2 StGB nunmehr bestimmte Handlungen, die der späteren Begehung einer Nötigung zur Eingehung der Ehe dienen, mit Strafe bedroht sind.

Die neue Strafvorschrift, deren Notwendigkeit in der Literatur eingehend diskutiert wurde,⁶ wirft schwierige Auslegungs- und Anwendungsfragen auf. Zu diesen Fragen wurde in der Literatur bereits umfassend Stellung genommen.⁷ Im

Mittelpunkt des § 237 StGB steht der Begriff „Ehe“, der den Schutzbereich der Strafvorschrift bestimmt: Die Strafbarkeit nach § 237 Abs. 1 S. 1 StGB setzt voraus, dass das Opfer zur Eingehung der Ehe genötigt worden ist. Der Tatbestand des § 237 Abs. 2 StGB wird erfüllt, wenn der Täter eine der dort aufgeführten Tathandlungen zur Begehung einer Tat nach § 237 Abs. 1 StGB, also zur Begehung einer Nötigung zur Eingehung der Ehe, vornimmt. Aufgrund der zentralen Bedeutung, die damit dem Begriff der Ehe innerhalb dieser Bestimmungen zukommt, erscheint eine intensivere Auseinandersetzung mit diesem Tatbestandsmerkmal erforderlich. Im Folgenden soll daher – nachdem Rechtsgut und Struktur der neuen Strafvorschrift skizziert wurden – der speziellen Frage der Auslegung des Begriffs der Ehe nachgegangen werden.

II. Geschütztes Rechtsgut und Struktur des § 237 StGB

Als geschütztes Rechtsgut des neu eingeführten § 237 StGB ist – ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs – die „Eheschließungsfreiheit“ anzusehen.⁸ Die Verfasser des Gesetzentwurfs verstehen darunter mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der die Eheschließungsfreiheit über Art. 6 Abs. 1 GG grundrechtlichen Schutz genießt,⁹ „das Recht jedes Menschen, die Ehe mit einer selbst gewählten Person einzugehen“, und begründen die neue Strafvorschrift damit, dass die „Zwangsheirat“ dieses im Grundgesetz, in Art. 12 EMRK und in Art. 16 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte geschützte Recht verletzt.¹⁰ Die Eheschließungsfreiheit schließt letztlich auch die Freiheit über die Entscheidung ein, überhaupt eine Ehe einzugehen. § 237 StGB schützt nach dem Gesagten somit das Rechtsgut allein in individualrechtlicher Hinsicht.¹¹ Die so verstandene negative Eheschließungsfreiheit lässt sich als Ausschnitt der Freiheit der Willensentschließung und -betätigung, die über den Tatbestand der Nötigung gemäß § 240 StGB geschützt wird,¹² begreifen.¹³

Die neu geschaffene Strafvorschrift der Zwangsheirat enthält zwei Straftatbestände: § 237 Abs. 1 S. 1 StGB erfasst den Fall der Nötigung zur Eingehung der Ehe („Zwangsverheiratung“) und droht eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren an. Die Regelung setzt als Nötigungsmittel

(790 ff.); *Valerius* (Fn. 2), § 237 Rn. 3 ff.; *ders.*, JR 2011, 430 (432 ff.).

⁸ BT-Drs. 17/4401, S. 1, 8; siehe auch *Eisele/Majer*, NStZ 2011, 546 (547); *Fischer* (Fn. 1), § 237 Rn. 3; *Rössner*, in: *Dölling/Dutge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl. 2011, § 237 Rn. 2; *Schumann*, JuS 2011, 789 (790).

⁹ BVerfGE 31, 58 (67); 76, 1 (42); 105, 313 (342).

¹⁰ BT-Drs. 17/4401, S. 8.

¹¹ *Eisele/Majer*, NStZ 2011, 546 (548).

¹² H.M.; BVerfGE 73, 206 (237); *Fischer* (Fn. 1), § 240 Rn. 2 m.w.N.

¹³ So zutreffend *Schumann*, JuS 2011, 789.

* Die Autoren sind tätig bei Prof. Dr. Gerhard Dannecker am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Heidelberg.

¹ Kritisch zu dieser Überschrift *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 59. Aufl. 2012, § 237 Rn. 2; *Valerius*, JR 2011, 430 (431).

² Siehe ausführlich zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Letzgas*, FPR 2011, 451 (452 f.); *ders.*, in: *Paeffgen u.a.* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 1231, (S. 1233 f.); *Valerius*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.12.2011 (Edition 17), § 237 Rn. 1 ff.

³ BGBl. I 2011, S. 1266.

⁴ BT-Drs. 17/4401, S. 9.

⁵ BT-Drs. 17/4401, S. 9; ferner *Sering*, NJW 2011, 2161.

⁶ Vgl. nur *Hefendehl*, JA 2011, 401 (406); *Letzgas*, FPR 2011, 451 (453 f.); *Yerlikaya*, in: *Gropp* (Hrsg.), *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht*, 2010, S. 451 ff.; *Valerius*, JR 2011, 430 (431 f.).

⁷ Siehe insbesondere *Eisele/Majer*, NStZ 2011, 546 (547 ff.); *Fischer* (Fn. 1), § 237 Rn. 8 ff.; *Schumann*, JuS 2011, 789

„Gewalt“ oder „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ voraus. Da sich der Wortlaut insoweit mit § 240 Abs. 1 StGB deckt und überdies mit der Schaffung des § 237 Abs. 1 S. 1 StGB das in § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB a.F. enthaltene Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall der Nötigung in einen eigenständigen Straftatbestand überführt wurde, lassen sich zur Bestimmung dieser Tatbestandsmerkmale die dort geltenden Auslegungsgrundsätze heranziehen.¹⁴ Ebenso wie nach § 237 Abs. 1 StGB wird nach § 237 Abs. 2 StGB bestraft, wer zur Begehung einer Tat nach Absatz 1 einen anderen durch Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List in ein Gebiet außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Strafgesetzbuchs verbringt oder veranlasst, sich dorthin zu begeben, oder davon abhält, von dort zurückzukehren („Heiratsverschleppung“). Das besondere Unrecht der Tat ergibt sich hier daraus, dass der Täter dem Opfer den tatsächlichen und rechtlichen Schutz im Inland entzieht, um die spätere Nötigung zur Eheschließung zu ermöglichen.¹⁵ Die Regelung in § 237 Abs. 2 StGB wurde – ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs¹⁶ – dem Tatbestand der Verschleppung in § 234a StGB nachgebildet. Die Auslegung des Tatbestandes kann daher in Anlehnung an die dortige Auslegung erfolgen.

Aus § 237 Abs. 3 StGB ergibt sich für beide Straftatbestände die Strafbarkeit des Versuchs. In Absatz 4 ist – wiederum für beide Tatbestände – der minder schwere Fall geregelt, bei dessen Vorliegen eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vorgesehen ist. § 237 Abs. 1 S. 2 StGB enthält eine spezifische Regelung zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Tat, die bereits aus § 240 Abs. 2 StGB bekannt ist. Die dort als „Verwerflichkeitsklausel“ bezeichnete Regelung¹⁷ wurde wörtlich in die neue Strafvorschrift übernommen.¹⁸ In Absatz 2 findet sich eine derartige Formulierung nicht. Aufgrund der systematischen Stellung der Verwerflichkeitsklausel in § 237 Abs. 1 StGB und des damit hergestellten Bezugs zur „Tat“ nach dessen Satz 1 kann sie nur auf den dort geregelten Straftatbestand Anwendung finden. Für § 237 Abs. 2 StGB gilt sie somit nicht.

III. Begriff der Ehe

Gemäß § 237 Abs. 1 S. 1 StGB muss der Einsatz des Nötigungsmittels „zur Eingehung der Ehe“ geführt haben. Erst mit Eintritt dieses besonderen Nötigungserfolgs ist der Tatbestand vollendet. Kommt es nicht zur Eheschließung oder wird die Ehe unabhängig vom eingesetzten Nötigungsmittel ge-

schlossen, so ist eine Versuchsstrafbarkeit gemäß § 237 Abs. 3 StGB in Betracht zu ziehen.¹⁹ Mit der Vollendung der Tat tritt zugleich ihre Beendigung ein. Für die Annahme einer der Vollendung nachgelagerten Beendigungsphase besteht hier kein Raum,²⁰ da mit der Eingehung der Ehe der ausgeübte Zwang und damit das Tatgeschehen auch tatsächlich ihren Abschluss gefunden haben.²¹ Ab diesem Zeitpunkt beginnt somit die Verjährung der Tat i.S.d. § 78a StGB; die Verjährungsfrist beträgt gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre. In § 237 Abs. 2 StGB ist die Eingehung der Ehe durch das Opfer hingegen keine Voraussetzung des objektiven Deliktstatbestandes. Nach dem Tatbestand, der typische Vorbereitungshandlungen erfasst, muss der Täter jedoch handeln, um eine Tat nach § 237 Abs. 1 StGB zu begehen. Insoweit ist auch hier der Begriff der Ehe – wenn auch nur auf subjektiver Ebene – relevant. Im Folgenden soll dieser Begriff eingehend untersucht werden.

I. Ausgangspunkt

Bereits nach § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB a.F. setzte die Erfüllung des Regelbeispiels voraus, dass „zur Eingehung der Ehe“ genötigt wurde. Zur Frage danach, wie der Begriff „Ehe“ auszulegen ist, finden sich in der dazu publizierten Literatur allerdings keine Ausführungen. Als Voraussetzung wird nur genannt, dass eine wirksame Ehe geschlossen worden sein muss.²² Aus dieser Aussage lässt sich für die Klärung des Begriffs kaum etwas gewinnen. Ohne Zweifel ist als Ehe nur die Verbindung zwischen Mann und Frau anzusehen, da zwei Personen gleichen Geschlechts keine Ehe, sondern eine Lebenspartnerschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 LPartG²³ begründen. Das Nötigen zur Eingehung der Lebenspartnerschaft²⁴ unterfällt somit nicht dem Wortlaut des § 237 StGB. Zu erwägen ist in diesem Fall jedoch die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles der Nötigung gemäß § 240 Abs. 4 S. 1 StGB.

Dem Ehebegriff unterfällt zumindest jede nach §§ 1310 ff. BGB wirksam geschlossene Ehe.²⁵ Erfasst sind daher auch solche Ehen, die nach §§ 1313 ff. BGB aufgehoben werden können.²⁶ Hier sind insbesondere die durch Drohung bewirk-

¹⁹ Vgl. *Valerius* (Fn. 2), § 237 Rn. 13.

²⁰ Anders aber unter Verjährungsgesichtspunkten *Yerlikaya/Çakır-Ceylan*, ZIS 2011, 205 (207).

²¹ Vgl. auch *Fischer* (Fn. 1), § 237 Rn. 22.

²² *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 240 Rn. 59a; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 240 Rn. 38; vgl. auch BT-Drs. 15/3045, S. 10.

²³ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) v. 16.2.2001 (BGBl. I 2001, S. 266); zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes v. 6.7.2009 (BGBl. I 2009, S. 1696).

²⁴ Die praktische Relevanz eines solchen Falles ist freilich gering, vgl. *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (549); *Schumann*, JuS 2011, 789 (791); *Sering*, NJW 2011, 2161 (2162).

²⁵ Vgl. auch *Fischer* (Fn. 1), § 237 Rn. 11.

²⁶ *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (550); *Fischer* (Fn. 1), § 237 Rn. 11; *Valerius*, JR 2011, 430 (432).

¹⁴ *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (548), vgl. auch *Schumann*, JuS 2011, 789 (790); *Valerius* (Fn. 2), § 237 Rn. 4, 5; *ders.*, JR 2011, 431 (432).

¹⁵ BT-Drs. 17/4401, S. 12; *Fischer* (Fn. 1), § 237 Rn. 16; *Sering*, NJW 2011, 2161 (2162).

¹⁶ BT-Drs. 17/4401, S. 12.

¹⁷ Vgl. etwa *Fischer* (Fn. 1), § 240 Rn. 40; zur Frage der dogmatischen Einordnung der Verwerflichkeitsklausel siehe *Toepel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 240 Rn. 137 f.; *Fischer* (Fn. 1), § 240 Rn. 38 f., jeweils m.w.N.

¹⁸ Vgl. auch BT-Drs. 17/4401, S. 12.

te Eheschließung (vgl. § 1314 Abs. 2 Nr. 4 BGB) und die Scheinehe (vgl. § 1314 Abs. 2 Nr. 5 StGB), die den Aufenthalt des Ehegatten in Deutschland ermöglichen soll, zu nennen. Bei einer Scheinehe sollte allerdings im Einzelfall im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden, dass mit einer solchen ein geringerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Nötigungsopters einhergehen wird, soweit von diesem nicht das dauerhafte Zusammenleben mit dem Ehepartner verlangt wird.

Wie auch § 237 Abs. 2 StGB verdeutlicht, sollen mit dem neuen Straftatbestand nicht nur im Inland vorgenommene Zwangsverheiraten, sondern auch solche, die im Ausland stattfinden, unter Strafdrohung gestellt werden.²⁷ Daher unterfallen dem Tatbestand auch im Ausland geschlossene Ehen, die nach Art. 11, 13 EGBGB nach deutschem Recht gültig sind. Einen Problemfall stellt zwar die so genannte Handschuhehe dar,²⁸ die nicht – wie im deutschen Ehe recht zwingend vorgesehen – persönlich geschlossen worden, sondern durch Erklärungen von Boten der Eheleute zustande gekommen ist. Nach der familiengerichtlichen Rechtsprechung verstößt eine solche, im Ausland nach dortigem Recht wirksam geschlossene, Ehe aber nicht gegen den *ordre public* des Art. 6 EGBGB.²⁹ Kommt es also durch den Einsatz von Nötigungsmitteln zu einer solchen Eheschließung, die nach deutschem Recht gültig ist, so erfüllt auch diese die Voraussetzungen des § 237 Abs. 1 S. 1 StGB.

2. Anwendung der Strafvorschrift auf Nichtehe

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. hatte bereits in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf auf die Problematik der Nötigung zu rein religiösen oder ansonsten außerrechtlichen Eheschließungen wie z.B. zur „Imam-Ehe“ hingewiesen und unter anderem vorgeschlagen, den Tatbestand um den Passus „oder einer nach Landesrecht vergleichbaren, eheähnlichen Verbindung“ zu erweitern.³⁰ Eine solche Umformulierung des Tatbestandes wäre dann überflüssig, wenn man mit einer Auffassung in der Literatur³¹ davon ausgeht, dass nicht nur die rechtlich wirksame Ehe, sondern die in dem Vorschlag des Deutschen Juristinnenbundes genannten Formen der Verbindung zwischen Mann und Frau ohnehin unter den Ehebegriff des § 237 StGB fallen. Nach dieser Ansicht ist nicht allein die nach deutschem Recht oder zumindest nach der *lex patriae* der Eheleute geschlossene Ehe, die in Deutschland nach Art. 13 EGBGB als wirksam angesehen wird, tauglicher Taterfolg des § 237 StGB. Vielmehr seien zum einen auch solche Formen der Ehe vom Anwendungsbereich des § 237 StGB erfasst, die zwar im Ausland als rechtlich wirksam angesehen werden, aber in Deutschland wegen

eines Verstoßes gegen den *ordre public* als Nichtehe gelten. Zum anderen soll § 237 StGB nach dieser Ansicht auch vor dem Zwang zu solchen eheähnlichen Verbindungen schützen, die nach der *lex patriae* keinerlei Rechtswirkungen haben, weil sie allein auf religiösen oder außerrechtlichen Normen beruhen und daher nur durch die jeweilige Gemeinschaft, innerhalb derer die Verbindungen geschlossen werden, nicht aber durch den Staat, auf dessen Staatsgebiet sie geschlossen werden, als wirksam anerkannt werden. Auch wenn diese Lösung einen effektiven Schutz der von der Tathandlung des § 237 StGB Betroffenen zu versprechen scheint, begegnet diese weite Auslegung des Ehebegriffs grundlegenden Bedenken: Neben den auch von den Befürwortern der weiten Auslegung zugestandenen Gründen wie der Verwendung des Begriffs „Eingehung der Ehe“ aus §§ 1303 ff. BGB in § 237 StGB und dem ausländerechtlichen Zusammenhang, in dem die Strafvorschrift steht und der die Ehe ohne staatliche Mitwirkung ausklammert,³² steht der Anwendung des § 237 StGB auf Nichtehe auch die gesetzliche Schutzgutbestimmung entgegen.

a) Bestimmung des Schutzguts von § 237 StGB durch den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG

Die Begründung des Gesetzentwurfs weist als Ziel der Gesetzesinitiative den Schutz des „hohen Rechtsguts der Eheschließungsfreiheit“ aus.³³ Es heißt in der Begründung weiter, dass „durch die Zwangsheirat das durch die Verfassung geschützte Recht des Opfers auf selbstbestimmte Heirat“ verletzt werde.³⁴ Ferner wird auf die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 6 Abs. 1 GG sowie auf Art. 16 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen und Art. 12 EMRK verwiesen, die ebenfalls die Eheschließungsfreiheit garantieren.³⁵ Der Gesetzentwurf bindet den Schutzbereich des Gesetzespaketes und damit auch des § 237 StGB insofern an die genannten Grund- und Menschenrechte. Die Begründung eines früheren Entwurfs eines Gesetzes zum Schutz gegen die Zwangsheirat spezifizierte die Bindung im Hinblick auf die nach der ständigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Eheschließungsfreiheit, die durch das Ehe recht grundsätzlich adäquat umgesetzt werde.³⁶

Aus dieser in den Gesetzesmaterialien angelegten Beziehung zwischen Art. 6 Abs. 1 GG und § 237 StGB, die im Gesetz durch die Verwendung des Begriffs der Ehe zum Ausdruck kommt, folgt die Notwendigkeit einer Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Ehe“ über den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG: Wenn das „Zwangsheirats-Bekämpfungsgesetz“ das Recht der Eheschließungsfreiheit schützen soll, kann dieser strafrechtliche Schutz nicht über den grundrechtlichen Schutzbereich der Eheschließungsfreiheit hinausgehen. Dieser Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jede wirksam

²⁷ Schumann, JuS 2011, 789 (791).

²⁸ Ausführlich dazu Eisele/Majer, NSTZ 2011, 546 (549 f.).

²⁹ BGHZ 29, 137; KG OLGZ 1973, 435.

³⁰ Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes e.V. zu BT-Drs. 17/4401 v. 10.3.2011, S. 5 (als PDF-Datei abrufbar unter: <http://www.djb.de/Kom/K5/st11-02/> [zuletzt abgerufen am 14.3.2012]).

³¹ Eisele/Majer, NSTZ 2011, 546 (550 f.); Valerius, JR 2011, 430 (432).

³² Hierzu Valerius, JR 2011, 430 (432).

³³ BT-Drs. 17/4401, S. 1.

³⁴ BT-Drs. 17/4401, S. 8.

³⁵ BT-Drs. 17/4401, S. 8; BT-Drs. 17/1213, S. 8.

³⁶ BT-Drs. 16/1035, S. 7.

im Inland geschlossene Ehe wie auch jede im Ausland nach der *lex patriae* der Eheleute geschlossene Ehe, die nach deutschem Recht Gültigkeit hat.³⁷ Damit sind auch die so genannten Handschuehen, bei denen die Erklärung zur Eingehung der Ehe nicht persönlich, sondern durch einen Boten abgegeben wird, vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG umfasst, soweit sie nach dem Recht des Staates, in dem sie geschlossen wurden, wirksam sind, denn sie verstoßen nicht gegen den *ordre public*.³⁸

b) Anwendbarkeit des § 237 StGB auf die „echte“ Stellvertreterehe

Problematisch erscheint jedoch, ob auch die „echte“ Stellvertreterehe (Vertretung im Willen), wie sie etwa nach pakistanischem oder iranischem Recht möglich und wirksam ist,³⁹ noch vom Ehebegriff des § 237 StGB und damit vom Schutzbereich dieser Vorschrift umfasst ist. Denn eine solche Eheschließung verstößt gegen den *ordre public*, weil sie eine Eheschließung gegen den Willen der Braut ermöglicht und ihr damit nicht die Wahl des Ehegatten überlässt.⁴⁰ Gegen die Einbeziehung einer solchen nach deutschem Recht als Nichtehe anzusehenden Verbindung in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG könnte die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts in der so genannten Ferntrauungsentscheidung sprechen.⁴¹ Darin hatte der *Erste Senat* festgestellt, dass sich die vom Grundgesetz vorgegebene Institution der Ehe, auch wenn man in Art. 6 Abs. 1 GG eine Grundrechtsnorm mit übergesetzlichem und vorstaatlichem Inhalt sehe, als die auf dem freien Entschluss von Mann und Frau beruhende, unter Wahrung bestimmter vom Gesetz vorgeschriebener Formen geschlossene Einehe darstelle. Auch in der Entscheidung zur „hinkenden Ehe“⁴² stellte der *Senat* fest, dass die durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Strukturprinzipien zwar der Verfügungsgewalt des Gesetzgebers entzogen seien, aber die Verfassungsnorm dennoch gesetzliche Regelungen über die Form und die sachlichen Voraussetzungen der Eheschließung verlangen.⁴³

Aber andererseits betont das Bundesverfassungsgericht in beiden Entscheidungen vorrangig die Ordnungsfunktion der staatlichen Beteiligung an der Eheschließung: Die Mitwirkung eines Standesbeamten habe den Zweck, die im Hinblick auf die Bedeutung der Ehe erforderliche Mitwirkung des Staates an der Eheschließung zu sichern.⁴⁴ Das Gericht misst damit dem Ordnungselement der staatlichen Mitwirkung eine

erhebliche Bedeutung zu. Die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG verlange notwendig eine gesetzliche Ordnung, eine familienrechtliche Regelung, welche die Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, die als Ehe den Schutz der Verfassung genieße, rechtlich definiere und abgrenze. Die Ehe sei ein öffentliches Rechtsverhältnis im dem Sinne, dass die Tatsache der Eheschließung für die Allgemeinheit erkennbar ist, die Eheschließung selbst unter amtlicher Mitwirkung erfolgt und der Bestand der Ehe amtlich registriert wird.⁴⁵ Diese Bedingungen einer amtlichen Mitwirkung und Registrierung der Ehe erfüllt auch die „echte“ Stellvertreterehe, so dass sie grundsätzlich den formellen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Ehe entsprechen dürfte.

Freilich entspricht diese Ehe nicht der grundlegenden Forderung des *Senats*, dass Ehe nur eine auf dem freien Entschluss der Eheleute zur Eheschließung beruhende Verbindung sein könne. Doch dieser Aspekt der Willensfreiheit ist im vorliegenden Kontext deswegen naturgemäß nicht zu berücksichtigen, weil Gegenstand der Betrachtung – anders als in den zitierten Entscheidungen des Gerichts – das Grundrecht auf negative Eheschließungsfreiheit ist. Dieses Abwehrrecht würde ad absurdum geführt, wollte man seinen Schutzbereich dahingehend bestimmen, dass der Einzelne nur vor der Eingehung einer Ehe aufgrund freier Willensentschließung geschützt werden sollte. Daher schützt die Eheschließungsfreiheit als Grundrecht – dementsprechend auch § 237 StGB – vor einer ungewollten Eheschließung unter staatlicher Mitwirkung bzw. staatlicher Anerkennung; der Ehebegriff muss hier zwangsläufig insofern formalisiert verstanden werden.

Für den grundsätzlichen Schutz auch der „echten“ Stellvertreterehe durch Art. 6 Abs. 1 GG spricht ferner, dass das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich auch für solche Ehen den Schutzbereich dieses Grundrechts als eröffnet angesehen hat, die nach deutschem Recht Nichtehe sind, aber nach ausländischem Recht wirksam geschlossen wurden. Solchen „hinkenden“ Ehen könne zumindest dann der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG nicht versagt werden, wenn die Partner eine lebenslange Verbindung beabsichtigten und die für sie maßgebliche Rechtsordnung die Verbindung als Ehe anerkennt. Daher ist auch die nach der *lex patriae* wirksame Ehe, aber nach deutschem Recht als Nichtehe anzusehende Verbindung ein tauglicher Taterfolg des § 237 Abs. 1 StGB bzw. ein taugliches Handlungsziel im Sinne von § 237 Abs. 2 StGB. Denn die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigt die Annahme, dass das Grundrecht auf Eheschließungsfreiheit auch vor dem Zwang zur Schließung einer nur nach ausländischem Recht wirksamen Ehe schützen soll.

c) Schutz anderer Formen der „hinkenden“ Ehe im Hinblick auf Art. 12 EMRK und Art. 16 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte

Gegen eine Einbeziehung aller „hinkenden“ Ehen, also auch solcher, die zwar nach der *lex patriae* wirksam, aber nicht

³⁷ BVerfGE 62, 323 (330 f.); siehe dazu *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (551).

³⁸ BGHZ 29, 137; KG OLGZ 1973, 435; *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (549); *Hohloch*, StAZ 2008, 371 (372 f.); vgl. ferner *Mankowski*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2012, Art. 13 EGBGB Rn. 745 ff.

³⁹ Vgl. hierzu *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (550).

⁴⁰ *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (550) m.w.N.

⁴¹ BVerfGE 29, 166.

⁴² BVerfGE 62, 323 (330).

⁴³ Vgl. hierzu auch *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 63. Lfg., Stand: Oktober 2011, Art. 6 Rn. 42.

⁴⁴ BVerfGE 29, 166 (175 f.); 62, 323 (331).

⁴⁵ So bereits BVerfGE 31, 58 (69) m.w.N.; BVerfG NJW 1993, 3316 (3317).

unter Mitwirkung staatlicher Stellen geschlossen worden sind, könnte ein Urteil des Bundesgerichtshofs⁴⁶ zur „hinkenden“ Ehe aus dem Jahr 2003 sprechen. Hierin hat der *Senat* ausgeführt, dass eine in Deutschland vor einem griechisch-orthodoxen Geistlichen geschlossene und nach griechischem Recht wirksame Ehe nach deutschem Familienrecht unwirksam ist, wenn der Geistliche nicht ordnungsgemäß nach § 15a Abs. 1 EheG a.F. (nun Art. 13 Abs. 3 EGBGB) ermächtigt ist. Zwar unterfalle auch die „hinkende“ Ehe grundsätzlich dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG, sie könne aber nur dann der Ehe gleichgestellt werden, wenn andernfalls die Form der Eheschließung zum Selbstzweck werde, mithin die staatliche Mitwirkung an der Eheschließung auf anderem Wege gesichert sei. Die sozialrechtliche Anerkennung der „hinkenden“ Ehe stehe dem nicht entgegen, da hier der Aspekt der Hinterbliebenenversorgung, mithin das Verhältnis der Ehegatten oder eines überlebenden Ehegatten zu Dritten, insbesondere zu staatlichen Organen, entscheidend sei. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gebe damit eine familienrechtliche Schutzwürdigkeit der „hinkenden“ Ehe⁴⁷ nicht vor.

Wollte man diesen vom Bundesgerichtshof entwickelten familienrechtlichen Ehebegriff im vorliegenden Kontext zugrunde legen, so führte dies dazu, dass Ehen, die zwar im Ausland staatlich anerkannt sind, aber ohne staatliche Mitwirkung geschlossen wurden, nicht vom Schutzbereich des § 237 StGB erfasst sind. Doch eine solche Einschränkung des Schutzbereichs der Strafvorschrift würde wohl dem in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Ausdruck kommenden Telos der Strafvorschrift, die negative Eheschließungsfreiheit, auch mit Blick auf Art. 12 EMRK und Art. 16 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, zu schützen,⁴⁸ nicht gerecht. Denn dieser völkerrechtliche Bezug des § 237 StGB macht deutlich, dass der Gesetzentwurf nicht nur das deutsche Eherecht und seine Wirkungen berücksichtigt sehen wollte, sondern auch das Recht der Eheschließung im internationalen Kontext. Es kam dem Gesetzgeber darauf an, mit strafrechtlichen Mitteln die Ausübung des Zwangs zu einer „ungewollten dauerhaften rechtlichen und persönlichen Verbindung“ zu bekämpfen.⁴⁹ Von der strafrechtlichen Wirkung muss daher jeder rechtliche Zwang erfasst sein, mag er in Deutschland oder auch nur im Ausland rechtliche Wirkung entfalten.

d) Anwendbarkeit des § 237 StGB auf ausschließlich religiöse oder ansonsten außerrechtliche Eheschließungen

Eine ausschließlich durch religiöse oder ansonsten außerrechtliche Handlungen oder Rituale begründete Verbindung ist dagegen keine Ehe im Sinne von § 237 StGB, da sie weder dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG noch dem der völkerrechtlichen Schutzgarantien unterfällt. Dass dies auch der der Begründung des Gesetzentwurfs zugrunde gelegten Intention entspricht, wird an der bereits daraus zitierten Pas-

sage deutlich: § 237 StGB soll eine ungewollte *rechtliche und persönliche* Verbindung verhindern.⁵⁰ Dem Gesetzgeber kam es also auch auf die rechtliche Wirkung der eingegangenen Verbindung an. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht der so genannten Sinti-Ehe, die ohne staatliche Mitwirkung oder Anerkennung geschlossen wird, den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG versagt.⁵¹ Wie dargelegt, ist der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG nur für und vor Ehen eröffnet, die unter staatlicher Mitwirkung, Anerkennung und Registrierung geschlossen werden. Eine Verbindung, die diese Mindestvoraussetzungen nicht erfüllt, kann nicht in den Anwendungsbereich der Strafvorschrift fallen, da dies eine Verschiebung des Schutzbereichs des § 237 StGB zur Folge hätte.

Die Freiheit zur und vor der Eheschließung wird durch den Zwang zur „Verheiratung“ bei ohne in irgendeiner Weise wirksamen Eheschließungen auch nicht beeinträchtigt. Zwar hat die nach religiösem Brauch als verheiratet angesehene Person faktisch keine Möglichkeit der selbstbestimmten „Eheschließung“ vor Ort mehr. Dies wirkt sich aber nicht auf ihr Recht auf Freiheit der Eheschließung aus, da das deutsche Strafrecht andernfalls anerkennen müsste, dass von dem in jeder Hinsicht rechtlichen Nullum der rein religiösen oder ansonsten außerrechtlichen Verbindung eine Rechtswirkung ausgeht. Eine Einschränkung des Rechts der Eheschließungsfreiheit kann zwar darin gesehen werden, dass der durch die nach deutschem und ausländischem Recht unwirksamen Eheschließung religiös oder sozial gebundenen Person im Ausland die Ehe mit einem Wunschpartner im Hinblick auf ihre bereits bestehende Bindung verweigert wird und sie daher darin behindert wird, sich für eine nunmehr wirksame Eheschließung zu entscheiden.⁵² Doch dabei handelt es sich um ein tatsächliches „Ehehindernis“, das nicht von der rechtlichen Wirkung der Eheschließung als solcher ausgeht, sondern von der Wahrnehmung des sozialen Umfelds. Die Nötigung zu einer rechtlich unwirksamen „Eheschließung“ beeinträchtigt damit das Recht aus Art. 6 Abs. 1 GG erst in dem Moment, in dem die genötigte Person eine wirksame Ehe eingehen will, aber aufgrund der religiös-sozialen Wirkungen der unwirksamen Ehe daran gehindert wird. Wollte man den Schutz vor diesen zukünftigen und vielleicht noch ungewissen Hinderungswirkungen bereits erfassen, so würde dies zu einer sehr weitgehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit und zu einer Loslösung von Art. 6 Abs. 1 GG führen. Für eine solche Ausweitung findet sich jedoch weder in der Begründung des Gesetzentwurfs noch im Gesetzestext ein Anhaltspunkt.⁵³ Denn insbesondere die Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Ehe“, aber auch die Überschrift „Zwangsheirat“ spricht dafür, dass die Vorschrift nicht dem Schutz des Rechts *zu* einer Eheschließung, sondern *vor* einer Eheschließung dienen soll.

⁵⁰ BT-Drs. 174401, S. 12.

⁵¹ BVerfG NJW 1993, 3316 (3317); vgl. ferner *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, S. 130.

⁵² So der Einwand von *Eisele/Majer*, NStZ 2011, 546 (550).

⁵³ Ebenso *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 504 f.; i.E. auch *Schumann*, JuS 2011, 789 (791).

⁴⁶ BGH NJW-RR 2003, 850.

⁴⁷ BGH NJW-RR 2003, 850 (852 f.).

⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 174401, S. 8.

⁴⁹ BT-Drs. 174401, S. 12.

Insofern ist das Argument in Frage zu stellen, die ratio legis der Strafvorschrift erfordere eine Erfassung auch der rein religiösen Ehe. Zwar können ausschließlich religiös oder sozial anerkannte Ehen eine Zwangswirkung entwickeln, die faktisch mit den rechtlichen Wirkungen einer staatlichen Ehe vergleichbar sind, so dass es für die betroffene Person tatsächlich keinen Unterschied macht, ob sie rechtlich wirksam verheiratet ist oder nur religiös oder sozial als verheiratet gilt. Aber die ratio legis kommt in der Begründung des Entwurfs zum „Zwangsverheiratungs-Bekämpfungsgesetz“ dahingehend zum Ausdruck, dass das Gesetz der Sicherung der Garantie des Art. 6 Abs. 1 GG dienen soll. Diese Verfassungsnorm schützt aber nicht vor einer in jeder rechtlichen Hinsicht nicht existenten Ehe. Die Nötigung zu einer solchen Verbindung verletzt demnach das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht aber die Eheschließungsfreiheit.

Gegen diese Begrenzung des Tatbestandsmerkmals „Ehe“ kann auch nicht angeführt werden, das Rechtsgut der „Eheschließungsfreiheit“ sei durch eine solche Schutzgutbestimmung nicht hinreichend erfasst. Denn unter Berücksichtigung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere in der Entscheidung zum § 173 StGB,⁵⁴ würde eine solche Argumentation einen Zirkelschluss beinhalten: Das strafrechtliche Rechtsgut ist keine dem Recht vorgelagerte, mithin natürliche Kategorie, sondern wird durch die gesetzgeberische Entscheidung geschaffen und bestimmt, eine spezifische Handlung unter Strafe zu stellen. Damit reduziert sich der „Rechtsgutsbegriff“ darauf, die ratio legis der jeweiligen Strafnorm auszudrücken.⁵⁵ Die Bestimmung des Rechtsguts einer Strafvorschrift wird also erst durch die Auslegung geleistet, so dass das Rechtsgut als strafrechtsdogmatische Kategorie zur Auslegung denknotwendig keinen Beitrag leisten kann.⁵⁶

e) Entgrenzung des Tatbestandsmerkmals „Ehe“

Ein anderes Auslegungsergebnis wäre letztlich auch im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG insofern problematisch, als es mit dem Bestimmtheitsgrundsatz in Konflikt geraten würde.⁵⁷ Zwar richtet sich diese Vorgabe grundsätzlich nur an den Gesetzgeber, aber bei der Auslegung einer Strafvorschrift ist nicht nur der Wortlaut allein zu beachten. Vielmehr muss auch berücksichtigt werden, dass eine Exegese, die das Begriffsverständnis bis an die Grenze des natürlichen Wortlauts ausdehnt, zu einer Entgrenzung eines Tatbestandsmerkmals führen kann: Wird das Gesetz in einer Weise ausgelegt, die zwar mit dem Wortlaut noch vereinbar ist,⁵⁸ aber bei ihrer Verallgemeinerung dazu führt, dass das Tatbestandsmerkmal jegliche Konturen verliert, so verstößt eine solche Auslegung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Dadurch würde man nämlich dem Gesetz eine Bedeutung unterstellen, die das Tatbestandsmerkmal zu unbestimmt werden ließe. Ginge man

also so weit, jede in irgendeiner Weise – also gleichgültig ob rechtlich, religiös oder sozial – als Ehe bezeichnete Verbindung unter den Ehebegriff zu subsumieren, so träte eine im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bedenkliche Entgrenzung des Tatbestandes ein.

Daher kann nur die rechtlich – gegebenenfalls auch nur im Ausland – als Ehe anerkannte Verbindung von Mann und Frau, die grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG fällt, als Ergebnis der Eheschließung und damit als Taterfolg des § 237 Abs. 1 StGB angesehen werden.⁵⁹ Soll ein weiter gehender Schutz gegen Zwangsheiraten stattfinden, so ist der Gesetzgeber berufen, die Voraussetzungen dafür zu schaffen. Schutzlos gestellt sind freilich auch die Betroffenen solcher Zwangsheiraten, da auch dort die allgemeinen Strafvorschriften, insbesondere § 240 StGB, eingreifen.

3. „Ehe“ als rechtsnormatives Tatbestandsmerkmal

Das Tatbestandsmerkmal „Ehe“ hat damit in § 237 StGB rechtsnormativen Charakter, denn trotz der vollkommen selbstständigen Umschreibung des Unrechts der Tat greift § 237 StGB auf Rechtsinstitute außerhalb des Strafrechts zurück.⁶⁰ Das bedeutet, dass insbesondere für die Fremdrechtsanwendung nach herrschender Ansicht Art. 103 Abs. 2 GG nicht in der Strenge gilt, die für den deutschen Straftatbestand gilt; die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG richten sich ausschließlich an die Strafvorschrift, so dass nur sie gesetzlich geregelt sein muss.⁶¹ Es ist also zunächst nach ausländischem Recht die wirksame Eheschließung festzustellen. Soweit das ausländische Recht den Vorgaben des Gesetzlichkeitsprinzips nicht entspricht, schließt dies eine Ausfüllung des Begriffs der Ehe durch dieses Recht und damit die Tatbestandserfüllung jedoch nicht aus.

4. Anwendung des § 240 Abs. 4 S. 1 StGB

Dennoch ist ein Schutzbedürfnis auch bezüglich des Hineinzwingens in rein religiös oder ansonsten außerrechtlich geschlossene Ehen nicht von der Hand zu weisen. Insofern ist zu erwägen, ob die Nötigung zur rein religiösen oder ansonsten außerrechtlichen Eheschließung einen besonders schweren Fall der Nötigung darstellt. Dann würde die Tat regelmäßig demselben Strafraumen unterliegen wie ein Vorgehen, das § 237 Abs. 1 S. 1 StGB erfüllt. Hier stellt sich jedoch die Frage, ob die Anwendung eines solchen unbenannten besonders schweren Falls dann zulässig sein kann, wenn der Gesetzgeber sich entschieden hat, trotz der dargestellten Kritik an der engen Fassung des § 237 Abs. 1 StGB im Gesetzgebungsverfahren zum einen den Wortlaut der Vorschrift nicht dahingehend zu ändern, dass eine Erfassung der nur eheähnlichen religiösen oder sozialen Verbindungen ermöglicht

⁵⁴ BVerfGE 120, 224.

⁵⁵ BVerfGE 120, 224 (241 f.); vgl. hierzu auch *Stuckenberg*, GA 2011, 653 m.w.N.

⁵⁶ Vgl. auch *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 f.).

⁵⁷ Vgl. auch *Eisele/Majer*, NSStZ 2011, 546 (550).

⁵⁸ Mit Zweifeln im Hinblick auf die religiöse Ehe *Schumann*, JuS 2011, 789 (791).

⁵⁹ I.E. auch *Schramm* (Fn. 53), S. 504; *Schumann*, JuS 2011, 789 (791).

⁶⁰ Vgl. im Einzelnen *Dannecker* in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 149 m.w.N.

⁶¹ *Dannecker* (Fn. 60), § 1 Rn. 149.

worden wäre. Zum anderen wurde das Regelbeispiel der Nötigung zur Eheschließung aufgehoben, woraus man folgern könnte, dass der Gesetzgeber alle Fälle der Nötigung im Kontext der Zwangsverheiratung, für die eine erhöhte Strafe angemessen wäre, durch § 237 StGB erfasst ansah und § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB a.F. deshalb überflüssig sei.

Insofern ergibt sich die Problematik, die sich bereits im Kontext des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 1.9.2008⁶² zu § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB gezeigt hat. Das Gericht hatte festgestellt, dass die Subsumtion eines Kraftfahrzeugs unter den Waffenbegriff einen Verstoß gegen das Analogieverbot bedeute. Dem könne man auch nicht entgegenhalten, dass es sich dabei um ein Regelbeispiel handelt, denn auch für diese gelte das Analogieverbot. Das bedeutet jedoch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht, dass die Annahme eines besonders schweren Falls außerhalb der benannten Fallgestaltungen ausgeschlossen sei. Dem Gesetzgeber sei es unbenommen, für besonders schwere Fälle höhere Strafrahmen vorzusehen. Die Bestimmtheit dieser Vorschriften sei über § 46 StGB hinreichend gewahrt.⁶³

Diese Lösung führt dazu, dass ein besonders schwerer Fall der Nötigung angenommen werden kann, wenn das Nötigungsoffer zur Eingehung einer rechtlich wirkungslosen, aber religiös oder sozial anerkannten eheähnlichen Verbindung gezwungen wird. In diesen Fällen darf aber nicht allein aus dem Vorliegen des Nötigungserfolgs die Annahme eines besonders schweren Falles hergeleitet werden. Vielmehr ist im Einzelfall die Gesamtsituation eingehend zu würdigen, ohne dass regelmäßig ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist.

IV. Fazit

§ 237 StGB lässt sich im Ergebnis als begrüßenswerte Entscheidung des Strafgesetzgebers gegen schweres Unrecht, das unter Berufung auf die kulturelle Identität oder Brauchtum begangen wird und einen gezielten und folgenreichen Eingriff in ein Menschenrecht bedeutet, einordnen.⁶⁴ Die neue Strafvorschrift folgt den Empfehlungen der UNO,⁶⁵ ein deutliches Zeichen gegen diese „moderne Form der Sklaverei“ zu setzen. Dem Anliegen des Gesetzes, das spezifische Unrecht der Zwangsverheiratung zu erfassen, ist § 237 StGB zu dienen geeignet. Die Wirkungen der Strafvorschrift erschöpfen sich auch nicht in bloßer Symbolik, sondern erstrecken sich insbesondere durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit auf Vorbereitungshandlungen in § 237 Abs. 2 StGB auf das materielle und auch auf das prozessuale Recht.

Jedoch bleibt der Anwendungsbereich der Strafvorschrift aus Gründen des Schutzzwecks und mit Rücksicht auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG auf die *Ehe im rechtlichen Sinne* beschränkt, so dass die Imam-Ehe und ähnliche rein religiöse oder ansonsten außerrechtliche Eheschließungsformen nicht als tatbestandlicher Erfolg oder tatbestandliches Ziel des § 237 StGB in Betracht kommen.

Schutzgut ist ausschließlich das Recht der negativen Eheschließungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG und damit der Schutz vor der Nötigung in eine nach deutschem Recht oder nach der *lex patriae* rechtsgültigen Ehe. Sollte die Anwendung auf außerrechtliche Eheformen kriminalpolitisch gewünscht sein, so dürfte an einer Änderung des § 237 StGB kein Weg vorbeiführen.

⁶² BVerfG NJW 2008, 3627.

⁶³ BVerfG NJW 2008, 3627 (3628).

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 17/1213, S. 8.

⁶⁵ Vgl. die Nachweise in BT-Drs. 17/1213, S. 8.

Kartellbußgeldhaftung des Rechtsnachfolgers im Lichte des Analogieverbots

Zugleich Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 55/10 (Versicherungsfusion) und BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10 (Transportbeton)

Von Dr. Christian Heinichen, München*

Vor dem Hintergrund der beiden Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 10.8.2011 beschäftigt sich dieser Beitrag mit der Vereinbarkeit einer wirtschaftlichen Interpretation des Begriffs der juristischen Person in § 30 Abs. 1 OWiG mit dem Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Dabei geht er der Frage nach, ob ein (nicht kartellbeteiligter) Gesamtrechtsnachfolger innerhalb der Grenze des noch möglichen Wortsinns als diejenige juristische Person bezeichnet werden kann, deren Organe eine Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, die zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gemäß § 30 Abs. 1 OWiG ermächtigt.

I. Einleitung

Erlischt der staatliche Sanktionsanspruch zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße, wenn die juristische Person, deren Organe eine Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, rechtlich nicht mehr existiert, etwa, weil sie auf eine andere juristische Person verschmolzen wurde? Oder kann die Bußgeldhaftung auf den Rechtsnachfolger erstreckt werden? Hat der Erwerber eines kartellbeteiligten Unternehmens für Kartellverstöße, die vor dem Erwerbszeitpunkt begangen wurden, bußgeldrechtlich einstehen? Kann sich ein Unternehmen durch eine gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung seiner bußgeldrechtlichen Verantwortung für einen Kartellverstoß entziehen? Antworten auf diese Fragen geben zwei BGH-Entscheidungen jüngeren Datums, die im folgenden Beitrag aus dem Blickwinkel des Analogieverbots¹ näher analysiert werden sollen.

II. Rechtsgrundlage kartellrechtlicher Verbandsgeldbußen

Ordnungswidrig handelt gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen oder abgestimmter Verhaltensweisen (§ 1 GWB) verstößt. In diesen Fällen kann nicht nur gegen den Täter als natürliche Person, sondern auch gegen den Verband, in dessen Interesse der Täter gehandelt hat, ein Bußgeld festgesetzt werden. Wer Sanktionsadressat einer solchen Verbandsgeldbuße ist, ergibt sich aus § 30 Abs. 1 OWiG. Hat jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person² eine Ordnungswidrigkeit begangen, durch

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei Beiten Burkhardt, München.

¹ Zu den Grenzen, die einer Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Gesamtrechtsnachfolger durch den Bestimmtheitsgrundsatz, das Schuldprinzip und den Gleichbehandlungsgrundsatz gesetzt sind, vgl. *Heinichen*, WRP 2012, 159 (163 ff.).

² Verbandsgeldbußen können nicht nur gegen juristische Personen, sondern auch gegen ihnen gleichgestellte Personenvereinigungen verhängt werden. Denkbare Anknüpfungstäter einer Verbandsgeldbuße sind nicht nur Organe, sondern auch vertretungsberechtigte Gesellschafter, Generalbevoll-

mächtigte, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder sonstige Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder Personenvereinigung verantwortlich handeln. Aus Vereinfachungsgründen beschränkt sich die nachfolgende Darstellung jedoch auf juristische Personen und deren Organe.

III. BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 55/10 (Versicherungsfusion)

Das Bundeskartellamt setzte 2005 ein Bußgeld gegen den Versicherer GKA fest. Es sanktionierte damit wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Bereich der Industrieversicherungen, die im Zeitraum zwischen 1999 und 2002 getroffen wurden. Ausweislich des Bußgeldbescheids waren an ihnen ein Vorstand und ein leitender Mitarbeiter von GKA beteiligt. Nach Einspruchseinlegung und Abgabe des Verfahrens an die Generalstaatsanwaltschaft wurde GKA im Jahr 2007 von einem anderen Versicherungskonzern im Wege des Anteilserwerbs übernommen und anschließend auf eine Konzerntochter HGI verschmolzen. Das Kartellordnungswidrigkeitenverfahren richtete sich nunmehr gegen HGI als Gesamtrechtsnachfolgerin von GKA. Das OLG Düsseldorf hat HGI freigesprochen und eine Erstreckung der Bußgeldhaftung auf HGI abgelehnt.³

Der BGH bestätigte diesen Freispruch im Rechtsbeschwerdeverfahren.⁴ Ihm zufolge kann ein Bußgeld auch gegen den Gesamtrechtsnachfolger⁵ der Organisation festgesetzt werden, deren Organ die Tat begangen hat; dies allerdings nur in den engen Grenzen, die der BGH bereits 1986 in seiner ersten Entscheidung zur kartellrechtlichen Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers⁶ gezogen hat. Eine Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger setzt demnach voraus, dass zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität be-

mächtigte, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder sonstige Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder Personenvereinigung verantwortlich handeln. Aus Vereinfachungsgründen beschränkt sich die nachfolgende Darstellung jedoch auf juristische Personen und deren Organe.

³ OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 2932 (HDI Gerling).

⁴ BGH WuW/E DE-R, 3455 (Versicherungsfusion).

⁵ Eine Haftungserstreckung auf den Einzelrechtsnachfolger wurde vom BGH ausdrücklich abgelehnt. In seiner Entscheidung nicht verlesener Handelsregisterauszug (BGH NJW 2005, 1381 [1383]) erklärte der BGH, dass es auf das Kriterium der wirtschaftlichen Identität erst und nur dann ankomme, wenn überhaupt eine Gesamtrechtsnachfolge festgestellt wurde. A.A. *Vollmer*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 2, 2008, § 81 Rn. 54.

⁶ BGH WuW/E BGH, 2265 (Bußgeldhaftung).

steht. Eine solche wirtschaftliche Identität ist nach Auffassung des BGH gegeben, wenn das „haftende Vermögen“ weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht.⁷ Nur bei wirtschaftlicher Identität kann, so der BGH, in einem bußgeldrechtlichen Sinne davon gesprochen werden, dass aus der gesellschaftsrechtlichen Umgestaltung wieder dieselbe juristische Person hervorgegangen ist.⁸ Im Falle von GKA und HGI fehlte es an einer solchen wirtschaftlichen Identität, da zwei etwa gleich große Unternehmen miteinander verschmolzen wurden.⁹ Eine weitergehende Erstreckung der Bußgeldhaftung lehnte der BGH ab. Angesichts der klaren Fassung des § 30 Abs. 1 OWiG („dieser“) stehe ihr das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen.¹⁰

IV. BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10 (Transportbeton)

Mit einer Bußgeldentscheidung, die sich unter anderem gegen die T GmbH & Co. KG, Duisburg, richtete, sanktionierte das Bundeskartellamt im Jahr 2007 Quotenabsprachen in der Transportbetonbranche. Die T GmbH & Co. KG, Duisburg, wurde dabei als Gesamtrechtsnachfolgerin ihrer vormaligen Tochtergesellschaft T GmbH zur Verantwortung gezogen. An der von 1996 bis Mitte 1999 andauernden Quotenabsprache war seitens des T-Konzerns lediglich ein Geschäftsführer der T GmbH beteiligt. Nach Zuwiderhandlungsende wurden zwei Transportbetonwerke der T GmbH stillgelegt. Unter ihnen befand sich das Transportbetonwerk, auf das sich die Quotenabsprache erstreckt hatte. Anschließend übertrug die T GmbH ihre verbleibenden vier Transportbetonwerke an eine Konzernschwester, die T GmbH & Co. KG, Magdeburg. Schlussendlich wurde die T GmbH auf die gemeinsame Konzernmutter, die T GmbH & Co. KG, Duisburg, verschmolzen.¹¹

Das OLG Düsseldorf verurteilte die T GmbH & Co. KG, Duisburg, als Gesamtrechtsnachfolgerin der ursprünglich haftenden T GmbH. Zwischen beiden Gesellschaften bestehe wirtschaftlich nahezu Identität. Das haftende Vermögen der T GmbH werde zwar nicht unmittelbar von der Gesamtrechtsnachfolgerin T GmbH & Co. KG, Duisburg, eingesetzt. Als alleinige Gesellschafterin der T GmbH & Co. KG, Magdeburg, sei diese indes rechtlich und wirtschaftlich in der Lage, die Verwendung des haftenden Vermögens zu kontrollieren. Nach der vom BGH geforderten wirtschaftlichen Betrachtungsweise

müsse sie sich deshalb das haftende Vermögen ihrer Tochtergesellschaft T GmbH & Co. KG, Magdeburg, zurechnen lassen. Jede andere Rechtsauffassung würde dazu führen, dass der Haftung für Ordnungswidrigkeiten durch ein gewolltes Auseinanderfallen von Rechtsnachfolge und Vermögensübernahme begegnet werden könne.¹²

Der BGH hob diese erstinstanzliche Entscheidung wieder auf und sprach die T GmbH & Co. KG, Duisburg, frei. Eine Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger sei zwar grundsätzlich möglich, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Gesamtrechtsnachfolger als solcher bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit der eigentlich haftenden juristischen Person identisch oder zumindest nahezu identisch ist.¹³ Mit einer Zurechnung von Vermögensgegenständen konzernverbundener Gesellschaften könne eine wirtschaftliche Identität nicht begründet werden. Für die Annahme einer bußgeldrechtlichen Konzernhaftung lasse das geltende Kartellordnungswidrigkeitenrecht keinen Raum.¹⁴

V. Verstoß gegen das Analogieverbot

1. Der Sanktionscharakter kartellrechtlicher Verbandsgeldbußen

Die erste Entscheidung des BGH zur kartellrechtlichen Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers von 1986¹⁵ war noch deutlich vom ursprünglichen Verständnis der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG als bloßer wertneutraler Nebenfolge einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit geprägt (sog. Nebenfolgelösung).¹⁶ Der Nebenfolgecharakter der Verbandsgeldbuße in ihrer damaligen Ausgestaltung ergab sich bereits aus dem Wortlaut des § 30 OWiG i.d.F. von 1975. Er bezeichnete die Verbandsgeldbuße ausdrücklich als „Nebenfolge der Straftat oder Ordnungswidrigkeit“. Dementsprechend konstatierte auch der BGH, dass die Nebenfolge des § 30 OWiG „keine originäre Sanktion als Antwort auf eine eigene Pflichtwidrigkeit dieser Mitglieder [der juristischen Person] ist und auch keine spezialpräventive, auf Mitglieder einer bestimmten juristischen Person zielende Maßnahme sein kann.“¹⁷ Konsequenz sprach das Gericht anschließend vom „haftenden Vermögen“¹⁸ der juristischen Person, das es in der neuen juristischen Person des Gesamtrechtsnachfolgers wiederzufinden gelte. Basierend auf dieser dogmatischen Grundlage entwickelte der BGH das – in den Entscheidungen Versicherungsfusion und Transportbeton nunmehr gefestigte – Kriterium der wirtschaftlichen Identität, bei dessen Vorliegen

⁷ BGH WuW/E DE-R, 3455 (3458) – Versicherungsfusion. Ebenso BGH WuW/E BGH, 2265 (2267) – Bußgeldhaftung; BGH NJW 2005, 1381 (1383) – Nicht verlesener Handelsregisterauszug; BGH NJW 2007, 3652 (3653) – Akteneinsichtsgesuch.

⁸ BGH WuW/E DE-R, 3455, (3459) – Versicherungsfusion.

⁹ BGH WuW/E DE-R, 3455, (3460) – Versicherungsfusion.

¹⁰ BGH WuW/E DE-R, 3455, (3460) – Versicherungsfusion.

¹¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2009 – VI-2 Kart 10/08 O-Wi, Rn. 4 ff. (juris). Vgl. auch BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 7 (Transportbeton).

¹² OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2009 – VI-2 Kart 10/08 O-Wi, Rn. 103 f. (juris).

¹³ BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 7 (Transportbeton).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 7 (Transportbeton). Ebenso BGH WuW/E DE-R, 3455 (3459) – Versicherungsfusion.

¹⁵ BGH WuW/E BGH, 2265 (Bußgeldhaftung).

¹⁶ Tiedemann, NJW 1988, 1169 (1170 f.) m.w.N.

¹⁷ BGH WuW/E BGH, 2265 (2266 f.) – Bußgeldhaftung.

¹⁸ BGH WuW/E BGH, 2265 (2267) – Bußgeldhaftung.

er eine Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Gesamtrechtsnachfolger für zulässig erachtet.¹⁹

Unter dem Eindruck einer zunehmenden Wirtschaftskriminalität und infolge eines veränderten kriminalpolitischen Verständnisses hat der Gesetzgeber diese ursprüngliche Nebenfolgelösung zunehmend gelockert und schließlich ganz aufgegeben. Zunächst wurde die Bezeichnung der Verbandsgeldbuße als Nebenfolge in § 30 OWiG gestrichen und anschließend § 33 Abs. 1 S. 2 OWiG dahingehend geändert, dass er nunmehr zwischen der Anordnung einer Nebenfolge und der Festsetzung einer Verbandsgeldbuße unterscheidet. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurden die Änderungen vorgenommen, um „auch durch den Wortlaut dieser Vorschrift klarzustellen, dass die Verbandsgeldbuße als selbständige Sanktion anzusehen ist.“²⁰ Verbleibende Unklarheiten zur intendierten dogmatischen Ausgestaltung der Verbandsgeldbuße bereinigte der Gesetzgeber im Jahr 2002, indem er die Überschrift des Achten Abschnitts des OWiG in „Verfahren bei der Anordnung einer Nebenfolge oder der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person“ änderte. Damit hat der Gesetzgeber die letzten Reste der vormaligen Nebenfolgelösung beseitigt.²¹

Infolge dieser Gesetzesänderungen ist die Verbandsgeldbuße des heutigen § 30 OWiG nicht mehr nur als bloße unselbstständige Nebenfolge, sondern als selbstständige Sanktion ausgestaltet.²² Sie kann gegen juristische Personen und ihnen gleichgestellte Personenvereinigungen verhängt werden, denen das ordnungswidrige Verhalten ihrer Organe und sonstigen Leitungspersonen als eigene Zuwiderhandlung zugerechnet wird.²³ Aufgrund ihrer Selbstständigkeit dient die Verbandsgeldbuße sowohl der repressiven Ahndung begangenen Unrechts als auch eigenständigen, gegenüber dem Verband verfolgten präventiven Sanktionszwecken.²⁴ Sie ist eine echte Sanktion.

Diese Qualifizierung der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG als echte Sanktion hat Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der straf- und strafverfahrensrechtlichen Fundamentalgarantien des Art. 103 Abs. 2 GG. Sie offenbart zudem, dass es sich bei der bußgeldrechtlichen Inanspruchnahme des Gesamtrechtsnachfolgers entgegen der geläufigen Terminologie des BGH und der Instanzengerichte nicht um die Ausweitung einer wertneutralen „Haftung“ handelt, sondern um die Erstreckung der mit einem Vorwurf verbundenen „Ahndung“.²⁵

2. Garantiegehalt des Analogieverbots

Art. 103 Abs. 2 GG garantiert das Prinzip der Gesetzesbestimmtheit. Es verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass sich Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände bereits aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen.²⁶ Diese gesetzgeberische Verpflichtung dient zwei Zielen: Durch sie soll einerseits sichergestellt werden, dass die Normadressaten erkennen können, welches Verhalten verboten und unter Strafe gestellt ist.²⁷ Andererseits gewährleistet sie, dass die Entscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens sowie die Art und Höhe der auf einen Normverstoß folgenden Sanktion im Voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich durch die rechtsprechende oder vollziehende Gewalt getroffen wird.²⁸

Für die Rechtsprechung folgt aus dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit ein Verbot analoger Strafbegründung und -verschärfung (*nullum crimen sine lege stricta*).²⁹ Das Analogieverbot untersagt jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht.³⁰ Da Gegenstand der Anwendung und Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur deren Gesetzestext sein kann, erweist

¹⁹ BGH WuW/E BGH, 2265 (2267) – Bußgeldhaftung.

²⁰ BT-Drs. 12/192, S. 33.

²¹ Rogall, in: Senge (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 2b m.w.N.

²² Einhellige Auffassung, vgl. nur Rogall (Fn. 21), § 30 Rn. 26 ff.; Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann (Hrsg.), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Kommentar, 16. Lieferung, Stand: März 2011, Vor § 30 Rn. 11; Gürtler, in: Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Kommentar, 15. Aufl. 2009, Vor § 29a Rn. 14; Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht GWB*, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2007, Vor § 81 GWB Rn. 97; Achenbach, in: Jaeger u.a. (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 6, 75. Lieferung, Stand: November 2011, Vorbem. § 81 GWB 2005 Rn. 102; ders., JuS 1990, 601 (605); Schroth, *wistra* 1986, 158 (162 ff.); Deruyck, *ZStW* 103 (1991), 705 (715 f.).

²³ Dannecker/Biermann (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 99; Rogall (Fn. 21), § 30 Rn. 8 m.w.N.

²⁴ Pohl-Sichtermann, *Geldbuße gegen Verbände: § 30 OWiG*, 1974, S. 53; Förster (Fn. 22), Vor § 30 Rn. 8; Rogall

(Fn. 21), § 30 Rn. 16; Gürtler (Fn. 22), Vor § 29a Rn. 8 ff.; Eidam, *wistra* 2003, 447 (448).

²⁵ Insoweit ist der häufig – aufgrund seiner Prägnanz auch in der Überschrift des vorliegenden Beitrags – verwendete Begriff „Haftungserstreckung auf den Rechtsnachfolger“ missverständlich. Als „Haftung“ wird regelmäßig das wertneutrale Verpflichtetsein oder Einstehenmüssen des Schuldners bezeichnet (Grüneberg, in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 71. Aufl. 2012, Einl v § 241 Rn. 11; Kramer, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, Einl. § 241 Rn. 46). Im Gegensatz dazu ist mit der Verbandsgeldbuße, die gegen den Gesamtrechtsnachfolger festgesetzt wird, ein Vorwurf verbunden (§ 1 OWiG).

²⁶ St. Rspr.: BVerfGE 47, 109 (120); 48, 48 (56 f.); 71, 108 (114); 73, 206 (234); 75, 329 (340 f.); 78, 374 (381 f.); 92, 1 (12); 105, 135 (152 f.); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769).

²⁷ BVerfGE 75, 329 (341); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769); NJW 2007, 1666; BVerfG NStZ 2009, 83 (84).

²⁸ BVerfGE 75, 329 (341); 105, 135 (153).

²⁹ BVerfGE 14, 174 (185); 73, 206 (234); 75, 329 (340); 126, 170 (194).

³⁰ BVerfGE 71, 108 (114 f.); 73, 206 (234 ff.); 82, 236 (269).

sich dieser als insoweit maßgebendes Kriterium.³¹ Der noch mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Norminterpretation.³² Würde erst eine Auslegung, die über den erkennbaren Wortsinn der Sanktionsnorm hinausgeht, zur Strafbarkeit eines Verhaltens führen, müssen die Gerichte freisprechen.³³ Dies gilt selbst dann, wenn es sich um einen Sachverhalt handelt, der ähnlich strafwürdig erscheint wie das pönalisierte Verhalten.³⁴ Auch ein missbräuchliches, auf die gezielte Umgehung der Sanktionsnorm abzielendes Verhalten rechtfertigt keine tatbestandsausweitung, über die Grenze des Wortsinns hinausgehende Normanwendung.³⁵ Die Entscheidung, eine Strafbarkeitslücke zu schließen oder bestehen zu lassen, liegt allein beim Gesetzgeber.³⁶

Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantiert, ist die Grenze des noch möglichen Wortsinns aus dessen Sicht zu bestimmen.³⁷ Dies hat zur Folge, dass der noch mögliche Wortsinn im Ausgangspunkt alltagssprachlich zu ermitteln und zu begrenzen ist.³⁸ Existiert indes ein spezifischer Sprachgebrauch der juristischen Fachsprache, so genießt er Vorrang.³⁹

³¹ BVerfG NJW 2004, 3768 (3769).

³² St. Rspr.: BVerfGE 64, 389 (393 f.); 71, 108 (114 ff.); 92, 1 (12); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769); BVerfG NJW 2005, 2140 (2141); BVerfG NJW 2007, 1666; BGHSt 39, 112 (114 f.); 40, 272 (279); 42, 291; 43, 237 (238 f.).

³³ BVerfGE 47, 109 (124); 62, 389 (393); 64, 389 (393); 71, 108 (116); 126, 170 (197).

³⁴ BVerfG NJW 2007, 1666.

³⁵ Schmitz, in: Joecks/Miesbach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 1 Rn. 59; Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, § 1 Rn. 263 ff., Rudolphi, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 128. Lieferung, Stand: Juni 2011, § 1 Rn. 23.

³⁶ BVerfGE 92, 1 (13); 126, 170 (197).

³⁷ St. Rspr.: BVerfGE 71, 108 (115); 82, 236 (269); 92, 1 (12); 126, 170 (197); BVerfG NJW 2007, 1666.

³⁸ BVerfGE 73, 206 (244f.); 87, 209 (224); 92, 1 (13); 105, 135 (157); Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 103 Rn. 70; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 63. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 227; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 54; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, § 1 Rn. 39; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 1 Rn. 6; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 1 Rn. 12; Herzberg, JuS 2005, 1 (2); Laschewski, NZV 2007, 444 (446).

³⁹ BVerfG NJW 2007, 1666 (1667); Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 111 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 439; Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 114 f.; Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 55; Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 303; Schmitz (Fn. 35), § 1 Rn. 68; Laschewski, NZV 2007, 444 (446). Vgl.

Dies gilt jedenfalls dann, solange der juristische Sprachgebrauch mit dem allgemeinsprachlichen noch vereinbar ist.⁴⁰ Insoweit hat der allgemeinsprachliche Wortsinn eine begrenzte Auffangfunktion. Er bildet die äußerst mögliche Auslegungsgrenze. Ist der fachsprachliche Wortsinn indes enger als der allgemeinsprachliche, hat der Normadressat einen Anspruch darauf, dass von einer solchen fachsprachlichen Bedeutung nicht zu seinen Lasten abgewichen wird.⁴¹ Gesetzssystematische und teleologische Überlegungen können zur Bestimmung der Grenze des noch möglichen Wortsinns ergänzend und bestätigend herangezogen werden.⁴² Dies ist jedoch nur möglich, wenn und soweit sich diese Überlegungen im Gesetzeswortlaut wiederfinden.⁴³

Das Analogieverbot gilt auch für Bußgeldtatbestände⁴⁴ und damit auch im Kartellordnungswidrigkeitenrecht.⁴⁵ Es erstreckt sich ebenso auf den Allgemeinen Teil des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.⁴⁶ Dementsprechend muss eine Auslegung von § 30 Abs. 1 OWiG, der sich mit der Zurechnung ordnungswidrigen Verhaltens natürlicher Personen sowie der Frage nach dem Zurechnungs- und damit Sanktionsadressaten der Verbandsgeldbuße befasst, die durch das Analogieverbot gezogene Grenze beachten.⁴⁷ Das Analogieverbot hat unabhängig davon, ob die Interpretation einer kriminalstrafrechtlichen oder einer kartellbußgeldrechtlichen Norm in Frage steht, den gleichen Garantiegehalt.⁴⁸ Die Aus-

auch Küper, NStZ 2008, 597 (600); Brüning, ZIS 2007, 317 (319).

⁴⁰ BVerfGE 92, 1 (18 f.); BGHSt 14, 116 (118); Schmitz (Fn. 35), § 1 Rn. 68; Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 303.

⁴¹ Simon, NStZ 2009, 85.

⁴² BVerfG 3, 302 (303 ff.); 9, 420 (421 ff.); 10, 442 (447 ff.); 14, 177 (182 ff.); BVerfG NJW 2011, 3778 (3779). A.A. Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 (92). Vgl. hierzu auch Küper, NStZ 2008, 597 (600).

⁴³ Schmidt-Aßmann (Fn. 38), Art. 103 Rn. 228; Fischer (Fn. 38), § 1 Rn. 11.

⁴⁴ St. Rspr.: BVerfGE 38, 348 (371); 71, 108 (114); 81, 132 (135); 87, 399 (411). Vgl. auch Degenhart (Fn. 38), Art. 103 Rn. 59; Schmidt-Aßmann (Fn. 38), Art. 103 Rn. 197.

⁴⁵ BVerfGE 25, 269 (285); 38, 348 (371); BGH WuW/E BGH, 2265 (2266) – Bußgeldhaftung; BGH WuW/E DE-R, 3455 (3456 f.) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 10 (Transportbeton).

⁴⁶ BGHSt 42, 158 (161); Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 260; Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 62; Satzger (Fn. 38), § 1 Rn. 36; Dannecker, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1.4.2007, 2007, S. 33 f.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 10 (Transportbeton); Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 62; Gürtler (Fn. 22), § 3 Rn. 9. Selbst wenn man in der Verbandsgeldbuße des Kartellordnungswidrigkeitenrechts keine selbstständige Sanktion, sondern – mit dem historischen Gesetzgeber – eine bloße unselfständige Nebenfolge der Individualtat sieht, unterliegt § 30 OWiG als Rechtsfolgenanordnung dem Analogieverbot.

⁴⁸ BVerfGE 45, 272 (288); Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 2; Dannecker/Biermann (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 41; Achenbach (Fn. 22), Vorbem. § 81 GWB 2005 Rn. 28. Vgl. auch BVerf-

legungsgrenze des noch möglichen Wortsinns ist kriminalstrafrechtlich nicht anders zu bestimmen als ordnungswidrigkeitenrechtlich. Geringere Anforderungen an das Analogieverbot lassen sich insbesondere nicht aus dem „nur“ bußgeldrechtlichen Charakter der Verbandsgeldbuße des § 30 Abs. 1 OWiG ableiten. Kriminalstrafe und Geldbuße weisen zwar Unterschiede in der Intensität des Schuldvorwurfs auf. Bei beiden handelt es sich jedoch um missbilligende staatliche Reaktionen auf ein vorwerfbar normverletzendes Verhalten.⁴⁹ Insbesondere das Kartellordnungswidrigkeitenrecht erfordert eine strenge Anwendung des Analogieverbots. Gemäß § 81 Abs. 4 S. 2 GWB können kartellrechtliche Verbandsgeldbußen bis zu einer Höhe von zehn Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes des Sanktionsadressaten im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Bußgeldentscheidung verhängt werden. Hohe zweistellige Millionenbeträge sind keine Seltenheit.⁵⁰ Die Eingriffsintensität kartellrechtlicher Geldbußen geht damit deutlich über das Maß hinaus, das mit einer Ordnungswidrigkeit üblicherweise verbunden ist.⁵¹ Hinzu kommt, dass beide Funktionen des Analogieverbots – die Vorhersehbarkeit staatlicher Sanktionen und die Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Richter – in gleichem Maße sowohl für das Kernstrafrecht als auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht Gültigkeit beanspruchen.

In seiner ersten Entscheidung zur kartellrechtlichen Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers⁵² stützte sich der BGH noch auf eine zusätzliche Überlegung, um die Vereinbarkeit der Haftungserstreckung auf den Rechtsnachfolger mit dem Analogieverbot zu begründen. Die Entscheidung darüber, ob die Haftung nach § 30 OWiG mit der rechtlichen Selbstständigkeit der bisherigen Nebenbetroffenen erlischt oder auf deren Gesamtrechtsnachfolger übergeht, berühre, so der BGH, in erster Linie nur die Frage, wie lange die Haftung besteht. Die Dauer einer Haftung für ordnungswidriges Verhalten müsse aber nicht in gleicher Weise aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst feststellbar sein wie das „Ob“ der Haftung. Den Beleg für diese These meinte der BGH in BVer-

fGE 25, 269 (286) zu finden.⁵³ Dies überzeugt nicht. In der zitierten Entscheidung setzte sich das BVerfG mit der Frage auseinander, ob Art. 103 Abs. 2 GG auf die Vorschriften der Verfolgungsverjährung anwendbar ist und hat diese Frage verneint. Art. 103 Abs. 2 GG besage nichts über die Dauer des Zeitraums, während dessen eine in verfassungsmäßiger Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt und durch Verhängung der angedrohten Strafe geahndet werden darf. Die Norm verhalte sich nur über das „Von wann an“, nicht aber über das „Wie lange“ der Strafverfolgung.⁵⁴ Die Entscheidung des BVerfG lässt sich indes in mehrfacher Hinsicht nicht als Beleg für eine nur eingeschränkte Anwendbarkeit des Prinzips der Gesetzesbestimmtheit (und damit des Analogieverbots) auf § 30 OWiG heranziehen. So kam des BVerfG zum Ergebnis, dass Art. 103 Abs. 2 GG auf das „wie lange“ der Verfolgbarkeit einer Straftat gar nicht anwendbar ist. Im Gegensatz dazu will der BGH das Prinzip der Gesetzesbestimmtheit – wenn auch mit geringeren Anforderungen – weiterhin auf § 30 OWiG und die vermeintliche Frage des „Wie lange“ der Bußgeldhaftung anwenden. Darüber hinaus ist § 30 OWiG keine bloße Verfahrensvorschrift, die sich über den Zeitraum der Verfolgbarkeit einer Kartellordnungswidrigkeit verhält. Diese Funktion erfüllt § 81 Abs. 8 GWB i.V.m. §§ 31 ff. OWiG. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei § 30 Abs. 1 OWiG um eine Zurechnungsnorm. Sie legt fest, welchem Verband das ordnungswidrige Handeln natürlicher Personen als eigene Ordnungswidrigkeit zugerechnet werden kann.⁵⁵ Ihr lässt sich entnehmen, welche juristische Person als Adressat der Verbandsgeldbuße für die begangene Ordnungswidrigkeit einzustehen hat. § 30 Abs. 1 OWiG regelt somit nicht das „Wie lange“ der Verfolgbarkeit, sondern das „Ob“ – konkret: das „Wer“ – der bußgeldrechtlichen Verantwortung von Verbänden. Diese Frage nach dem „Wer“ betrifft jedoch den Kernbereich materiellen Ordnungswidrigkeitenrechts. Sie unterliegt in vollem Umfang dem Analogieverbot. Das gilt selbst dann, wenn die Fragestellung auf Rechtsnachfolgesachverhalte beschränkt wird. Durch die Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Gesamtrechtsnachfolger wird der Kreis der Sanktionsadressaten erweitert, denen das ordnungswidrige Verhalten natürlicher Personen als eigene Zuwiderhandlung zugerechnet und gegen die eine Verbandsgeldbuße festgesetzt werden kann. Diese Erweiterung des Adressatenkreises betrifft ebenfalls nicht nur das „Wie lange“, sondern das „Wer“ der bußgeldrechtlichen Verantwortung. Geringere Anforderungen an das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG lassen sich daraus – entgegen der Auffassung des BGH – nicht ableiten.

3. Haftungserstreckung als unzulässige Analogie in malam partem

Für die Prüfung eines Verstoßes gegen das Analogieverbot kommt es darauf an, ob der Gesamtrechtsnachfolger – wenn er wirtschaftlich nahezu identisch mit der an sich bußgeld-

GE 9, 167 (171). A.A. *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 197 f.; *Raisch*, ZHR 128 (1966), 161 (167 ff.). A.A. wohl auch der EGMR und ihm folgend das EuG für das EU-Kartellrecht. In EGMR, Urt. v. 23.11.2006 – 73053/01, 2006-XIII (Jussila) zählte der EGMR u.a. Wettbewerbsangelegenheiten nicht zum Kernbereich des Strafrechts, was zur Folge hatte, dass – bezogen auf Art. 6 EMRK – „strafrechtliche Garantien in diesen Fällen nicht voll zur Anwendung gelangen.“ Vgl. hierzu auch EuG, Urt. v. 8.7.2008 – Slg. 2008 II-1501, Rn. 113 (AC Treuhand); EuG, Urt. v. 13.7.2011 – Rs. T-138/07, Rn. 52 (Schindler).

⁴⁹ BVerfGE 20, 323 (331); 45, 272 (288 f.). Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 38), Art. 103 Rn. 195.

⁵⁰ Die jeweils höchsten, vom Bundeskartellamt gegen ein einzelnes Unternehmen verhängten Geldbußen betragen im Zement-Kartell EUR 251 Mio., im Kaffee-Kartell EUR 83 Mio., im Flüssiggas-Kartell EUR 67 Mio., im Tondachziegel-Kartell EUR 66 Mio., usw.

⁵¹ *Dannecker/Biermann* (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 41.

⁵² BGH WuW/E BGH, 2265 (Bußgeldhaftung).

⁵³ BGH WuW/E BGH, 2265 (2266) – Bußgeldhaftung.

⁵⁴ BVerfGE 25, 269 (286).

⁵⁵ *Rogall* (Fn. 21), § 30 Rn. 8; *Dannecker/Biermann* (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 99.

rechtlich verantwortlichen juristischen Person ist – innerhalb der Grenze des noch möglichen Wortsinns von § 30 Abs. 1 OWiG als „diese juristische Person“ bezeichnet werden kann, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, durch die Pflichten „dieser juristischen Person“ verletzt worden sind oder „diese juristische Person“ bereichert worden ist bzw. bereichert werden sollte. Entscheidend ist somit die Wortsinnengrenze des Tatbestandsmerkmals „diese juristische Person“.

Der allgemeine Sprachgebrauch kennt den Begriff der juristischen Person nicht.⁵⁶ Ungeachtet dessen kann das alltags-sprachliche Begriffsverständnis im vorliegenden Fall nicht vollständig außer Acht gelassen werden, ist doch der Begriff der Person – als übergeordnete Begriffskategorie – einer alltags-sprachlichen Deutung zugänglich. Der allgemeine Sprachgebrauch bezeichnet die Person als (menschliches) Individuum, das über Subjektqualität verfügt und sich von anderen Individuen unterscheidet.⁵⁷ Diese Sprachgrenze wird überschritten, wenn zwei Personen als die gleiche Person bezeichnet werden. Das gilt selbst dann, wenn beide Personen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise identisch oder nahezu identisch sind.⁵⁸ Insoweit steht die sprachliche Bezugnahme des Personenbegriffs auf das Subjekt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise entgegen, infolge derer über die Grenze des einzelnen Subjekts hinaus mehrere Personen als die gleiche Person bezeichnet werden sollen.

Die juristische Fachsprache bezeichnet als juristische Personen rechtlich geregelte Organisationen, denen die Rechtsordnung eine eigene allgemeine Rechtsfähigkeit zuerkennt.⁵⁹ Als Person ist die juristische Person ein durch beschränkte Analogie den natürlichen Personen gleichgestelltes Rechtssubjekt und damit eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten. Die juristische Person entsteht durch ein privatau-

tonomes Gründungsgeschäft und die konstitutive Anerkennung durch den Staat.⁶⁰ Ihre Rechtsfähigkeit erlangt sie durch Eintragung oder durch Verleihung seitens des Staates. Aus ihrem Zweck – der selbstständigen Teilnahme am Rechtsverkehr – ergeben sich im Wesentlichen drei strukturelle Anforderungen an Organisationen, die vom Begriff der juristischen Person erfasst werden. Die eine juristische Person bildende Organisation muss einerseits Rechtshandlungen ermöglichen (Handlungsorganisation), andererseits die Verantwortlichkeit für diese Rechtshandlungen sicherstellen (Haftungsverband) und schließlich nach außen als Zurechnungs-subjekt von Rechten und Pflichten erkennbar sein (Identitätsausstattung).⁶¹ Nach der Entstehung einer juristischen Person ist die sie bildende Organisation von den Organisationen anderer juristischer Personen abgrenzbar. Die Außengrenzen der juristischen Person lassen sich klar bestimmen. Die Existenz einer juristischen Person endet mit ihrer Auflösung und dem Abschluss eines gegebenenfalls durchzuführenden Liquidationsverfahrens.⁶² Als Rechtsträger geht die juristische Person mit ihrer Vollbeendigung und Löschung im Register unter.⁶³ Diese formalen Voraussetzungen an ihre Entstehung und ihr Erlöschen prägen den Begriff der juristischen Person auch sprachlich. Insoweit ist der Begriff der juristischen Person – anders als z.B. der Unternehmensbegriff – keiner wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugänglich. Beim Rechtsnachfolger einer juristischen Person handelt es sich selbst dann, wenn er mit der ursprünglichen juristischen Person wirtschaftlich identisch ist, niemals um die gleiche, sondern um eine andere juristische Person. An einer Verschmelzung sind demnach sprachlich immer mindestens zwei juristische Personen beteiligt. Dies zeigt § 20 Abs. 1 UmwG, der zwischen dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger unterscheidet. Der übertragende Rechtsträger, d.h. die ursprünglich gemäß § 30 Abs. 1 OWiG haftende juristische Person, erlischt infolge einer Verschmelzung ipso iure, § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG. Eine wirtschaftliche Auslegung⁶⁴, in deren Folge die bußgeldrechtliche Verantwortung nicht an die Rechtsperson des Unternehmensträgers, sondern an das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne anknüpft und folglich mit diesem Unternehmen auf den erwerbenden Unternehmensträger übergeht, überschreitet die Grenze des noch möglichen Wortsinns des Begriffs der juristischen Person.⁶⁵

⁵⁶ *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2006; *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 2. Aufl. 1994; *Trübners*, Deutsches Wörterbuch, 1954 verzeichnen insoweit gar keinen Eintrag. In *Brockhaus/Wahrig*, Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden, Bd. 5, 1983; bei *Klappenbach/Steinitz*, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, 2. Aufl. 1973 wird darauf hingewiesen, dass es sich beim Begriff der juristischen Person um einen Fachbegriff der Rechtswissenschaften handelt.

⁵⁷ *Duden* (Fn. 56 – Universalwörterbuch); *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7. Aufl. 2000; *Duden* (Fn. 56 – Das große Wörterbuch); *Trübners* (Fn. 56).

⁵⁸ Alltags-sprachlich würde wohl niemand auf die Idee kommen, die Person des mittellosen Erben, der das gesamte erbeutete Vermögen des Bankräubers durch Gesamtrechtsnachfolge erlangt hat, als die gleiche („diese“) Person zu bezeichnen, die den Bankraub begangen hat.

⁵⁹ Deutsches Rechtslexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 2001. Vgl. auch *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 20. Aufl. 2011; *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 14. Aufl. 2007; *Alpmann/Brockhaus*, Fachlexikon Recht, 2. Aufl. 2007; *Brockhaus*, Enzyklopädie, Bd. 14, 21. Aufl. 2006; *Köbler*, Etymologisches Rechtswörterbuch, 1995; *Weick*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl. 1995, Einl zu §§ 21 ff. Rn. 5.

⁶⁰ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 11 III.

⁶¹ *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 74 ff.

⁶² *Schmidt* (Fn. 60), § 11 V.

⁶³ *Schmidt* (Fn. 60), § 11 V 6 m.w.N.

⁶⁴ Grundsätzliche Kritik an einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ im Kartellordnungswidrigkeitenrecht äußern *Dannecker/Biermann* (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 43 ff.

⁶⁵ Für eine enge, am Fortbestand des Rechtsträgers orientierte Bestimmung der Wortsinnengrenze des § 30 Abs. 1 OWiG streitet auch der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG. Hält man mit dem BGH den Begriff der juristischen Person einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise für zugänglich, so verliert dieser Rechtsbegriff seine klaren Konturen. Dem BGH (WuW/E DE-R, 3455 [3459] – Versicherungsfusion) zufolge geht aus einer gesellschaftsrechtlichen Um-

Das hier vertretene enge sprachliche Verständnis von der Wortsinnngrenze des Begriffs „diese juristische Person“ wird durch ergänzende gesetzssystematische Erwägungen bestätigt. So ist die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gegen eine juristische Person gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1, 4 OWiG nur dann möglich, wenn ein Organ, ein Generalbevollmächtigter, ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat. Diese rechtstechnische Bezeichnung des Kreises der potentiellen Anknüpfungstäter, deren Verhalten sich die juristische Person zurechnen lassen muss, zeigt, dass mit dem Begriff der juristischen Person ein Rechtssubjekt gemeint ist und nicht ein Rechtsobjekt, wie das Unternehmen oder das haftende Vermögen. Darüber hinaus differenziert § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG sprachlich zwischen dem Unternehmensbegriff und dem Begriff der juristischen Person, wenn er von der Person spricht, die für die „Leitung des Unternehmens einer juristischen Person“ verantwortlich handelt. Diese sprachliche Differenzierung wäre entbehrlich, wenn der Begriff der juristischen Person jenem des Unternehmens entspräche. Die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gegen eine juristische Person setzt überdies gemäß § 30 Abs. 1 OWiG voraus, dass Pflichten, welche die juristische Person treffen, verletzt worden sind. Träger von Rechten und Pflichten kann aber nur ein Rechtssubjekt sein, nicht ein Rechtsobjekt, wie das Unternehmen oder das haftende Vermögen. Die mit der 7. GWB-Novelle in Kraft getretene Neuregelung in § 81 Abs. 4 S. 2 GWB, derzufolge „gegen ein Unternehmen eine Geldbuße verhängt werden“ kann, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB enthält lediglich eine Regelung zur Bußgeldbemessung. Die in § 30 OWiG verankerte Begrenzung der Verbandsgeldbuße auf die Ahndung einer Organtat gegenüber derjenigen („dieser“) juristischen Person,

strukturierung ungeachtet des mit ihr verbundenen Rechtsträgerwechsels „dieselbe juristische Person“ hervor, wenn das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne „nahezu unverändert“ vom neuen Rechtsträger fortgeführt wird, dessen sonstige Vermögenswerte „demgegenüber weitgehend in den Hintergrund treten.“ Auf konkrete Schwellenwerte, die über den Einzelfall hinausgehen, wollte sich der BGH indes nicht festlegen. Ebenso bleibt unklar, ob es nur auf die quantitative Wesentlichkeit des haftenden Vermögens ankommt, oder ob auch qualitative Kriterien eine Rolle spielen. Ist es – wie der BGH meint – in den Fällen wirtschaftlicher Nahezu-Identität unerheblich, dass der ursprünglich haftende Rechtsträger nicht mehr existiert, muss begründet werden, warum die bußgeldrechtliche Verantwortung nicht immer, d.h. unabhängig vom Fortbestand dieses Rechtsträgers, mit der Übertragung des Unternehmens im wirtschaftlichen Sinne des § 1 GWB auf den Rechtsnachfolger übergeht. Hierdurch würde § 30 Abs. 1 GWB entgegen seinem klaren Wortlaut (Rechtsträgerprinzip) in eine echte Unternehmensgeldbuße uminterpretiert.

deren Organ die Tat begangen hat, vermag sie nicht aufzuheben.⁶⁶

Auch aus teleologischen Erwägungen, die ergänzend zur Absicherung der ermittelten Wortsinnngrenze herangezogen werden können, ergibt sich nichts Abweichendes. Die Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG soll das rechtlich selbstständige, in erster Linie zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte, auch gegenüber den Mitgliedern der juristischen Person verselbstständigte Vermögen treffen und gegebenenfalls die durch eine Ordnungswidrigkeit erlangten Vorteile wieder ausgleichen.⁶⁷ Vorrangiges Ziel des § 30 OWiG ist es zu verhindern, dass „der juristischen Person, die nur durch ihre Organe zu handeln imstande ist, zwar die Vorteile dieser in ihrem Interesse vorgenommenen Betätigung zufließen, daß sie aber beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit nicht den Nachteilen ausgesetzt wäre, die als Folge der Nichtbeachtung der Rechtsordnung im Rahmen der für sie vorgenommenen Betätigung eintreten können.“⁶⁸ Derartige teleologische Überlegungen haben indes nur dann eine Auswirkung auf die Bestimmung der Wortsinnngrenze, wenn sie Eingang in den Gesetzestext gefunden haben. Dies ist nicht der Fall. § 30 OWiG normiert ausdrücklich das Rechtsträgerprinzip. Dieser gesetzgeberischen Entscheidung für das Rechtsträgerprinzip steht eine Auslegung entgegen, die nicht den Rechtsträger, sondern das Vermögen des vom Rechtsträger zum Tatzeitpunkt geführten Unternehmens – im wirtschaftlichen Sinne des § 1 GWB – in die Haftung nimmt und hiervon ausgehend eine Sanktionierbarkeit der Tat auch gegenüber dem Rechtsnachfolger annimmt, wenn dieser das Vermögen des Unternehmens oder wesentliche Teile desselben übernommen hat.⁶⁹ Die Möglichkeit, die Organtat durch eine Verbandsgeldbuße zu ahnden, steht und fällt demnach *de lege lata* – ohne Ausnahme⁷⁰ – mit dem Fortbestand des Rechtsträgers, für den das Organ zum Tatzeitpunkt gehandelt hat.

Die Analogie, derer sich der BGH bedient, um die Zulässigkeit der Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger zu begründen, zeigt sich in einem Vergleich, den der BGH in den Entscheidungen Versicherungsfusion und Transportbeton zwischen der formwechselnden Umwandlung und der Verschmelzung zieht. In zutreffender Weise stellt der BGH zunächst fest, dass der bloße Rechtsformwechsel kei-

⁶⁶ So ausdrücklich BGH WuW/E DE-R, 3455 (3460) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 8 (Transportbeton).

⁶⁷ BGH WuW/E BGH 2265 (2266) – Bußgeldhaftung.

⁶⁸ Begr. zu § 19 EOWiG, BT-Drs. V/1269, S. 59.

⁶⁹ Grundsätzlich anerkennt dies auch der BGH in seiner Entscheidung Versicherungsfusion, wobei er jedoch eine Ausnahme für den Fall der wirtschaftlichen Identität von Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger zulässt (BGH WuW/E DE-R, 3455 [3458] – Versicherungsfusion).

⁷⁰ A.A. BGH WuW/E DE-R, 3455 (3458) – Versicherungsfusion und BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 11 ff. (Transportbeton), die in den Fällen wirtschaftlicher Identität eine Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger innerhalb der Wortsinnngrenze des § 30 OWiG für möglich erachten.

nen Einfluss auf die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit nach § 30 OWiG hat. Mit Blick auf diese Konstellationen hält er es für sachgerecht und mit dem Wortlaut des § 30 OWiG vereinbar, die Bußgeldhaftung auch auf den Gesamtrechtsnachfolger zu erstrecken, wenn dieser mit der ursprünglich haftenden juristischen Person bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise identisch oder nahezu identisch ist, weil er das übernommene Unternehmen nahezu unverändert fortführt und seine sonstigen Vermögenswerte demgegenüber weitgehend in den Hintergrund treten. Unter diesen Voraussetzungen, so der BGH, sei eine Verschmelzung aufgrund vergleichbarer wirtschaftlicher Ergebnisse und Wirkungen dem Rechtsformwechsel „gleich zu achten“. ⁷¹ Die Analogie liegt hier in der Anwendung einer Norm, die als Sanktionsadressaten die juristische Person als Rechtsträger benennt, auf identitätswechselnde Umwandlungen zur (partiellen) Schließung einer als planwidrig empfundenen Gesetzeslücke. Die formwechselnde Umwandlung ist identitätswahrend. Sie lässt die rechtliche Identität des Rechtsträgers, dessen Organe oder sonstige Leitungspersonen die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, unangetastet. Ein Rechtsträgerwechsel findet nicht statt. Für den Rechtsformwechsel ist dies in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ausdrücklich normiert. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der Verschmelzung um eine identitätswechselnde Umwandlung. Eine Verschmelzung hat nicht etwa zur Folge, dass der übertragende Rechtsträger gleichsam im übernehmenden Rechtsträger fortbesteht. Vielmehr erlischt der übertragende Rechtsträger ohne Liquidation, § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG. Lediglich hinsichtlich seines Vermögens kommt es gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG zur Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger. Formwechselnde Umwandlung und Verschmelzung können sich somit zwar in ihren wirtschaftlichen Ergebnissen – der Kontinuität des fortgeführten Unternehmens – gleichen, nicht jedoch in ihren Auswirkungen auf die rechtliche Identität des Rechtsträgers, dessen Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben. Dieser Rechtsträger besteht nur bei einem Rechtsformwechsel fort, nicht aber im Falle einer Verschmelzung. Die Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger kann somit nur im Wege der Analogie erfolgen.

Dabei wird nicht übersehen, dass die hier vertretene restriktive Bestimmung der Wortsinnengrenze des Begriffs der juristischen Person kartellbeteiligter Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, sich durch gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen einem drohenden Bußgeld zu entziehen. Dies gilt umso mehr, als die Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers nach Auffassung des BGH nicht mit einer Vermögenszurechnung zwischen den einzelnen Gesellschaften eines Konzerns begründet werden kann. ⁷² Folgt man dem, so genügt bereits eine konzerninterne Umstrukturierung, infolge derer das haftende Vermögen auf eine andere als dieje-

nige Konzerngesellschaft übertragen wird, die Gesamtrechtsnachfolger des ursprünglich haftenden Rechtsträgers wird, um dem Bußgeld zu entgehen. ⁷³ Indes weist der BGH zu Recht darauf hin, dass es Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Rechtsanwenders ist, erkannte Sanktionslücken zu schließen. ⁷⁴ Auch Umgehungshandlungen rechtfertigen keine tatbestandsausweitende Rechtsanwendung über die Grenze des noch möglichen Wortsinns hinaus. ⁷⁵ Will der Gesetzgeber derartige Umgehungshandlungen tatbestandlich erfassen, steht es ihm frei, entsprechende Umgehungsklauseln, wie sie sich z.B. in § 42 AO und in § 4 SubvG finden, ins Gesetz aufzunehmen.

VI. Praktische Konsequenzen

Durch seine beiden Entscheidungen Versicherungsfusion und Transportbeton hat der BGH den rechtsstaatlichen Fundamentalgarantien des Art. 103 Abs. 2 GG auch und gerade im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren den Rücken gestärkt. Jedes Sanktionsbedürfnis des Rechtsanwenders, insbesondere der Kartellbehörden, findet im noch möglichen Wortsinn des Gesetzes seine Grenze. Angesichts des klaren Wortlauts von § 30 Abs. 1 OWiG kann die Bußgeldhaftung – nach hier vertretener Auffassung – gar nicht bzw. – nach Auffassung des BGH – nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen auf den Gesamtrechtsnachfolger der juristischen Person erstreckt werden, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben. Es besteht eine Sanktionslücke, zu deren Schließung ausschließlich der Gesetzgeber befugt ist. Ob Unternehmen diese zu Tage getretene Sanktionslücke nutzen werden, um sich durch eine gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung einer drohenden Geldbuße zu entziehen, kann angesichts der Höhe, die kartellrechtliche Geldbußen mittlerweile erreicht haben, nicht ausgeschlossen werden. Aufgrund der verbleibenden Risiken und der Kosten, die mit einer solchen Umstrukturierung verbunden sind, wird sich die Zahl der Fälle jedoch in Grenzen halten, zumal der Gesetzgeber angekündigt hat, die Sanktionslücke im Rahmen der für Anfang 2013 geplanten 8. GWB-Novelle zu schließen.

VII. Fazit

Die einleitend gestellten Fragen lassen sich somit wie folgt beantworten: Nein, nach nunmehr gefestigter Entscheidungspraxis des BGH geht der staatliche Sanktionsanspruch zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße i.S.d. § 30 Abs. 1 OWiG nicht automatisch mit dem Erlöschen der juristischen Person unter, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben. Die Bußgeldhaftung kann vielmehr auf deren Gesamtrechtsnachfolger erstreckt werden, wenn dieser bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit der ursprünglich

⁷¹ BGH WuW/E DE-R, 3455 (3459) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 13 f. (Transportbeton).

⁷² BGH WuW/E DE-R, 3455 (3459) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 16 (Transportbeton).

⁷³ Reichling, NJW 2012, 164 (166 f.).

⁷⁴ BGH WuW/E BGH, 2265 (2266) – Bußgeldhaftung; BGH WuW/E DE-R, 3455 (3460) – Versicherungsfusion.

⁷⁵ Schmitz (Fn. 35), § 1 Rn. 59; Dannecker, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 1 Rn. 125; Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 263; Satzger (Fn. 38), § 1 Rn. 35.

haftenden juristischen Person identisch oder zumindest nahezu identisch ist. Eine solche wirtschaftliche Identität liegt nach Auffassung des BGH vor, wenn das haftende Vermögen weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht. Auf eine Zurechnung von Vermögenswerten konzernverbundener Gesellschaften kann eine wirtschaftliche Identität allerdings nicht gestützt werden. Aus der genannten Entscheidungspraxis ergibt sich zugleich, dass der Erwerber – wenn er wirtschaftlich identischer Gesamtrechtsnachfolger der ursprünglich haftenden juristischen Person ist – unter Umständen auch für Kartellrechtsverstöße einzustehen hat, die das von ihm übernommene Unternehmen vor dem Erwerbszeitpunkt begangen hat. Dies gilt es bei der Ausgestaltung von Unternehmenskaufverträgen zu beachten.

Die Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Rechtsnachfolger überschreitet die Grenze des noch möglichen Wortsinns von § 30 OWiG. Sie verstößt damit gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Weder der allgemeine Sprachgebrauch (hinsichtlich des Personenbegriffs) noch die juristische Fachsprache lassen es zu, den Rechtsnachfolger der ursprünglich gemäß § 30 Abs. 1 OWiG haftenden juristischen Person als eben diese juristische Person zu bezeichnen, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, durch die Pflichten dieser juristischen Person verletzt wurden oder diese juristische Person bereichert wurde bzw. bereichert werden sollte. § 30 OWiG normiert ausdrücklich das Rechtsträgerprinzip. Die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße steht und fällt *de lege lata* mit dem Fortbestand des Rechtsträgers, dessen Organe das Kartelldelikt begangen haben.

Und abschließend, ja, § 30 Abs. 1 OWiG führt in seiner momentanen Fassung zu einer Sanktionslücke, die Unternehmen durch eine gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung ausnutzen können, um sich einem drohenden Bußgeld zu entziehen. Der Gesetzgeber hat allerdings angekündigt, diese Sanktionslücke im Rahmen der anstehenden 8. GWB-Novelle schließen zu wollen.

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

Zur Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Geldsanktionen, insbesondere zur Auslegung des § 87f Abs. 2 S. 2 IRG und des § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG

Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach §§ 87j, 87k IRG gegen eine rechtsfehlerhafte Entscheidung des AG kommt nicht in Betracht, wenn keine klärungsbedürftige Rechtsfrage im Raum steht und auch kein Risiko eines Nachahmungseffekts besteht. Für die Anpassung einer niederländischen Geldsanktion, die wegen einer dort begangenen Geschwindigkeitsüberschreitung verhängt wurde, an inländische Regelsätze gibt es offensichtlich keine Rechtsgrundlage (OLG Koblenz, Beschl. v. 20.1.2012 – 1 SsRs 4/12).

Die Vorschrift des § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG erfasst gerade die Fälle der sog. Halterhaftung im Straßenverkehr, in denen der Betroffene allein deswegen für Verkehrsverstöße haftet, weil er Halter des Fahrzeugs ist, mit dem der Verstoß begangen wurde. Danach ist eine Vollstreckung nur dann unzulässig, wenn der Betroffene den Einwand des fehlenden eigenen Verschuldens gegenüber der Bewilligungsbehörde geltend macht. Er hat es also in der Hand, ob die Vollstreckung in Deutschland zulässig ist oder nicht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2012 – III-3 AR 6/11) (Leitsätze des Verf.).

IRG §§ 87f Abs. 2 S. 2, 87b Abs. 3 Nr. 9

OLG Koblenz, Beschl. v. 20.1.2012 – 1 SsRs 4/12

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2012 – III-3 AR 6/11

I. OLG Koblenz, Beschl. v. 20.1.2012 – 1 SsRs 4/12

Der Antrag des Bundesamtes für Justiz auf Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts Prüm vom 25. November 2011 wird als unbegründet verworfen.

Die Staatskasse trägt die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Betroffenen.

Gründe:

1. Die X-GmbH ist (oder war) Eigentümerin eines Kraftfahrzeuges mit dem amtlichen Kennzeichen YY-XX 00, das am 23. November 2010 um 20:40 Uhr auf einer Autobahn nahe Rotterdam mit einer Geschwindigkeit von 102 km/h geführt wurde, obwohl die Höchstgeschwindigkeit dort auf 80 km/h begrenzt war.

Deshalb wurde gegen sie von der zuständigen niederländischen Behörde mit Bescheid vom 20. Dezember 2010, rechtskräftig seit dem 31. Januar 2011, eine als Ordnungsstrafe bezeichnete Geldsanktion von 117 € (zzgl. 6 € Verwaltungsgebühr) festgesetzt. Vor Erlass des Bescheids hatte die Betroffene Gelegenheit, sich schriftlich zu dem Vorwurf zu äußern. Außerdem wurde sie über die Möglichkeit der Anfechtung belehrt.

Nach niederländischem Recht tritt Vollstreckungsverjährung am 21. Januar 2016 ein. Die Geldsanktion ist noch in voller Höhe offen.

2. Mit Ersuchen vom 27. August 2011, das den Anforderungen des § 87a IRG genügt, bat das Königreich der Niederlande um Vollstreckungshilfe (§ 87 IRG). Nach Mitteilung des ersuchenden Staates handelt es sich bei dem Bescheid um die Entscheidung „einer nicht gerichtlichen Behörde des Entscheidungsstaates aufgrund einer nach dessen Recht strafbaren Handlung“, so dass, was für die Senatsbesetzung (§ 87f Abs. 3 Nr. 1 IRG) Bedeutung hat, § 87 Abs. 2 Nr. 2 IRG einschlägig ist.

Das nach inländischem Recht zuständige Bundesamt für Justiz kam zu dem (zutreffenden) Ergebnis, dass ein Bewilligungshindernis im Sinne des § 87d IRG nicht vorliegt und stellte – nach ordnungsgemäßer Anhörung der Betroffenen (§ 87c Abs. 1 IRG) – beim Amtsgericht Prüm den Antrag, den niederländischen Ordnungsstrafbescheid für im Inland vollstreckbar zu erklären sowie die Ordnungsstrafe in eine Geldbuße nach inländischem Recht umzuwandeln (§ 87i IRG).

Mit Beschluss vom 25. November 2011 hat das Gericht die Vollstreckbarkeit festgestellt und eine Geldbuße von 70 € festgesetzt. Eine Begründung für die Verringerung um 47 € fehlt; vermutlich hat sich das Gericht am inländischen Bußgeldkatalog orientiert.

3. Der zulässigerweise auf die Festsetzung der Geldbuße beschränkte Antrag des Bundesamtes der Justiz auf Zulassung der Rechtsbeschwerde (§§ 87j, 87k IRG) bleibt ohne Erfolg.

a) Die Versagung rechtlichen Gehörs (§ 87k Abs. 1 Nr. 2 IRG) wird nicht geltend gemacht.

b) Eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts (§ 87k Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. IRG) kommt nicht in Betracht, weil keine klärungsbedürftige Rechtsfrage im Raum steht. Vielmehr ist der Gesetzeswortlaut eindeutig.

aa) Nach § 87i Abs. 3 Satz 2 IRG war die in den Niederlanden verhängte Geldsanktion als solche in die ihr im deutschen Recht am meisten entsprechende Sanktion, hier also in eine Geldbuße, umzuwandeln, was auch geschehen ist.

bb) Für eine eventuell notwendige Anpassung der Höhe der Geldsanktion verweist § 87i Abs. 3 Satz 3 IRG auf § 87f Abs. 2 IRG, wobei hier nur dessen Satz 1 anwendbar ist, der wiederum auf § 54 Absatz 2 und 4 IRG verweist. Dort ist zum einen die Umrechnung einer in ausländischer Währung berechneten Geldsanktion geregelt, was bei Vollstreckungsersuchen aus Mitgliedsstaaten des „Euro-Raumes“ keine Rolle spielt. Zum anderen geht es um die Anrechnung bereits erfolgter Teilvollstreckungen im Ausland.

cc) Für die vom Amtsgericht Prüm vorgenommene Anpassung der ausländischen Geldsanktion an inländische Regelsätze gibt es keine Rechtsgrundlage; die angefochtene Entscheidung ist insoweit offensichtlich falsch.

b) Die angefochtene Entscheidung stellt auch nicht die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Frage (§ 87k Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. IRG). Es handelt sich um einen „Ausrutscher“ im Einzelfall, den das Amtsgericht Prüm spätestens nach Kenntnis der Gründe der jetzt ergangenen Entscheidung mit

Sicherheit nicht wiederholen wird. Da die fehlerhafte Entscheidung keine Begründung enthält, die zumindest theoretisch geeignet wäre, andere Gerichte auf eine falsche Fährte zu lenken, sieht der Senat auch nicht das Risiko eines Nachahmungseffekts. Er geht vielmehr davon aus, dass andere Gerichte durch bloßes Lesen des Gesetzestextes zu dem richtigen Ergebnis gelangen werden.

4. Kosten: § 87j Abs. 2 IRG i.V.m. § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO.

II. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2012 – III-3 AR 6/11

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Der Bescheid des Centraal Justitiel Incassobureau (Ministerie van Justitie), Leeuwarden (Niederlande), vom 8. November 2010 (CJIB-Nr. xxxx yyyy xxxx yyyy) wird für vollstreckbar erklärt.

Die in dem vorgenannten Bescheid festgesetzte Geldsanktion von 140,00 € wird in eine Geldbuße in Höhe von 140,00 € umgewandelt.

Gründe:

1. Mit dem in der Beschlussformel näher bezeichneten Bescheid ist gegen die Betroffene wegen einer am 28. August 2010 in Amsterdam mit einem Kraftfahrzeug (amtliches Kennzeichen YY – XX 000), dessen Halterin die Betroffene ist, begangenen Geschwindigkeitsüberschreitung eine Geldsanktion in Höhe von 140,00 Euro festgesetzt worden.

Das Bundesamt für Justiz beantragt, den Bescheid für vollstreckbar zu erklären und die Geldsanktion umzuwandeln.

Mit Beschluss vom 26. September 2011 hat das Amtsgericht die Anträge zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich das Bundesamt für Justiz mit seinem Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde. Der Einzelrichter hat mit Beschluss vom heutigen Tage die Rechtsbeschwerde gemäß § 87k Abs. 1 Nr. 1 IRG zugelassen.

2. Über die durch den Einzelrichter zugelassene Rechtsbeschwerde entscheidet nach § 87l Abs. 3 Nr. 2 IRG der Senat in der Besetzung mit drei Richtern.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Auf Antrag des Bundesamtes für Justiz war der o.a. Bescheid des Centraal Justitieel Incassobureau (Ministerie van Justitie), Leeuwarden (Niederlande), vom 8. November 2010 für vollstreckbar zu erklären und die darin festgesetzte Geldsanktion von 140,00 Euro in eine Geldbuße in Höhe von 140,00 Euro umzuwandeln.

Die Voraussetzungen des § 87b IRG für die Vollstreckung der Geldsanktion in der Bundesrepublik Deutschland liegen vor. Die vom Amtsgericht angeführte Erwägung, die Verhängung und Vollstreckung einer Geldbuße wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung sei nach deutschem Recht nur gegen den Fahrer und nicht gegen den Halter des Fahrzeugs möglich, steht der Vollstreckung nicht entgegen. Zwar ist richtig, dass die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen mit dem in Deutschland mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldprinzip vereinbar sein muss (vgl. hierzu BVerfGE 123, 267 – insbes. Rdnr. 364). Indes hat der Gesetzgeber gerade nicht festgelegt, dass die Vollstreckung von

Entscheidungen, die dem Schuldprinzip zuwiderlaufen – wie etwa die Haftung des Halters eines Fahrzeugs für Verkehrsverstöße ohne Nachweis eines eigenen Verschuldens – von vornherein ausgeschlossen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat vielmehr in § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG bestimmt, dass die Vollstreckung einer Geldsanktion nur dann unzulässig ist, wenn die betroffene Person in dem ausländischen Verfahren keine Gelegenheit hatte einzuwenden, für die der Entscheidung zugrunde liegende Handlung nicht verantwortlich zu sein, und sie dies gegenüber der Bewilligungsbehörde geltend macht. Diese Vorschrift erfasst gerade die Fälle der sog. Halterhaftung im Straßenverkehr, in denen der Betroffene allein deswegen für Verkehrsverstöße haftet, weil er Halter des Fahrzeugs ist, mit dem der Verstoß begangen wurde (vgl. BT-Drs. 17/1288 Seite 27f.).

Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist eine Vollstreckung nur dann unzulässig, wenn der Betroffene den Einwand des fehlenden eigenen Verschuldens gegenüber der Bewilligungsbehörde, also dem Bundesamt für Justiz, geltend macht. § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG weicht damit von § 87b Abs. 3 Nr. 1 bis 8 IRG ab; diese Vorschriften enthalten Tatbestände, die von Amts wegen ohne Geltendmachung durch den Betroffenen zu berücksichtigen sind. Im Fall des § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG muss der Betroffene selbst handeln, damit sein Einwand berücksichtigt wird. Er hat es also in der Hand, ob die Vollstreckung in Deutschland zulässig ist oder nicht (vgl. Johnson in Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Auflage Stand 2011, § 87b IRG Rdnr. 19).

Vorliegend hat die Betroffene den Einwand des fehlenden Verschuldens nicht geltend gemacht. Das Bundesamt für Justiz hat der Betroffenen mit Schreiben vom 27. Juni 2011 Gelegenheit gegeben, zu der Vollstreckung der in den Niederlanden verhängten Geldsanktion innerhalb von zwei Wochen Stellung zu nehmen. Die Betroffene hat hierauf keine Äußerung abgegeben, insbesondere hat sie nicht den Einwand des fehlenden Verschuldens erhoben. Nach § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG ist deshalb die Vollstreckung zulässig.

Gemäß § 87i Abs. 3 Satz 2 IRG war die Geldsanktion von 140,00 Euro in eine Geldbuße in gleicher Höhe umzuwandeln. Diese Geldbuße entspricht der in den Niederlanden verhängten Rechtsfolge.

III. Anmerkung

Die Beschlüsse des OLG Koblenz und des OLG Düsseldorf sind bereits deshalb eine Anmerkung wert, weil es sich um die ersten beiden OLG-Entscheidungen auf Grundlage der neuen §§ 86 ff. des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) handelt. Mit diesen Vorschriften, eingefügt in das IRG durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates v. 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen v. 18.10.2010 (BGBl. I 2010, S. 1408), wurde mit erheblicher Fristüberschreitung der im Gesetzestitel genannte Rahmenbeschluss 2005/214/JI (im Folgenden: RB Geld) in das deutsche Recht umgesetzt. Nach Art. 20 Abs. 1 RB Geld wäre der Rahmenbeschluss bis zum 22.3.2007 umzusetzen gewesen; in Kraft getreten ist das

Umsetzungsgesetz (noch dazu mit einer in § 98 IRG enthaltenen Stichtagsregelung) am 28.10.2010.¹

Mit dem RB Geld und seiner nationalen Umsetzung haben sich gerade auch in der Öffentlichkeit beachtliche Erwartungen verbunden, soweit es um die grenzüberschreitende Vollstreckung von Verkehrsdelikten geht. Der RB Geld erfasst nicht nur Straftaten, sondern auch Ordnungswidrigkeiten. Die Listendelikte in Art. 5 Abs. 1 RB Geld, bei deren Vorliegen eine Prüfung der beiderseitigen Sanktionierbarkeit entfallen soll, wurden gegenüber früheren Rahmenbeschlüssen um sieben zusätzliche Deliktgruppen erweitert. Dazu gehören jetzt auch „gegen die den Straßenverkehr regelnden Vorschriften verstoßende Verhaltensweise[n], einschließlich Verstößen gegen Vorschriften über Lenk- und Ruhezeiten und des Gefahrgutrechts“. Im Blick behalten werden muss jedoch, dass einer grenzüberschreitenden Anerkennung und Vollstreckung von Geldsanktionen auf Grundlage des RB Geld immer ein Erkenntnisverfahren mit einer rechtskräftigen Entscheidung vorangehen muss.

Mit der grenzüberschreitenden Anerkennung und Vollstreckung von Geldsanktionen haben die EU-Mitgliedstaaten Neuland betreten. Anders als beim Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl, der vieldiskutierte Neuerungen (Stichworte: Auslieferung eigener Staatsangehöriger, Listendelikte, Entscheidungs- und Übergabefristen) eingeführt hat, aber auf einem seit langem funktionierenden Auslieferungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten aufsetzen konnte, hat es vor dem RB Geld Vollstreckungshilfe für Geldsanktionen kaum gegeben. Das Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften über die Vollstreckung ausländischer strafrechtlicher Verurteilungen v. 13.11.1991 hatte auch zwischen den Staaten, für die es vorläufig anwendbar war (Deutschland, Niederlande und Lettland), nie Bedeutung erlangt.²

Als zentrale Bewilligungsbehörde für alle ein- und ausgehenden Ersuchen nach §§ 86 ff. IRG wurde durch den ebenfalls neuen § 74 Abs. 1 S. 4 IRG das Bundesamt für Justiz (BfJ) mit Sitz in Bonn bestimmt, das 2007 errichtet worden ist und neben der Führung des Bundeszentralregisters für zahlreiche Aufgaben im internationalen Rechtsverkehr zuständig ist. Für die zu erwartenden Fallzahlen bei ein- und ausgehenden Ersuchen gab es kaum belastbare Anhaltspunkte, was personell und organisatorisch eine besondere Herausforderung bedeutete. Bis jetzt haben das BfJ 3.074 eingehende Ersuchen aus anderen Mitgliedstaaten erreicht (Stand: 28.2.2012), und deutsche Staatsanwaltschaften und Bußgeldbehörden haben dem BfJ 2.354 Ersuchen zur Stellung an andere Mitgliedstaaten vorgelegt (Stand: 14.2.2012). Ein Ersuchen nach dem RB Geld besteht aus der ausgefüllten Be-

scheinigung, wie sie im Anhang zum RB Geld abgedruckt ist, und der zu vollstreckenden Entscheidung. Bei den eingehenden Ersuchen stehen bisher die Niederlande als ersuchender Staat im Vordergrund; in der Sache geht es überwiegend um Verkehrsverstöße. Die beiden OLG-Beschlüsse stehen deshalb nicht zufällig für diese bedeutende Fallgruppe. Ausgehende Ersuchen werden vor allem an die großen Nachbarstaaten Polen und Frankreich gerichtet; die Ersuchen verteilen sich zu etwa zwei Dritteln auf Strafsachen (fast durchweg Strafbefehle, in vielen Fällen Ladendiebstähle nach § 242 StGB oder Straftaten nach §§ 316 StGB, 21 StVG im grenznahen Gebiet) und zu einem Drittel auf Bußgeldbescheide. Insbesondere die ausgehenden Ersuchen haben sich in der Praxis für das BfJ als arbeitsaufwändiger herausgestellt als zunächst angenommen, weil in nicht wenigen Fällen die von der Ausgangsbehörde übermittelte Bescheinigung (für die das BfJ auf seiner Home-page³ eine elektronische Vorlage bereithält) überarbeitet werden muss und das BfJ zu jedem Ersuchen daneben eine Bescheinigung in der vom anderen Mitgliedstaat nach Art. 16 RB Geld geforderten Amtssprache durch „Ankreuzen“ vorausfüllen und anschließend den einzusetzenden Text übersetzen (lassen) muss.

Beiden OLG-Beschlüssen lag der gleiche Sachverhalt zugrunde. In den Niederlanden wurde mit einem auf eine deutsche GmbH zugelassenen Kraftfahrzeug die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten. Nach niederländischem Recht ist dafür, von wenigen Ausnahmen abgesehen, der Fahrzeughalter verantwortlich. Das ist die sog. Halterhaftung, die es in vielen Mitgliedstaaten in im Einzelnen unterschiedlicher Ausgestaltung gibt. Die zuständige niederländische Behörde, das Centraal Justitiel Incassobureau (CJIB) in Leeuwarden/Niederlande, eine Behörde im Geschäftsbereich des niederländischen Justizministeriums, setzte gegen die betroffenen GmbHs „Ordnungsstrafen“ in Höhe von einmal 117 € und einmal 140 € fest. Nach Eintritt von deren Rechtskraft nach niederländischem Recht übermittelte das CJIB dem BfJ Ersuchen um Vollstreckungshilfe auf Grundlage des RB Geld. Das BfJ hörte die betroffenen GmbHs an; von der Möglichkeit, das Verfahren durch Zahlung zu beenden, machten diese keinen Gebrauch. Anschließend beantragte das BfJ gemäß § 87i Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 und 5 IRG bei den Amtsgerichten am Sitz der betroffenen GmbHs, die niederländische Entscheidung für vollstreckbar zu erklären und die Geldsanktion in die ihr im deutschen Recht am meisten entsprechende Sanktion umzuwandeln. Dieses besondere Verfahren hat der Gesetzgeber geschaffen, um Geldsanktionen gegen juristische Personen, die das deutsche Recht bei Strafsachen gar nicht und bei Ordnungswidrigkeiten nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 30 OWiG kennt, durch Umwandlung in eine Sanktion des deutschen Rechts rahmenbeschlusskonform (Art. 9 Abs. 3 RB Geld) anerkennen und vollstrecken zu können. In der bisherigen Praxis wurden Geldsanktionen gegen juristische Personen durchweg in Geldbußen umgewandelt. Das AG Prüm hat die niederländische Entscheidung für vollstreckbar erklärt und die Geldsanktion ohne nähere Begründung in eine Geldbuße in Höhe von 70 € um-

¹ Zur Pflicht Deutschlands, den Rahmenbeschluss 2005/214/JI umzusetzen, zutreffend Böse, ZIS 2010, 607 gegen Schünemann/Roger, ZIS 2010, 515.

² Dazu und zum deutsch-österreichischen Vertrag über Amt- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen vom 31.5.1988 Johnson, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Bd. 2, 20. Lfg., Stand: Januar 2011, IRG § 86 Rn. 6 f.

³ Vgl. <http://www.bundesjustizamt.de/>

gewandelt. Das AG Krefeld hat den Antrag des BfJ zurückgewiesen; zur Begründung hat es angeführt, dass die Vollstreckung einer Geldbuße in einem solchen Fall in Deutschland nur gegen den Führer möglich und dass das Schuldprinzip durch den RB Geld nicht außer Kraft gesetzt sei. Gegen beide Beschlüsse hat das BfJ nach §§ 87j, 87k IRG Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde gestellt.

Im Fall des OLG Koblenz hatte sich das AG Prüm bei Herabsetzung der Geldsanktion von 117 € auf 70 € wohl am deutschen Bußgeldkatalog orientiert und deshalb die Sanktionshöhe festgesetzt, die für eine vergleichbare Tat auf deutschem Boden festgesetzt worden wäre. Das widerspricht offensichtlich dem auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruhenden RB Geld, dem in seiner Gesamtheit zu entnehmen ist, dass ausländische Geldsanktionen auch hinsichtlich ihrer Höhe grundsätzlich anzuerkennen und zu vollstrecken sind, sofern nicht die besonderen Umstände seines Art. 8 (= § 87f Abs. 2 S. 2 IRG) vorliegen. Nach § 87f Abs. 2 S. 2 IRG ist eine Herabsetzung der ausländischen Geldsanktion auf das deutsche Höchstmaß nur ausnahmsweise zulässig, wenn nämlich erstens die dem Ersuchen des anderen Mitgliedstaates zugrundeliegende Tat nicht auf dessen Hoheitsgebiet begangen worden und wenn zweitens für diese Tat die deutsche Gerichtsbarkeit begründet ist. Beide Voraussetzungen lagen hier offensichtlich nicht vor: Das niederländische CJIB hatte eine auf niederländischem Boden begangene Geschwindigkeitsüberschreitung sanktioniert, und für Taten, bei denen es sich nach deutscher Sicht um im Ausland begangene Ordnungswidrigkeiten handelt, besteht wegen des im Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzlich allein maßgeblichen Territorialitäts- und Flaggenprinzips (§ 5 OWiG) auch keine deutsche Gerichtsbarkeit. Dass die rechtsfehlerhafte Entscheidung des AG Prüm gleichwohl Bestand hat, liegt daran, dass der Gesetzgeber sich in § 87k IRG (wie bei § 80 Abs. 1 OWiG) dafür entschieden hat, für die Rechtsbeschwerde eine Zulassung zu verlangen. Die Rechtsbeschwerde wird vom OLG als Beschwerdegericht nach § 87k Abs. 1 IRG nur zugelassen, wenn es geboten ist, die Nachprüfung des Beschlusses zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu ermöglichen (oder den Beschluss wegen Versagung des rechtlichen Gehörs aufzuheben). Diese Voraussetzungen hat das OLG Koblenz hier verneint: Die Zulassung der Rechtsbeschwerde sei weder zur Fortbildung des Rechts geboten, weil angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts keine klärungsbedürftige Rechtsfrage im Raum stehe, noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, weil kein Nachahmungseffekt drohe; andere Gerichte würden durch bloßes Lesen des Gesetzestextes zu dem richtigen Ergebnis gelangen. Zuge-spitzt formuliert: Die unrichtige Entscheidung bleibt bestehen, weil sie evident unrichtig ist.

Von grundlegenderer Bedeutung ist die vom OLG Düsseldorf entschiedene Rechtsfrage, weil es dabei um die Anerkennung und Vollstreckung von Halterhaftungsfällen geht. Das AG Krefeld hatte mit seiner knappen Begründung offenbar gemeint, dass es in diesen Fällen an der beiderseitigen Sanktionierbarkeit (§ 87b Abs. 1 S. 1 IRG) fehle, weil in Deutschland für Geschwindigkeitsüberschreitungen nur der

Fahrer, nicht jedoch der Halter verantwortlich sei. Einmal davon abgesehen, dass es sich nach holländischem Verständnis dabei um ein Listendelikt handelt, was eine Überprüfung der beiderseitigen Sanktionierbarkeit eigentlich ausschließt, hat das AG übersehen, dass der Gesetzgeber speziell für Halterhaftungsfälle mit § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG eine eigene Vorschrift geschaffen hat.⁴ Danach ist die Vollstreckung der Geldsanktion nicht zulässig, wenn die betroffene Person in dem ausländischen Verfahren keine Gelegenheit hatte einzuwenden, für die der Entscheidung zugrunde liegende Handlung nicht verantwortlich zu sein, und sie dies gegenüber der Bewilligungsbehörde geltend macht. Wie das OLG Düsseldorf (nach Zulassung der Rechtsbeschwerde) zutreffend entscheidet, hat es der Betroffene damit in der Hand, ob die Vollstreckung in Deutschland zulässig ist oder nicht. Erhebt er die Einrede gegenüber der Bewilligungsbehörde im Rahmen der Anhörung, muss diese die Anerkennung und Vollstreckung gegenüber dem ausländischen ersuchenden Staat ablehnen. Erhebt er die Einrede nicht, ist die Vollstreckung zulässig. Für Letzteres mögen aus Sicht des Betroffenen pragmatische Überlegungen sprechen: Lehnt die Bewilligungsbehörde aufgrund seiner Einrede die Anerkennung und Vollstreckung der niederländischen Entscheidung ab, ist damit nur über die Vollstreckung in Deutschland entschieden. In den Niederlanden ist die Geldsanktion wieder „offen“, und der Betroffene muss beim nächsten Aufenthalt dort mit seiner Zahlungspflicht rechnen, die sich wohl auch „am Fahrzeug festmachen“ kann.

Abteilungspräsident im Bundesamt für Justiz Dr. Christian Johnson, Bonn

⁴ Zur Entstehungsgeschichte *Johnson* (Fn. 2), § 87b Rn. 18.

Tagungsbericht: Internationale Projekttagung 2011 „Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität – ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht“

Von Staatsanwältin **Diana Dittrich**, Chemnitz*

Mit der „Internationalen Projekttagung 2011“ fand im August 2011 ein von Prof. Dr. Arndt Sinn am Zentrum für Europäische und Internationale Strafrechtsstudien (ZEIS¹) initiiertes zweijähriges Forschungsprojekt seinen Abschluss.² Vom 4. bis 6.8.2011 trafen sich in Osnabrück zum zweiten Mal Wissenschaftler/-innen sowie Praktiker aus Justiz, Polizei und der Rechtsanwaltschaft, um die Ergebnisse ihrer gemeinsamen Forschung vorzustellen. Aus den Grundlagenreferaten, Länderberichten und den Berichten aus der Praxis wurden zwei Regelungsvorschläge zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten verabschiedet, die nach ihrer Publikation der Kommission der Europäischen Union sowie dem Europarat zugeleitet werden.

Strafrechtliche Jurisdiktionskonflikte entstehen dadurch, dass hinsichtlich derselben Straftat eines Täters mehrere Staaten aufgrund ihres nationalen Strafanwendungsrechts die Verfolgungszuständigkeit und die Geltung ihres materiellen Strafrechts für sich beanspruchen. In einem solchen Fall sieht sich der Täter unter Umständen einer mehrfachen Verfolgung oder gar Bestrafung durch die einzelnen Staaten ausgesetzt. Hinzu kommt ein erhöhter Aufwand an Ressourcen sowohl für den Täter als auch für den Staat, der letztlich nicht die Verfolgung übernimmt. Schließlich besteht die Gefahr, dass zwischen den zuständigen Staaten ein Wettlauf um die Aburteilung der Tat entsteht.

Während bei der Tagung 2010 eine Bestandsaufnahme zu den nationalen Strafanwendungsrechten sowie den Regelungen auf EU-Ebene und deren Möglichkeiten zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten stattfand, beschäftigte sich die Tagung 2011 mit den in der Zwischenzeit erarbeiteten Modellen zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten und deren Durchführbarkeit.

I. Die Modelle

1. Das Modell der vereinbarten Gerichtsbarkeit

Zunächst stellte Prof. Dr. Bernd Hecker (Universität Trier) ein Modell zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten vor. Hecker wies dabei zu Beginn seines Vortrags erneut darauf hin, dass insbesondere Art. 54 SDÜ keine adäquate Lösung zur Vermeidung der Konflikte biete. Das Problem der möglichen Mehrfachverfolgung des Täters wegen ein und derselben Tat durch mehrere Mitgliedstaaten müsse daher anderweitig geklärt werden. Dies könne erreicht werden, indem

* Die Verf. war zum Zeitpunkt der Tagung wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Arndt Sinn am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung, Universität Osnabrück.

¹ Informationen unter <http://www.zeis.uni-osnabrueck.de>.

² Vgl. den Tagungsbericht zur „Internationalen Projekttagung 2010“ *Rekate*, ZStW 122 (2010), 905.

das Modell an gegenwärtig bestehende Rechtsinstrumente anknüpfe. Hecker schlägt daher vor, den Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren v. 30.11.2009³ zu erweitern und durch neue Instrumente zu ergänzen. Unter anderem soll ein materieller Kriterienkatalog in den Rahmenbeschluss aufgenommen werden, anhand dessen die betroffenen Mitgliedstaaten im konkreten Einzelfall die Verfolgungszuständigkeit ermitteln können. Diese Kriterien könnten bspw. der Ort, an dem der größte Schaden entstanden ist, erhebliche Interessen des Opfers oder des Beschuldigten oder der Ort, an dem sich wichtige Beweismittel befinden, sein. Weiterhin solle eine Regelvermutung für das Territorialitätsprinzip – das zentrale und von den Mitgliedstaaten als solches auch anerkannte Prinzip – sprechen. Diese Regelvermutung müsse indes im konkreten Einzelfall widerlegt werden können, wenn anderen Aspekten ein stärkeres Gewicht zukomme. Zudem spricht sich Hecker für die Aufnahme einer Missbrauchsklausel aus, durch welche ein willkürliches „forum shopping“ zum Nachteil des mutmaßlichen Täters verhindert werden soll. Schließlich schlägt er vor, die Entscheidungsgewalt bezüglich der Verfolgungszuständigkeit auf Eurojust zu übertragen, wobei die Entscheidungen von Eurojust wiederum der gerichtlichen Kontrolle durch den EuGH unterliegen sollen.

2. Modell der gesetzlich bestimmten Gerichtsbarkeit

Im Anschluss an das Modell von Hecker präsentierte Prof. Dr. Arndt Sinn (Universität Osnabrück) einen weiteren Lösungsvorschlag zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten. Zunächst erläuterte Sinn, dass er bei diesem Modell versucht habe, die Effektivität der Strafverfolgung und die Vorhersehbarkeit der Strafverfolgung in Synthese zu bringen. Sodann erklärte er die drei Annahmen, auf denen das Modell aufbaue. Die erste Annahme geht dahin, dass der Anwendbarkeit des Strafrechts die Strafgewalt und damit auch die Verfolgungszuständigkeit folgt. Zum zweiten beruhe die Strafgewalt vor dem Abschluss des Hauptverfahrens auf einem (Anfangs-) Verdacht und entsprechend der letzten Annahme würden mit jeder Beschränkung der Geltung des nationalen Rechts (verstanden als materielles Strafanwendungsrecht) gleichzeitig die Strafgewalt und damit auch die Verfolgungszuständigkeit beschnitten. Eine derartige Beschneidung der nationalen Strafanwendungsrechte sei indes wenig sinnvoll und widerspreche auch dem Netzgedanken der Mitgliedstaaten. Sinn führte aus, dass sich dieses Dilemma nur lösen lasse, indem die Verfolgungszuständigkeit (zunächst) von der Frage des materiellen Strafanwendungsrechts abgekoppelt werde. Die Verfolgungszuständigkeit müsse an die Spitze des Regelungsmechanismus gestellt werden. Kernpunkt des Modells soll sein, dass die Strafgewalt vor der Tat feststehe, d.h. es

³ ABl. EU 2009 Nr. L 328/42 v. 30.11.2009.

solle vor Begehung der Tat geklärt sein, welcher von den betroffenen Mitgliedstaaten für die Strafverfolgung zuständig sei. Dabei müsse die Verfolgungszuständigkeit – um dem Gedanken der Effektivität der Strafverfolgung Rechnung zu tragen – so eng wie möglich gefasst sein, also möglichst einem Staat übertragen werden. Sodann stellte *Sinn* die Eckpunkte des entwickelten Regelungsmechanismus in Rechtssätzen vor, anhand derer die Zuständigkeit eines Mitgliedstaats unter mehreren bestimmt werden könne.

II. Beiträge aus der Praxis, Diskussionen und Länderreferate

Nach der Präsentation der Modelle erfolgte zum einen eine Supervision der Entwürfe, zum anderen kamen Vertreter aus der Praxis zu Wort. Schließlich nahmen auch die einzelnen Ländervertreter Stellung zu den Entwürfen.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Albin Eser* (Freiburg) übernahm die Supervision der bisherigen Forschungsergebnisse. Aus seiner Sicht müsse man von dem derzeit vorhandenen reaktiven Verbot der Mehrfachverfolgung zu einer präventiven Vermeidung positiver Kompetenzkonflikte gelangen. Sodann arbeitete *Eser* sowohl die Vor- als auch die Nachteile, die mit den beiden Modellen verbunden sein können, heraus. Zunächst führte er aus, dass die Berücksichtigung des staatlichen Interesses an der Vermeidung von Doppelarbeit sehr ausgeprägt sei. Auch würden Kollisionen im Modell der gesetzlich bestimmten Gerichtsbarkeit ausgeschlossen, weshalb dieses Modell nicht zuletzt dadurch günstig für den Beschuldigten sei. Zu bedenken gab *Eser* allerdings den Fall, dass der Staat des Handlungsorts bspw. desinteressiert an der Strafverfolgung ist oder sie aus politischen Gründen nicht ausführt und dass nicht ganz klar sei, welche Konsequenz daraus folge. Gegen das Modell der vereinbarten Gerichtsbarkeit spricht nach *Eser*s Meinung, dass es eine weitgehende Aufrechterhaltung des status quo bedeuten würde. Darüber hinaus würde wenig Rücksicht auf das Kriterium der Vorhersehbarkeit genommen und das Modell könne eine Quelle von Streitigkeiten zwischen den zuständigen Verfolgerstaaten sein. Zu begrüßen an dem Modell sei indes, dass andere Anknüpfungspunkte subsidiär bestehen blieben, so dass keine Straflosigkeit zu befürchten sei, falls der primär zuständige Staat nicht tätig werde. Auch würden die Interessen des Opfers Berücksichtigung finden. Abschließend wies *Eser* noch auf das Problem der politischen Durchsetzbarkeit beider Modelle hin.

Mgr. Bc. *Denisa Fikarová*, LL.M. (Brüssel) sprach aus erster Hand über die Initiative und die Beratungen zum Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren.⁴ *Fikarová* zeigte auf, wie schwierig es war, zu einem Konsens zu gelangen. Dieser Beitrag machte die Komplexität der Situation sehr deutlich und zeigte, wie problematisch es sein kann, etwaige Ideen zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten umzusetzen und wie eng die Grenzen des politisch Machbaren dabei gesteckt sind.

Einen Einblick in die Praxis gewährte Dr. *Hans-Holger Herrfeld* (Den Haag), der als nationales Mitglied für Deutschland bei Eurojust tätig ist. *Herrfeld* klärte auf, dass Eurojust pro Jahr mit zwei bis zehn Fällen befasst sei, in denen ein Kompetenzkonflikt in Betracht komme. In nur zwei bis drei Fällen ergehe eine formelle Entscheidung über diesen Konflikt. *Herrfeld* machte außerdem darauf aufmerksam, dass klar sein müsse, was überhaupt unter dem Begriff der Jurisdiktionskonflikte zu verstehen sei und dass dies eine Frage der Definition sei. Er arbeitete diesbezüglich heraus, dass es u.a. um den Gegensatz zwischen konkurrierenden und formellen Kompetenzstreitigkeiten, positiven und negativen Kompetenzkonflikten oder parallelen Ermittlungsverfahren und der Konzentration der Strafverfolgung gehen könne. Schließlich gab *Herrfeld* zu bedenken, es müsse stets auf den Kommunikationsprozess zwischen den Strafverfolgungsorganen geachtet werden, um bspw. einen Strafklageverbrauch durch eine Verurteilung wegen kleinerer Tatteile zu vermeiden, so dass wegen des gewichtigeren Tatteils nicht mehr verurteilt werden könne.

Die anschließende Podiumsdiskussion wurde unter der Moderation von Polizeioberrat *Matthias Wörner* (Gießen) von der Polizeipräsidentin *Heike Fischer* (Osnabrück), Prof. Dr. *Norbert Gatzweiler* (Köln), Prof. Dr. *Mark A. Zöller* (Universität Trier), Generalstaatsanwalt a.D. *Dieter Anders* (Frankfurt a.M.) und Akad. Rat *Dr. Pierre Hauck*, LL.M. (Universität Gießen) geführt. *Anders* erklärte, Jurisdiktionskonflikte würden bilateral zwischen den Staatsanwaltschaften geregelt, wobei in den letzten Jahren eine zunehmende Unterstützung durch das Europäische Justizielle Netzwerk (EJN) erfolgen würde. Darüber hinaus lenkte *Gatzweiler* als Strafverteidiger den Fokus noch mehr auf den Beschuldigten und rief ins Bewusstsein, dass jede transnationale Strafverfolgung für den Beschuldigten noch mehr Risiken berge als ein rein innerstaatliches Strafverfahren. Auch kritisierte er, dass Kompetenzkonflikte häufig machtpolitisch entschieden würden und dadurch nicht immer sicher gestellt sei, dass die Rechte des Beschuldigten gewahrt würden. Nicht zuletzt durch die Schilderungen *Fischers*, die von der deutsch-niederländischen Kooperation der Polizei im Grenzgebiet berichtete, wurde deutlich, wie sehr die Praxis auf einen persönlich guten Kontakt zu den ausländischen Strafverfolgungsbehörden angewiesen ist.

Schließlich wurden auch die einzelnen Referate und Anmerkungen der 16 teilnehmenden Nationen gehört. Hierbei nahmen neben der Vertreterin für das Gastgeberland Deutschland auch Vertreter für die Länder Brasilien, Dänemark, England/Wales, Estland, Frankreich, Italien, Japan, Österreich, Polen, Russland, Spanien, Taiwan, Türkei, Ungarn und die USA zu den vorgeschlagenen Modellen Stellung und bewerteten deren Übertragbarkeit auf das jeweilige Land. Dadurch wurde deutlich, wie schwierig es ist, die Interessen vieler Staaten ausreichend berücksichtigen zu können. Die weitere Diskussion führte schließlich zur Verabschiedung von zwei überarbeiteten, ergänzten und aufeinander abgestimmten Regelungsmechanismen, die von allen beteiligten Wissenschaftler/-innen getragen werden.

⁴ ABl. EU 2009 Nr. L 328/42 v. 30.11.2009.

Zum Abschluss der Tagung hatte Prof. *Dr. Walter Gropp* (Universität Gießen) die Aufgabe, alle Vorträge und Diskussionsbeiträge zusammenzufassen und ein Fazit zu ziehen. Dabei gelang es ihm, in seinem Resümee auf jeden Beitrag einzugehen und dessen Besonderheiten hervorzuheben. Auch stellte *Gropp* die Gemeinsamkeiten der Modelle, die sich im Laufe der Tagung durch die immerwährende Diskussion und Weiterentwicklung der Modelle ergeben hatten, vor. Als Gemeinsamkeiten zählte *Gropp* folgende vier Punkte auf: das Primat des Territorialitätsprinzip, die Formulierung einer Missbrauchsklausel, die Einbeziehung von Eurojust und die Anrufung des EuGH. Beide Modelle sind als Stufen gedacht, so *Gropp*, um zur optimalen Vorhersehbarkeit des für die Strafverfolgung zuständigen Staates zu gelangen.

III. Resümee und Ausblick

Abschließend kann festgehalten werden, dass die gemeinsame Forschungsarbeit überaus produktiv und gewinnbringend war. Insbesondere durch die Beteiligung vieler verschiedener Länder und der Einbeziehung anderer juristischer Disziplinen sowie von Praktikern können demnächst rechtsvergleichend abgesicherte Ergebnisse vorgestellt werden. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Lösungsvorschläge zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten auch ausreichend Gehör finden werden. Der Grundstein hierfür wurde jedenfalls durch die Tagung eindrucksvoll gelegt. Die Forschungsergebnisse werden im Frühjahr 2012 in einem Forschungsband des ZEIS veröffentlicht. Begleitend dazu wird eine Datenbank mit den Strafanwendungsrechten der beteiligten Staaten dreisprachig online verfügbar sein.