

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.
Strafrecht und Strafprozessrecht
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof.

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-

tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph

Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-

furt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,

LLM, (Univ. Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz

Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr.

Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),

(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm

Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.

Hans Kudlich (Univ. Erlangen-

Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer,

LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo

Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr.

Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr.

Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsam-

bikakis & Partner, Köln); Prof. Dr.

Frank Saliger (Univ. Tübingen); RA Dr.

Hellen Schilling, (Frankfurt a.M.);

Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ.

Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke

(Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang

Wohlers (Univ. Basel)

Publikationen

Prof. Dr. Pierre Hauck LL.M. (Sussex), Trier – **Fallstricke des Mordtatbestandes** S. 230

Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Frankfurt (Oder) – **Unionstreue trotz Verjährung, Anm. zu EuGH HRRS 2015 Nr. 1007** S. 239

RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München – **Bedingter Vorsatz – ein Wertbegriff** S. 243

RA Dr. Ricarda Christine Schelzke, Hamburg – **Ändert Jan Böhmermann das Strafgesetzbuch? Über die Abschaffung des § 103 StGB** S. 248

RA FAFamR JUDr. Friedrich Annohn, Nirgens im Allgäu – **Mindeststandards der Strafverteidigung** S. 253

Die Ausgabe umfasste eine Rezension.

Entscheidungen

EuGH **Strafbefehlsverfahren und Recht auf Übersetzung (Covaci)**

BVerfG **Anforderungen des Spezialitätsgrundsatzes (Fall Suarez)**

US CoA **Fall Suarez – begrenzte Bedeutung der Spezialität**

BVerfG **Auslieferung eines Tschetschenen an Russland**

BVerfG **Grundrechtsschutz und Europäischer Haftbefehl**

BGHSt **Tätige Reue auch bei § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB**

BGHSt **Beendigung beim vorsätzlichen Bankrott**

BGHR **Verlesbarkeit polizeilicher Observationsberichte**

BGH **Keine Rechtsfolgenlösung für Kannibalen**

BGH **Recht auf effektiven Verteidigerbeistand**

Die Ausgabe umfasst 119 Entscheidungen.

sung¹⁰⁴ des § 211 RStGB einen Entwurf¹⁰⁵ des Berner Strafrechtslehrers *Carl Stooß* aus dem Jahr 1894 zugrunde gelegt, wie er 1931 auch Grundlage für das Schweizerische StGB geworden war. Abgesehen von den 1941 hinzugefügten Mordmerkmalen der „Befriedigung des Geschlechtstriebes“ und der „niedrigen Beweggründe“ ist § 211 StGB daher – vor allem mit Blick auf die grundsätzliche Tatbestandsstruktur, die Heterogenität der Mordmerkmale und das Stufenverhältnis als Qualifikation des Totschlags – eine alte Schweizerische Idee, der insofern kaum der Ruf politischer Bedenklichkeit anhaften kann.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Neufassung des § 211 RStGB durch das Gesetz vom 4. September 1941 (RGBl. 1941 I, 549): „(1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft. (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.“

¹⁰⁵ Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (Bern 1894), Art. 52: „Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft. Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. Tötet der Täter in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren.“

¹⁰⁶ Wie hier *Mitsch* a.a.O. (Fn. 16), § 211 Rn. 1; *MüKo-Schneider*, 2. Aufl. (2011), § 211 Rn. 5; a.A. [G.] *Wolf* JuS 1996, 189, 192.

VI. Fazit

Im Ergebnis unterliegt die Reform des § 211 StGB damit den gezeigten verfassungs- und strafrechtlichen Rahmenbedingungen, denen sich der Gesetzgeber in jedem Moment seines Tuns bewusst sein muss. Und diese Reform ist eine Aufgabe des Gesetzgebers, nicht eine der Gerichte (I.). Sie sollte den Mut haben, die negative Typenkorrektur zu regeln, um den Gerichten einen Ausweg aus dem Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus zu öffnen. Sie sollte sich allein am Leitprinzip eines qualifizierten, aber heterogenen Handlungsunwerts orientieren und dabei durchaus auch subjektive Qualifikationsmerkmale anerkennen (II., III.). Dabei gibt es weder historische noch rechtsvergleichende Gründe, das bewährte dreistufige Konzept zwischen Grunddelikt, Privilegierung und Qualifikation unnötig zu verwerfen (IV.). Eine solche Reform täte gut daran, sich nach wie vor am grundlegenden *Stooß*schen Modell von 1894 zu orientieren, weil es sich dabei schon damals um eine zukunftsweisende integrative Idee handelte und weil nicht der gesamte Mordtatbestand historisch schwer belastet ist, sondern nur seine Pervertierung in Gestalt der tätertypisierenden Gesetzgebung von 1941 (V.).

Aufsätze und Anmerkungen

Unionstreue trotz Verjährung

Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs (Große Kammer) vom 8. September 2015 (C-105/14 – Taricco) = HRRS 2015 Nr. 1007

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Frankfurt (Oder)

Das weitreichende Urteil des EuGH legt aus Anlass eines Vorabentscheidungsersuchens eines italienischen Strafgerichts (I.) dar, dass das Unionsrecht auch ohne ausdrückliche Vorgabe¹ Einfluss auf die strafrechtliche Ver-

jähung hat. Das Erfordernis einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung kann sich auf das gesamte Verjährungsregime auswirken (II.). Zu widersprechen ist allerdings der Feststellung des EuGH, dass diesem Erfordernis Anwendungsvorrang zukomme (III.).

¹ In strafrechtsharmonisierenden Rechtsakten gibt es aktuell kaum Mindestvorschriften zur Verjährung. Art. 15 Abs. 2 RL 2011/93/EU vom 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (ABl. 2011, L 335/1, berichtigt durch ABl. 2012, L 18/7) verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass bestimmte Delikte während eines hinlänglich langen Zeitraums nach Erreichen der Volljährigkeit durch das Opfer entsprechend der

Schwere der betreffenden Straftat strafrechtlich verfolgt werden können. Der Vorschlag einer Richtlinie vom 11.07.2012 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichteten Betrug, KOM(2012) 363 endg., sieht in Art. 12 Regelungen zu den Verjährungsfristen vor, über die bislang keine endgültige Einigung erzielt werden konnte (vgl. Ratsdok. 8604/15 vom 07.05.2015, S. 2).

I.

Im Ausgangsverfahren wurde den Beschuldigten vorgeworfen, in den Steuerjahren 2005 bis 2009 eine kriminelle Vereinigung gegründet oder sich daran als Mitglied beteiligt zu haben. Ihr Zweck habe darin bestanden, über Scheingesellschaften Rechnungen zu erstellen, in denen Inlandsverkäufe von Champagner fälschlicherweise als innergemeinschaftliche Lieferungen ausgewiesen wurden. Das Unternehmen, an das der Champagner geliefert wurde, habe unrichtige Jahres-Mehrwertsteuererklärungen abgegeben. Der Schaden des Mehrwertsteuerbetrugs soll mehrere Millionen Euro betragen.² Gegenüber einem der Beschuldigten war bereits Verjährung eingetreten. Das Strafverfahren gegen die übrigen Beschuldigten würde nach der Erwartung des vorlegenden Gerichts wegen der komplexen Ermittlungen so lange dauern, dass die Straftaten bereits vor Ergehen des endgültigen Urteils verjährt sein würden. Das Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob es möglich sei, die absolute Verjährungsfrist wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht unangewendet zu lassen.

Zwar bewirken auch im italienischen Strafrecht bestimmte strafprozessuale Maßnahmen eine Unterbrechung der Verjährung. Die Verjährung beginnt mit dem Tag der Unterbrechung neu zu laufen; bei mehreren unterbrechenden Handlungen läuft die Verjährung ab der letzten dieser Handlungen erneut.³ Aber die Unterbrechung kann grundsätzlich⁴ zu keiner Verlängerung der regulären Verjährungsfristen des Art. 157 CP über die in Art. 161 Abs. 2 CP bestimmten Grenzen hinaus führen. Diese Grenzen entsprechen absoluten Verjährungsfristen. Der Eintritt der absoluten Verjährung richtet sich nach einem abgestuften System; bei Ersttätern kann die reguläre Verjährungsfrist um höchstens ein Viertel verlängert werden.⁵ Hinzu tritt, dass durch eine im Jahr 2005 erfolgte Reform die Verjährungsfristen allgemein verkürzt wurden⁶ und die Verjährung auch noch nach Ergehen des Urteils erster Instanz eintreten kann.⁷ Für das Ausgangsverfahren bedeutete dies, dass die Verjährung für die Mitglieder der kriminellen Vereinigung spätestens nach sieben Jahren und sechs Monaten und für deren Drahtzieher spätestens nach acht Jahren und neun Monaten

² Zum Sachverhalt siehe auch die Schlussanträge von GA Kokott ECLI:EU:C:2015:293, Rn. 25 ff.

³ Vgl. Art. 160 Abs. 3 Codice Penale (CP).

⁴ Eine Ausnahme ist in Art. 157 Abs. 6 CP für bestimmte Straftaten, wie die fahrlässige Tötung im Straßenverkehr oder der Organisierten Kriminalität i.w.S. zuzuordnende schwere Straftaten, vorgesehen; siehe *Jarvers* in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. 5, 2010, S. 606.

⁵ Bei erschwerterem Rückfall um die Hälfte (Art. 99 Abs. 2 CP), bei wiederholtem Rückfall um zwei Drittel (Art. 99 Abs. 4 CP), bei gewohnheitsmäßiger oder gewerbsmäßiger Begehung um das Doppelte (Art. 102, 103, 105 CP); siehe *Jarvers* (Fn. 4), S. 605.

⁶ Legge ex Cirielli vom 05.12.2005, n. 251/2005. In der Zwischenzeit wurden die Verjährungsfristen für bestimmte Delikte wieder verlängert; Legge vom 14.09.2011, n. 148/2011.

⁷ Siehe demgegenüber § 78b Abs. 3 StGB zum Ruhen der Verjährung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

eingetreten wäre. Da der Eintritt der Strafverfolgungsverjährung im italienischen Recht ein Grund für das Erlöschen der Straftat ist, würde durch die Verjährung die Strafbarkeit beseitigt.⁸

II.

Der EuGH stellt fest, dass sich die aus dem Loyalitätsgebot abgeleiteten Untergrenzen der Strafbarkeit auf das Verjährungsregime auswirken.⁹ Bekanntlich vertritt der EuGH in ständiger Rspr., dass die Pflicht zur Unions-treue (Art. 4 Abs. 3 EUV) von den Mitgliedstaaten verlangt, von sich aus alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, wenn für einen Verstoß gegen eine unionsrechtliche Regelung keine Sanktion vorgesehen ist. Die Mitgliedstaaten dürfen die Sanktion grundsätzlich frei wählen. Sie müssen aber Verstöße gegen das Unionsrecht nach ähnlichen (sachlichen und verfahrensrechtlichen) Regeln ahnden wie vergleichbare Verstöße gegen das nationale Recht. Und die vorgesehene Sanktion muss jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.¹⁰ Auf den im Fall Taricco vorgeworfenen Mehrwertsteuerbetrug findet zusätzlich Art. 325 AEUV Anwendung,¹¹ der für Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union die EuGH-Rechtsprechung zum Loyalitätsgebot festschreibt.

Die Vorschriften über die Verjährung beeinflussen die Möglichkeit einer Sanktionierung, weil sie die Strafbarkeit beseitigen oder eine Strafverfolgung hindern. Tritt die Verjährung zu rasch ein, kann die Sanktionsdrohung keine hinreichende Wirkung entfalten. Die Mitgliedstaaten dürfen deshalb die Effektivität und abschreckende Wirkung der Sanktionsdrohungen nicht über das Verjährungsregime unterlaufen. Für die Ausgestaltung der Verjährungsregelungen lassen sich dem Taricco-Urteil folgende Eckpunkte entnehmen:

Es ist mit dem Unionsrecht vereinbar, dass gegen die Unionsinteressen gerichtete Straftaten verjährrbar sind (Rn. 45). Die für die Verjährung angeführten Begründungen – wie das mit dem Zeitablauf sinkende Strafbedürf-

⁸ Vgl. Art. 157 Abs. 1 CP; zur überwiegenden Einordnung als materiell-rechtliches Institut *Jarvers* (Fn. 4), S. 601. Auch andere EU-Mitgliedstaaten begreifen die Verjährung als materiell-rechtlichen Strafbeseitigungsgrund; z.B. Österreich (OGH EvBl 2006/71; *Fuchs* Strafrecht AT, 8. Aufl. 2012, Kap. 27 Rn. 17); Polen (Oberstes Gericht [Sąd Najwyższy] Urt. v. 10.03.2004, II KK 338/03, OSNwSK 2004, nr. 1, poz. 521; *Kłaczynska* in: Giezek [Hrsg.], Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, 2. Aufl. 2012, Art. 101 Rn. 3); Schweden (*Cornils* in: Sieber/Cornils [Hrsg.], Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. 5, 2010, S. 673). Anders die h.M. in Deutschland, die von einem Verfahrenshindernis ausgeht; *Satzger* JURA 2012, 435 f. m.w.N.

⁹ Siehe bereits *Killmann* in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 34: „Eine unproportional kurze Verjährung könnte allerdings unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckungswirkung nicht europarechtskonform sein.“

¹⁰ Ständige Rspr. seit EuGH Urt. v. 21.09.1989, Rs. 68/88 (Griechischer Mais), Slg. 1989, 2965, Rn. 24. Zum Ganzen *Hecker* Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 7 Rn. 27 ff.

¹¹ Zur Begründung siehe Rn. 38.

nis, die Aufklärungs- und Beweisschwierigkeiten bei langem Zurückliegen der Tat oder prozessökonomische Gründe – können auch der Verfolgung dieser Straftaten entgegenstehen.

Die Länge der Verjährungsfrist dürfte in den meisten Rechtsordnungen an die Strafdrohung gekoppelt sein.¹² In diesem Zusammenhang bestätigt der EuGH, dass die im italienischen Recht angedrohte Sanktion für die Bildung einer kriminellen Vereinigung, um Mehrwertsteuerbetrug zu begehen, nämlich Freiheitsstrafe bis zu sieben Jahren, „an sich abschreckend“ ist (Rn. 45). Dass die reguläre Verjährungsfrist nach italienischem Recht grundsätzlich der jeweils angedrohten Höchststrafe entspricht,¹³ wird nicht beanstandet. Der EuGH betont aber, dass die Verjährungsfrist, dem Gleichstellungsgebot gemäß, jener für vergleichbare Straftaten gegen innerstaatliche Rechtsgüter entsprechen muss (Rn. 48). Selbst wenn es keine wesentliche Abweichung gibt, kann sich die Verjährungsfrist als mit dem Erfordernis einer wirksamen und abschreckenden Maßnahme unvereinbar erweisen. Ist es aufgrund der Kürze der Verjährungsfrist praktisch unmöglich, die angedrohte Sanktion zu verhängen, bewirkt die Verjährungsfrist, dass die Sanktionsregelung nicht wirksam und abschreckend ist. Für diese Beurteilung ist dem EuGH zufolge maßgeblich, ob die jeweiligen Taten „in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen ... nicht strafrechtlich geahndet werden, weil sie im Allgemeinen verjährt sind“ (Rn. 47). Der EuGH belässt damit den Mitgliedstaaten einen erheblichen Einschätzungsspielraum.

Wie das Taricco-Urteil veranschaulicht, kommt es nicht allein auf die Länge der regulären Verjährungsfrist, sondern auf die Verjährungsregelungen in ihrer Gesamtheit an. Die Strafverfolgungsbehörden müssen die Möglichkeit haben, die Strafverfolgung innerhalb der Verjährungsfrist zu einem rechtskräftigen Abschluss zu bringen. Zu diesem Zweck ist üblicherweise vorgesehen, dass die Regelverjährungsfrist durch bestimmte Strafverfolgungsmaßnahmen modifiziert wird, etwa in Form des Ruhens, der Unterbrechung oder der Verlängerung der Verjährung. In diesem Zusammenhang können sich, wie der vorliegende Fall zeigt, absolute Verjährungsfristen als problematisch erweisen. Wird die Modifikation der Verjährungsfrist durch eine zu kurz bemessene absolute Verjährungsfrist begrenzt, kann sich das Sanktionsregime als unwirksam darstellen. In den Worten des EuGH wird „die zeitliche Wirkung eines Grundes für die Unterbrechung der Verjährung neutralisiert“ (Rn. 46). Absolute Verjährungsfristen müssen daher ausreichend lang sein, um eine Strafverfolgung zu ermöglichen. Bei der Fristbemessung ist die typische Dauer und Komplexität des Strafverfahrens zu berücksichtigen. Wird die Straftat ihrer Art nach erst durch nachträgliche Kontrollmaßnahmen entdeckt, wie dies auf Steuerdelikte zutrifft, ist auch hierauf Bedacht zu nehmen, d.h. es ist die übliche Zeitspanne von der Tatbegehung bis zu ihrer Entdeckung

in die absolute Verjährungsfrist einzurechnen.¹⁴ Aus all dem folgt, dass absolute Verjährungsfristen großzügig bemessen sein müssen und sich nur dazu eignen, ein missbräuchliches Hinausschieben des Verjährungseintritts durch die Strafverfolgungsorgane zu verhindern, hingegen nicht als Anreiz, die Strafverfolgung zu beschleunigen.

III.

Als brisant erweisen sich die Ausführungen des EuGH zu den Konsequenzen einer Verjährungsregelung, die dem Erfordernis einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung nicht genügt. Der EuGH nimmt an, dass diesem Erfordernis Anwendungsvorrang zukommt. Die Verjährungsregelung dürfe nicht angewendet werden, ohne dass es auf ihre formelle Aufhebung durch das Verfassungsgericht oder den Gesetzgeber ankomme, sodass der Beschuldigte – anders als bei einer ausschließlichen Anwendung des innerstaatlichen Rechts – zu bestrafen sei (Rn. 49, 53). Voraussetzung sei, dass noch keine Verjährung eingetreten ist (vgl. Rn. 57). Denn wie der EuGH betont, darf der Anwendungsvorrang nicht die europäischen Grundrechte aushebeln (Rn. 53).¹⁵ Der EuGH prüft in diesem Zusammenhang, ob die Nichtanwendung der absoluten Verjährungsfrist den in Art. 49 Abs. 1 GRCh gewährleisteteten Grundsatz „nullum crimen nulla poena sine lege“ verletzt.

Der alte Streit, ob die nachträgliche Verlängerung der strafrechtlichen Verjährung vom Rückwirkungsverbot erfasst wird, ist bis heute nicht gelöst. Er hängt vordergründig mit der Unsicherheit zusammen, ob die Verjährung ein materiell-rechtliches Institut ist oder nur prozessualen Charakter hat. Richtig besehen dürfte es sich um die Frage der ratio des Rückwirkungsverbots handeln.¹⁶ Der EuGH beschränkt sich auf eine wörtliche Auslegung von Art. 49 Abs. 1 GRCh und verneint einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot. Denn auch bei einem rückwirkenden Wegfall der Verjährungshöchstfrist war das Verhalten bereits im Begehungszeitpunkt nach nationalem Recht strafbar, und es wird keine schwerere

¹⁴ Den österreichischen Gesetzgeber veranlasste dieser Umstand, die absoluten Verjährungsfristen für gerichtlich zu verfolgende Finanzvergehen durch das AbgabenänderungsG 1998 (BGBl. I Nr. 28/1999) zu beseitigen; EBRV 1471 BlgNR, 20. GP, S. 31.

¹⁵ Die europäischen Grundrechte sind im vorliegenden Fall nach Maßgabe der EuGH-Judikatur anwendbar, weil die Anwendung nationaler Strafvorschriften, um einen Verstoß gegen Unionsrecht zu sanktionieren, eine Durchführung des Rechts der Union sei (Art. 51 GRCh); EuGH Urt. v. 10.11.2011, Rs. C-405/10 (Garenfeld), Slg. 2011, I-11035, Rn. 48; Urt. v. 26.02.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), NJW 2013, 1415, Rn. 27 f.

¹⁶ Selbst in manchen Rechtsordnungen, welche der Verjährung materiell-rechtlichen Charakter zuerkennen, wird eine Verlängerung der Verjährungsfrist bei noch laufender Verjährung für zulässig gehalten; für Österreich siehe OGH RIS-Justiz RS0116876; *Marek* in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK-StGB, 2. Aufl., Stand: 2013, § 57 Rn. 23; für Polen siehe Verfassungsgerichtshof (Trybunał Konstytucyjny) Urt. v. 15.10.2008, P 32/06, OTK-A 2008/8/138; *Kłaczynska* in: Giezek (Hrsg.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, 2. Aufl. 2012, Art. 101 Rn. 9. Anders aber etwa in Italien; *Scalia eucrim* 2015, 107.

¹² Darüber hinaus ist eine Anbindung an die Einteilung der Straftaten in Verbrechen und Vergehen und dgl. anzutreffen.

¹³ Art. 157 Abs. 1 CP.

Strafe verhängt, als im Begehungszeitpunkt angedroht (Rn. 56). Diese Interpretation kann sich auf die Judikatur des EGMR stützen. Der EGMR hat erstmals in *Coeme u.a. vs. Belgien* ausgesprochen, dass die nachträgliche Verlängerung einer Verjährungsfrist eine bloße „Enttäuschung von Erwartungen“ sei, die Art. 7 EMRK nicht verletze.¹⁷ Die europäischen Gerichte erkennen also dem Rückwirkungsverbot nur einen Minimalgehalt zu.

Die Einbeziehung des Erfordernisses wirksamer und abschreckender Maßnahmen in das Vorrangprinzip deutete sich bereits in der Rechtssache *Berlusconi u.a.* an. Dort war eine nach Tatbegehung erfolgte, die Beschuldigten begünstigende gesetzliche Änderung der anzuwendenden Strafbestimmungen zu beurteilen. Unter anderem wurde die Strafdrohung gesenkt, was dazu führte, dass eine der vorgeworfenen Straftaten bereits verjährt war.¹⁸ Die Änderungen widersprachen einer Richtlinie, welche die Mitgliedstaaten verpflichtete, für Bilanzfälschungen „geeignete Sanktionen“ vorzusehen. Der EuGH nahm an, dass das Erfordernis geeigneter Sanktionen am Maßstab wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Maßnahmen zu messen sei und dem Anwendungsvorrang unterliege. Da jedoch eine Richtlinie die Strafbarkeit weder begründen noch verschärfen könne, greife der Anwendungsvorrang nicht.¹⁹

Obwohl es um einen Verstoß gegen Primärrecht geht, überzeugt es auch im Fall *Taricco* nicht, dass sich der EuGH auf den Anwendungsvorrang beruft.²⁰ Die in der Rechtssache *Costa/E.N.E.L.*²¹ entwickelte Kollisionsregel gilt ausschließlich für unmittelbar anwendbares Unionsrecht.²² Unmittelbar anwendbar sind nur Normen, die auf einen Sachverhalt konkret anwendbar sind. Dies setzt u.a. voraus, dass die betreffende Norm klar und präzise ist, es zu ihrer Durchführung nicht eines weiteren Vollzugsakts eines nationalen oder europäischen Organs bedarf und die Norm in der Anwendung keinen Ermessensspielraum einräumt.²³ Diesen Anforderungen genügt die Pflicht zu effektiven und abschreckenden Maßnahmen eindeutig nicht.²⁴ Dies gilt auch, soweit über das

Vorrangprinzip nicht die Strafbarkeit begründet oder verschärft, sondern ein Strafaufhebungsgrund oder ein Verfolgungshindernis „neutralisiert“ werden soll.²⁵ Denn die Feststellung, dass gegen das Erfordernis wirksamer und abschreckender Maßnahmen verstoßen wird, setzt dem EuGH zufolge die Prüfung voraus, ob wegen des betreffenden Elements „in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen“ keine strafrechtliche Ahndung möglich ist (Rn. 47). Wegen des mit dieser Beurteilung verbundenen Spielraums²⁶ sind die mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit (noch) vereinbaren Anforderungen an die unmittelbare Anwendbarkeit von Unionsrecht auch insoweit nicht gegeben. Eine auf Strafaufhebungsgründe, Verfolgungshindernisse und dgl. beschränkte unmittelbare Anwendbarkeit des Erfordernisses wirksamer und abschreckender Maßnahmen ist daher zurückzuweisen.

Der EuGH dürfte das Problem gesehen haben, denn er hebt die in Art. 325 Abs. 2 AEUV normierte Verpflichtung der Mitgliedstaaten hervor, die gleichen Maßnahmen zu ergreifen, die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten. Den Mitgliedstaaten sei eine „genaue Ergebnisspflicht“ auferlegt, „die im Hinblick auf die Anwendung der dort aufgestellten Regel an keine Bedingung geknüpft ist“ (Rn. 50 f.). Auch eine unmittelbare Anwendbarkeit des Gleichstellungsgebots ist jedoch abzulehnen, weil es für „Taten vergleichbarer Art und Schwere“ (vgl. Rn. 48), die sich gegen die einschlägigen Interessen des Mitgliedstaates richten, verschiedene Strafbestimmungen geben kann, sodass unklar ist, woran die Gleichstellung zu orientieren ist. Auch das Gleichstellungsgebot belässt den Mitgliedstaaten einen gewissen Bewertungs- und Gestaltungsspielraum, der vom nationalen Gesetzgeber auszufüllen ist. In der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH hatte die Europäische Kommission vorgebracht, dass „das italienische Recht insbesondere keine absolute Verjährungsfrist für die Straftat des Zusammenschlusses zur Begehung von Delikten auf dem Gebiet der Verbrauchssteuern auf Tabakerzeugnisse“ vorsehe (Rn. 48). In den Vergleich wären aber auch Strafbestimmungen, die sich gegen die Hinterziehung anderer Steuern richten, einzubeziehen, weil auch diese „Betrügereien“ betreffen, die sich gegen die eigenen finanziellen Interessen des Mitgliedstaates richten. Darüber hinaus ist auffällig, dass sich die streitige Regelung im allgemeinen Strafrecht befindet (Art. 160 Abs. 3 CP); dies spricht gegen eine grundsätzliche Schlechterstellung der finanziellen Interessen der Union.

¹⁷ EGMR Urt. v. 22.06.2000, Nr. 32492/96 u.a. (*Coeme u.a./Belgien*), Z. 149. Zur Unzulässigkeit einer Bestrafung, wenn bereits Verjährung eingetreten ist, EGMR Urt. v. 17.05.2010, Nr. 36376/04 (*Kononov/Lettland*), Z. 147; Urt. v. 20.09.2011, Nr. 14902/04 (*Yukos/Russland*), Z. 563 f., 570 ff.

¹⁸ EuGH Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, 391/02 und 403/02 (*Berlusconi u.a.*), Slg. 2005, I-3565, Rn. 32.

¹⁹ EuGH Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, 391/02 und 403/02 (*Berlusconi u.a.*), Slg. 2005, I-3565, Rn. 64 f., 72 ff.

²⁰ A.A. *Bülte NZWiSt* 2015, 398: „bedingungslose[r] Anwendungsvorrang des Primärrechts“.

²¹ EuGH Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1141.

²² EuGH Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1141, Ls. 7; *Haratsch/Koenig/Pechstein* *Europarecht*, 9. Aufl. 2014, Rn. 182.

²³ Z.B. EuGH Urt. v. 16.06.1966, Rs. 57/65 (*Alfons Lütticke GmbH/Hauptzollamt Saarlouis*), Slg. 1966, 258 (266).

²⁴ Vgl. zum Fall *Berlusconi* *Satzger JZ* 2005, 1001: „Es finden sich keine hinreichend klaren Anhaltspunkte zu Natur (zivil-, verwaltungs-, verwaltungsstraf-, kriminalstrafrechtlich) oder Höhe der Sanktion, so dass es im Gemeinschaftsrecht an einer hinreichend klaren und abschließenden Al-

ternativregelung zum nationalen Recht fehlt.“ *Satzger a.a.O.* sieht einen unmittelbar anwendbaren Minimalgehalt des Loyalitätsgebots im „Verbot des Absehens von jeglicher Sanktion“. Dieser sei aber nicht berührt, wenn eine beschuldigtenfreundlichere Regelung der Verjährung die faktische Straflosigkeit bewirke, solange noch andere Sanktionen möglich sind. Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit von Unionsrecht in der Rechtssache *Berlusconi* auch *Hecker* (Fn. 10), § 9 Rn. 19. Vgl. auch *Hatje* in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 25.

²⁵ Es ist darüber hinaus an weitere Voraussetzungen einer Verurteilung, die vom Rückwirkungsverbot möglicherweise nicht erfasst sind, zu denken, wie das Erfordernis eines Strafantrags oder Beweisverbote.

²⁶ Vgl. *Gaede wistra* 2016, 89 (95): „diffuse[s] Kriterium“.

Klarzustellen ist, dass es auch bei Bejahung einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Gleichstellungsgebots wegen „*nullum crimen*“ ausgeschlossen wäre, dass der Anwendungsvorrang die Strafbarkeit oder eine schwerere Strafe bewirkt, als im Tatzeitpunkt im nationalen Recht vorgesehen war. Aber selbst die Unanwendbarkeit der Höchstfrist der Verjährung erweise sich als problematisch, weil die Straftat durch fortgesetzte Unterbrechungshandlungen der Verjährung entzogen werden könnte.²⁷ Stellte sich eine reguläre Verjährungsfrist als zu kurz bemessen und damit als unionsrechtswidrig dar, hätte ihre Unanwendbarkeit zur Folge, dass die Straftat unverjährbar wäre, wenn sie einen Unions Sachverhalt betrifft. Die Straftat würde damit rückwirkend auf die Stufe von besonders schwerwiegenden Straftaten wie Mord gehoben. Es ist sehr zweifelhaft, ob diese nachträgliche Umwertung mit dem „*nullum crimen*“-Grundsatz zu vereinbaren wäre.

Ein Aufweichen der Voraussetzungen des Anwendungsvorrangs ist wegen der weitreichenden Folgen abzulehnen. Das Unionsrecht würde sich von seinen völkerrechtlichen Wurzeln entfernen,²⁸ die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit wären gravierend. Falls künftig in einer Richtlinie Mindestvorschriften zur Verjährung getroffen werden,²⁹ tritt ein weiteres Problem hinzu: Solange ein Mitgliedstaat die Vorgaben der Richtlinie nicht umgesetzt hat, dürfen die Regelungen zur Mindestverjährung nicht zulasten eines Beschuldigten angewendet werden, auch wenn die Umsetzungsfrist schon abge-

laufen ist.³⁰ Würde man in diesem Fall auf Art. 325 AEUV als „unmittelbar anwendbares“ Primärrecht zurückgreifen, liefe dies der Sache nach dem Grundsatz zuwider, dass sich ein Mitgliedstaat auf pflichtwidrig nicht umgesetztes Recht nicht berufen können soll. Es ließe sich wiederum nur schwer mit der Idee des Anwendungsvorrangs in Einklang bringen, würde man im Fall von erlassenen Sekundärrecht einen solchen Rückgriff ablehnen.

Der EuGH ist daher aufgerufen, sich auf die Grenzen des Anwendungsvorrangs zu besinnen.³¹ So unerfreulich es in der Sache ist, wenn ein Mitgliedstaat über sein Verjährungsregime die Pflicht zu einer wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen Sanktionierung von gegen die Unionsinteressen gerichteten Taten unterläuft: Eine Verjährungsregelung, die einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung entgegensteht, ist anzuwenden, solange sie nicht innerstaatlich aufgehoben oder geändert wurde.³² Verletzt ein Mitgliedstaat über das Verjährungsregime die Pflicht zu einer wirksamen und abschreckenden Sanktionierung von Straftaten, die gegen die Interessen der Union gerichtet sind, ist erforderlichenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten. Der Fall Taricco zeigt darüber hinaus die Notwendigkeit, ernsthaft über eine Harmonisierung der Verjährung von Straftaten zum Schutz der Interessen der Union nachzudenken.

²⁷ Dies zu verhindern, ist gerade der Zweck der absoluten Verjährung; Saliger in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 78c Rn. 36.

²⁸ Innerstaatlich verbindlich wird eine völkerrechtliche Norm in Deutschland mit dem Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG. Von ihrem Inhalt hängt ab, ob sie Behörden und Gerichte unmittelbar verpflichtet oder ob sie den Gesetzgeber in Bund und Ländern in die Pflicht nimmt, zunächst Gesetze zur Umsetzung zu erlassen, weil sie aus sich selbst heraus nicht vollziehbar ist, gleichwohl aber eine Regelungsverpflichtung enthält; vgl. von Arnald Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, § 7 Rn. 503.

²⁹ Siehe den aktuellen RL-Vorschlag (Fn. 1).

³⁰ EuGH Urt. v. 08.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, 3969, Rn. 9 f.; Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, 391/02 und 403/02 (Berlusconi u.a.), Slg. 2005, I-3565, Rn. 73 f.

³¹ Bemerkenswert ist, dass die Urteile, auf die der EuGH in Rn. 52 als Beleg für den Anwendungsvorrang von Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV verweist, alle unzweifelhaft unmittelbar anwendbares Unionsrecht betreffen; EuGH Urt. v. 14.06.2012, Rs. C-606/10 (ANAFE), NVwZ-RR 2012, 736, Rn. 73; Urt. v. 09.03.1978, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rn. 17/18; Urt. v. 19.06.1990, Rs. C-213/89 (Factortame), Slg. 1990, I-2433, Rn. 18; Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), Slg. 2010, I-8015, Rn. 53.

³² Gegen einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts mit einem anderen Ansatz (Verstoß gegen Art. 47, 48 Abs. 2 GRCh) auch Gaede wistra 2016, 96.

Aufsätze und Anmerkungen

Bedingter Vorsatz – ein Wertbegriff

Von RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München

Ingeborg Puppe und Thomas Fischer fochten einen Streit über den bedingten Vorsatz und seine Rechtsnatur aus. Puppe behauptete¹, dass es eine Rechts- und keine Tatsachenfrage sei, ob ein Täter mit bedingtem Vorsatz handle, und warf dem BGH

¹ ZIS 2014, 66.

vor, Tatsachen- und Werturteile nicht sauber zu trennen. Fischer hielt dagegen², dass Puppe dieses Ergebnis mit „Sprach-Pirouetten“, „willkürlichen Behauptungen“ und dem „festen Willen zum Missverständnis“ erziele. Bedingter Vorsatz sei die

² ZIS 2014, 97.