Normentheoriebasierte Reflexion der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU

Laura Neumann

Abstract

Der Beitrag reflektiert die Rechtsgrundlagen und die Funktionsweise der Strafrechtsharmonisierung in der EU aus normentheoretischer Perspektive. Darauf aufbauend zeigt er Potentiale auf, die diese normentheoretische Lesart für den Strafrechtsharmonisierungsprozess in der EU birgt. Konkret erörtert werden das analytische und das politische Potential der Normentheorie für den Strafrechtsharmonisierungsprozess sowie die Bedeutung der Normentheorie für den diesbezüglichen international geführten wissenschaftlichen Diskurs.

Im Zentrum der Normentheorie steht die konzeptionelle Unterscheidung zwischen Strafgesetzen und Verhaltensnormen und die Reflexion ihres Verhältnisses zueinander.[1] Für den Prozess der Angleichung des materiellen Strafrechts der Mitgliedstaaten der EU birgt dieser analytische Ansatz verschiedene Potentiale, die der vorliegende Beitrag konkretisiert und analysiert. Um die Grundlage hierfür zu schaffen, werden zunächst die verschiedenen Spielarten der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU aus normentheoretischer Perspektive erläutert (I.). Darauf aufbauend wird untersucht, welche konkreten Potentiale die Reflexion des strafrechtlichen Harmonisierungsprozesses aus normentheoretischer Sicht birgt (II.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit zur Bedeutung der Normentheorie für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU (III.).

1 S. zur diesbezüglichen hoch kontroversen Diskussion nur exemplarisch *Rostalski*, GA 2016, 73 ff. einerseits und *Herzberg*, GA 2016, 738 ff. andererseits; *Kindhäuser*, GA 2022, 564 ff.; s. grundlegend *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band I, 1872, S. 54 ff. sowie S. 4: „das Gesetz, welches der Verbrecher übertritt, geht begrifflich (…) dem Gesetze, welches die Art und Weise seiner Verurtheilung anordnet, voraus".

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU aus normentheoretischer Perspektive

Die Normentheorie ist ein rechtstheoretisches Modell, das grundsätzlich zur Analyse sowohl der Struktur von Strafnormen als auch des Strafrechtssetzungsprozesses herangezogen werden kann. Im Folgenden werden speziell die Rechtsgrundlagen für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU und der ihr zugrunde liegende Rechtsetzungsprozess unter normentheoretischen Gesichtspunkten untersucht.

Vorwegzuschicken ist dabei, dass es nicht *die* eine Normentheorie gibt.[2] Sie wird zwar in der Strafrechtswissenschaft gemeinhin mit *Karl Binding* in Verbindung gebracht.[3] Tatsächlich wird sie aber von einer Vielzahl von Strafrechtswissenschaftler:innen in unterschiedlichster Ausrichtung vertreten und kontrovers diskutiert.[4] Den verschiedenen Ausprägungen der Normentheorie ist das Anliegen gemeinsam, auf der Grundlage einer Reflexion der Bedeutung der Norm und ihres Verhältnisses zum Strafgesetz, Strafrechtssysteme zu analysieren und zu konstruieren. Es geht den Normentheoretiker:innen mithin nicht um eine Positionierung zum Inhalt der Strafgesetze,[5] sondern um die Analyse dogmatischer strafrechtsrelevanter Strukturen.[6] Ganz in diesem Sinne ist es das Anliegen dieses Beitrags,

2 *Renzikowski*, Einführung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Normentheorie, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 9 (10) m.w.N.

3 *Renzikowski* (Fn. 2), S. 9.

4 S. nur beispielhaft *Freund/Rostalski*, GA 2018, 264 ff.; *dies*., GA 2020, 617 ff.; GA 2022, 543 ff.; GA 2022, 583 ff.; *Kindhäuser*, GA 2022, 563 ff.; *Renzikowski*, GA 2022, 575 ff.; s. außerdem die vielfältigen Beiträge in Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche, 2022, in denen teils nicht an harscher Kritik an anderen, im selben Tagungsband niedergelegten normentheoretischen Konzeptionen gespart wird; s. aus diesem Band exemplarisch für die Kontroversität der normentheoretischen Diskussion und speziell zum grundlegenden Streit, ob eine Verhaltensnorm personal *ex ante* zu bestimmen ist oder sich ihre Reichweite objektiv *ex post* ergibt und die personale Zuordnung des Verhaltensnormverstoßes eine Frage der Zurechnung ist, *Greco*, Normentheoretisch fundierte Straftatdogmatik: von oben oder von unten?, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 195 ff.

5 Insbesondere die von *Freund* und *Rostalski* vertretene Normentheorie wirkt sich allerdings auf die Bestimmung des Inhalts der strafrechtsrelevanten Verhaltensnormen aus, weshalb *Renzikowski* (Fn. 2), S. 19, insoweit von einer „material aufgeladenen Normentheorie" spricht.

6 *Renzikowski* (Fn. 2), S. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine normentheoretisch basierte *Strukturanalyse* der Rechtsgrundlagen der Strafrechtsharmonisierung in der EU und des strafrechtsharmonisierenden Rechtsetzungsprozesses vorzunehmen. Die Heranziehung der Normentheorie ist in diesem Kontext vielversprechend, weil sie das Potential birgt, das Verständnis der Beziehung von Verhaltensnormen und Strafgesetzen und damit zugleich der Bestandteile einer Strafvorschrift zueinander zu erhellen und auch damit verbundene Kompetenzfragen zu klären. Eine normentheoretische Betrachtung kann somit gerade auch für den kompetenziell komplexen Prozess der Strafrechtssetzung in Mehrebenensystemen wie der EU gewinnbringend sein.

I. Grundannahmen *Bindings* zur Strafrechtssetzung insbesondere in Mehrebenensystemen

Nach *Binding* ist die Norm der im ersten Teil eines Strafgesetzes zu findende, ein rechtliches Gebot oder Verbot umwandelnde gesetzliche Befehl, so zu handeln oder nicht zu handeln, wie es im Strafgesetz bezeichnet ist.[7] Damit geht die Norm zwar *begrifflich* dem Strafgesetz voraus.[8] Der Inhalt und propositionale Gehalt eines Straftatbestandes und der entsprechenden Verhaltensnorm sind aber jedenfalls teilweise identisch und die Norm und der Straftatbestand damit nicht inhaltlich getrennt.[9] Im auf den Straftatbestand folgenden zweiten Teil des Strafgesetzes, ordnet dieses Strafe für den Fall an, dass der Täter den Straftatbestand erfüllt und damit dem im Straftatbestand umgesetzten rechtlichen Gebot oder Verbot zuwiderhandelt.[10]

Von diesem strukturellen Grundkonzept von Norm und Strafgesetz ausgehend, führt *Binding* speziell zur Strafrechtssetzung in Mehrebenensystemen aus, dass grundsätzlich auch Strafgesetze der Partikularsysteme Strafen für Verstöße gegen von der übergeordneten Ebene gesetzte und einheitlich in allen Partikularsystemen geltende Verhaltensnormen anordnen können.[11] Hier arbeite die Partikulargesetzgebung „im dankenswerten Bestreben" die von der übergeordneten Ebene erlassene Rechtsordnung „nach

7 *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 2. Aufl. 1890, S. 45.
8 *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 2. Aufl. 1890, S. 45.
9 S. *Kindhäuser*, GA 2022, 564 (565 f.); für die von *Kindhäuser* stark kritisierte Gegenansicht von *Freund* und *Rostalski* s. *Freund/Rostalski*, GA 2020, 617 (618).
10 *Binding* (Fn. 1), S. 4, 6.
11 S. *Binding* (Fn. 1), S. 73 f.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kräften zu sichern".[12] Im Mehrebenensystem der EU liegt dieser Gedanke der sog. Assimilierungspflicht zugrunde, die aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV fließt. Verstöße gegen das Unionsrecht müssen danach in den einzelnen Mitgliedstaaten nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen das jeweilige nationale Recht.[13]

Grundsätzlich ist die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen für die Verhaltensnorm[14] einerseits und das Strafgesetz andererseits auf verschiedene Normgeber aus *Bindings* Perspektive jedoch die Ausnahme. *Binding* sah es vielmehr als „das Naturgemässe" an, dass Norm und Strafgesetz ein und derselben Quelle entspringen. Regelmäßig werde das Strafgesetz also durch denselben Normgeber gesetzt, der auch die im jeweiligen Straftatbestand umgesetzte Norm erlassen hat.[15]

2. Strafrechtssetzung in der EU aus normentheoretischer Perspektive

Im Hinblick auf die Strafrechtssetzungskompetenz des Unionsgesetzgebers folgt aus der von *Binding* propagierten Annahme der grundsätzlichen Identität der Quellen von Norm und Strafgesetz, dass naturgemäß der Unionsgesetzgeber selbst die Strafgesetze erlassen können müsste, die zur Durchsetzung im Sinne der Gewährleistung der Befolgung[16] der von ihm gesetzten Verhaltensnormen erforderlich sind. Zwar geschieht dies derzeit noch nicht. Die geltenden Kompetenzgrundlagen tragen der Idee der Quellenidentität von Norm und Strafgesetz aber dennoch tendenziell Rechnung, was im Folgenden gezeigt werden soll.

12 S. *Binding* (Fn. 1), S. 74.

13 EuGH, Urteil v. 21.9.1989, Rs. 68/88 – Kommission/Griechische Republik („Griechischer Mais"), Rn. 23-25.

14 Dem Beitrag liegt die Auffassung zugrunde, dass die demokratisch zur Gesetzgebung legitimierten Instanzen die Verhaltensnormen konstituieren. S. in diesem Sinn beispielsweise auch *Renzikowski*, GA 2022, 575 (insbes. 580 f.); vgl. *Herzberg*, JZ 2023, 438 (443 ff.); *Kindhäuser*, GA 2022, 563 (566, 570 f.); zur Gegenansicht, wonach der schuldfähige Bürger selbst eine jeweils kontext- und adressatenspezifische Verhaltensnorm für sich bildet, s. *Freund/Rostalski*, GA 2022, 543 (550 f.).

15 *Binding* (Fn. 1), S. 73.

16 Zum Streit um die Legitimität der Androhungsprävention durch Strafgesetze s. befürwortend *Herzberg*, ZIS 2021, 420 (420 f.), ablehnend *Freund/Rostalski*, GA 2022, 543 (550 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Die akzessorische Strafrechtsharmonisierungskompetenz als „Minus" gegenüber der „naturgemäßen" direkten Strafrechtssetzungskompetenz der EU

Verhaltensnormen kann der europäische Gesetzgeber zunächst in Verordnungen formulieren, die gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. Zudem kann er sie in Richtlinien fassen, die gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV hinsichtlich ihres Ziels für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Insoweit stellt er nur im Fall vollharmonisierender Richtlinien, die keine abweichenden nationalen Vorschriften erlauben, vollständige europäische Verhaltensnormen auf. Beim Erlass mindestharmonisierender Richtlinien beschränkt sich der europäische Gesetzgeber dagegen auf die Schaffung einer europäischen Mindestverhaltensnorm, die erst durch die ggf. über die europäischen Mindestvorgaben hinausgehende überschießende Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht in eine vollständige, im Mindestmaß europäisch und im Übrigen national determinierte Verhaltensnorm transformiert wird.

Weil dem Strafrecht für die nationale Identität eine herausragende Bedeutung beigemessen wird,[17] lässt sich eine der Kompetenz zur Setzung vollständiger europäischer Verhaltensnormen mittels Verordnungen oder vollharmonisierender Richtlinien „naturgemäß" entsprechende *allgemeine* Kompetenz des europäischen Gesetzgebers zum Erlass von zu den originär europäischen Verhaltensnormen akzessorischen Strafgesetzen zumindest beim bisher erreichten Integrationsstand und voraussichtlich auch in absehbarer Zukunft politisch nicht realisieren.[18] Gleichsam als „Minus" gegenüber der direkten Kompetenz zum Erlass von Strafgesetzen, die der Durchsetzung der in europäischen Verordnungen und vollharmonisierenden Richtlinien konstituierten Verhaltensnormen dienen und deshalb zu ihnen akzessorisch sind,[19] kann dem europäischen Gesetzgeber – normentheoretisch gedacht – aber zumindest die Kompetenz zugestanden werden,

17 S. dazu eingehend unten II.2., insbes. a).

18 S. aber zur – nach allerdings noch umstrittener Ansicht – grundsätzlich bestehenden *bereichsspezifischen* Strafrechtssetzungskompetenz der EU *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 8 Rn. 18 ff.; *Neumann*, Das US-amerikanische Strafrechtssystem als Modell für die vertikale Kompetenzverteilung im Strafrechtssystem der EU?, 2015, S. 172 ff.

19 Die Akzessorietät zu explizit in eigenständigen Rechtsvorschriften konstituierten Verhaltensnormen prägt das Europäische Sanktionenrecht. Generell zwingend ist der akzessorische Charakter des Strafrechts zu außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen dagegen nicht, s. dazu *Herzberg*, GA 2016, 737 (746 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in Richtlinien Mindestvorgaben für diejenigen nationalen Strafgesetze zu machen, welche die Mitgliedstaaten zur Durchsetzung der europäischen Verhaltensnormen erlassen. Im normentheoretischen Sinn wird damit gewährleistet, dass der Inhalt der Norm und der Inhalt des Strafgesetzes, das die Norm auf der Tatbestandsseite umsetzt, jedenfalls teilweise aus derselben – nämlich europäischen – Quelle stammen.

Diesen normentheoretischen Grundgedanken trug der EuGH bereits vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages in den Rechtssachen „Umweltstrafrecht“[20] im Jahr 2005 und „Meeresverschmutzung“[21] im Jahr 2007 Rechnung. Zwar erkannte er darin an, dass grundsätzlich weder das Strafrecht noch das Strafprozessrecht in die Zuständigkeit der damaligen Gemeinschaft fielen. Wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen des in Rede stehenden, von den gemeinschaftsrechtlichen Normen geschützten Rechtsgutes aber unerlässlich sei, könne der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten zur Einführung solcher Sanktionen verpflichten, um die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Normen zu gewährleisten.[22]

Mit dieser damals vom Primärrecht nicht gedeckten[23] Kompetenzausweitung, die in der Literatur stark kritisiert worden ist,[24] nahm der EuGH im Wesentlichen[25] die heute in Art. 83 Abs. 2 AEUV verankerte Kompetenzregelung vorweg, die zum Zeitpunkt der Urteilsfassung bereits vorlag, aber noch nicht in Kraft getreten war.[26] Soweit sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich[27] für die

20 EuGH, Urteil v. 13.9.2005, Rs. C-176/03 – Kommission/Rat.
21 EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05 – Kommission/Rat.
22 EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, Rn. 66 – Kommission/Rat.
23 S. z.B. *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 43 i.V.m. § 8 Rn. 21; *Satzger* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 AEUV Rn. 27.
24 S. statt vieler *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Satzger* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 AEUV Rn. 27.
25 Anders als nach Art. 83 Abs. 2 AEUV fiel die Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen nach EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, Rn. 70 – Kommission/Rat („Meeresverschmutzung“), nicht in die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft.
26 *Suhr* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 67 AEUV Rn. 29.
27 Um den ultima ratio-Grundsatz tatsächlich effektiv werden zu lassen, ist das Unerlässlichkeitskriterium entgegen der Ansicht der Kommission (s. EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05, Rn. 38 – Kommission/Rat [„Meeresverschmutzung“],) nicht im Sinne bloßer Erforderlichkeit zu verstehen, sondern restriktiv zu handhaben. Es sollte nur dann als erfüllt angesehen werden, wenn die Angleichung der

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet erweist, auf dem auf der Grundlage von Kompetenznormen in einem nicht die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen betreffenden Politikbereich der EU bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, können nunmehr auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV – und damit auch auf vertraglicher Basis – durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen erlassen werden.

b) Strafrechtsharmonisierung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV als Annex zur Verhaltensnormharmonisierung

Bei den von Art. 83 Abs. 2 AEUV für die Begründung der strafrechtlichen Richtlinienkompetenz der EU vorausgesetzten vorangegangenen Verhaltensnormharmonisierungsmaßnahmen kann es sich um unmittelbar in jedem Mitgliedstaat geltende Verordnungen oder vollharmonisierte Richtlinien handeln, in die der europäische Gesetzgeber vollständige originär europäische Verhaltensnormen integriert hat. Zudem werden aber auch die Konstellationen erfasst, in denen der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten zum Inhalt der von ihnen zu setzenden Verhaltensnormen nur mittels Richtlinien Mindestvorgaben macht. Der Inhalt der mitgliedstaatlichen Verhaltensnormen, die in Umsetzung dieser europäischen Richtlinienvorgaben erlassen werden, ist jedenfalls partiell durch den europäischen Gesetzgeber bestimmt. Unter normentheoretischen Gesichtspunkten ist es deshalb konsequent, dem Unionsgesetzgeber zusätzlich auch die Kompetenz einzuräumen, harmonisierende Vorgaben auch für den Inhalt derjenigen mitgliedstaatlichen Strafgesetze zu machen, die bestimmte Verstöße gegen diejenigen Verhaltensnormen des nationalen Rechts mit Strafe bedrohen, die in Umsetzung der europäischen Richtlinienvorgaben zur Verhaltensnorm erlassen worden sind. Soweit nämlich der europäische Gesetzgeber den Inhalt der nationalen Verhaltensnormen determiniert hat, muss ihm nach den Grundsätzen *Bindings* grundsätzlich auch die Kompetenz zur Festlegung des Inhalts der diese Verhaltensnormen flankierenden und sie in ihren Tatbeständen umsetzenden Strafgesetze zukommen.

Die Strafrechtsharmonisierungskompetenz folgt somit in den von Art. 83 Abs. 2 AEUV erfassten Fällen „naturgemäß" der Verhaltensnormharmoni-

---

Strafrechtsvorschriften tatsächlich das einzig aussichtsreiche Mittel zur effektiven Durchsetzung der außerstrafrechtlichen, bereits harmonisierten Rechtsvorschriften ist (vgl. *Suhr* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 67 AEUV Rn. 24).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sierungskompetenz. Dementsprechend gehen der die Verhaltensnorm harmonisierende Rechtsakt sowie die durch ihn harmonisierten nationalen Verhaltensnormen dem Strafrechtsharmonisierungsrechtsakt und den in seiner Umsetzung erlassenen harmonisierten nationalen Strafgesetzen zeitlich voraus. Die strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahme stellt sich damit als Annex zur vorgelagerten außerstrafrechtlichen Verhaltensnormharmonisierungsmaßnahme dar. Es geht um eine akzessorische Strafrechtsangleichung in bereits harmonisierten Politikbereichen, was normentheoretischen Grundsätzen unmittelbar entspricht.

Sind die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 2 AEUV erfüllt, kann die EU „Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen" erlassen. Vorgegeben werden kann insoweit zum einen im Hinblick auf die Sanktionsseite, welche Strafen mindestens vorzusehen sind,[28] und zum anderen im Hinblick auf die Tatbestandsseite, unter welchen Voraussetzungen Zuwiderhandlungen gegen die durch die außerstrafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen angeglichenen Verhaltensnormen mindestens unter Strafe gestellt werden müssen.

Chronologisch stellt sich der Rechtssetzungsprozess damit derart dar, dass zunächst durch außerstrafrechtliche Verordnungen unmittelbar geltende europäische Verhaltensnormen aufgestellt oder durch außerstrafrechtliche Richtlinien inhaltliche Vorgaben für nationale konkrete Verhaltensnormen gemacht werden. Diese Vorgaben sind in den Fällen der Vollharmonisierung abschließend. Im Übrigen werden nur Mindestvorgaben formuliert. Dadurch schafft der europäische Gesetzgeber implizit eine außerstrafrechtliche europäische (Mindest-)Verhaltensnorm. Auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV wird anschließend eine zu dieser außerstrafrechtlichen europäischen (Mindest-)Verhaltensnorm akzessorische europäische Min-

28 Bisher bedient sich die EU insoweit des Konzepts der sog. Mindesthöchststrafen. Die im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug (KOM (2012) 363 endg.) vorgesehenen echten Mindeststrafen waren politisch nicht durchsetzbar und sind deshalb in der letztlich angenommenen Fassung der sog. PIF-Richtlinie (Richtlinie 2017/1371/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU 2017 L 198/29) nicht enthalten. S. zum Ganzen *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 51 f.; für ein die mitgliedstaatlichen Identitäten schonendes und darum politisch akzeptables Modell der Harmonisierung der Rechtsfolgenseite s. die Ergebnisse des Forschungsprojektes der *European Criminal Policy Initiative (ECPI)* in: Satzger (Hrsg.), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deststrafnorm erlassen, wobei durch die Formulierung der Mindesttatbestandsvoraussetzungen der in Umsetzung der europäischen strafrechtlichen Mindestharmonisierungsmaßnahme zu erlassenden nationalen Strafgesetze aus den bereits existenten europäischen (Mindest-)Verhaltensnormen diejenigen herausgegriffen werden, deren Verletzung so schwer wiegt, dass sie Strafe nach der Wertung des europäischen Gesetzgebers erforderlich macht. Damit gehen auf europäischer Ebene die Verhaltensnormen bzw. die (Mindest-)Vorgaben zur Verhaltensnorm den Mindestvorgaben zum akzessorischen Strafgesetz voraus. Auf nationaler Ebene gehen entsprechend die durch unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende Verordnungen formulierten Verhaltensnormen bzw. die durch Richtlinien harmonisierten nationalen Verhaltensnormen den akzessorischen harmonisierten Strafgesetzen voraus.

c) Die originäre Strafrechtsharmonisierungskompetenz nach Art. 83 Abs. 1 AEUV

Soweit auf Art. 83 Abs. 2 AEUV als Grundlage für die Strafrechtsharmonisierung in der EU zurückgegriffen werden soll, sind die beschriebenen Zusammenhänge zwingend. Hier muss die Verhaltensnormsetzung stets der Strafnormsetzung vorgelagert sein. Anders verhält es sich dagegen mit auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützten strafrechtsharmonisierenden Richtlinien. Diese sind nicht von einer vorangehenden außerstrafrechtlichen Harmonisierung abhängig. Vielmehr erlaubt es Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV grundsätzlich, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in den in UAbs. 2 enumerativ aufgezählten und ggf. künftig auch in weiteren, gemäß UAbs. 3 neu festzulegenden[29] Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension zu erlassen. Es handelt sich mithin nicht – wie bei Art. 83 Abs. 2 AEUV – um eine zu vorangegangenen außerstrafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen akzessorische, sondern vielmehr um eine originäre Kompetenz der EU zur Strafrechtsharmonisierung.

29 Die erste Erweiterung des Kataloges in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV auf im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik erlassene restriktive Maßnahmen der Union erfolgte in Reaktion auf den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine (Beschluss (EU) 2022/2332 des Rates vom 28.11.2022 über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich, ABl. 2022, L 308/18).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Normentheoretische Rekonstruktion der Strafrechtsharmonisierung nach Art. 83 Abs. 1 AEUV

Vor dem Hintergrund der These *Bindings*, dass Norm und Strafgesetz naturgemäß aus derselben Quelle fließen, scheint eine originäre, von einer vorangehenden Verhaltensnormharmonisierung unabhängige Strafrechtsharmonisierungskompetenz der EU zunächst nicht stimmig. In bislang nicht harmonisierten Politikbereichen wird der Inhalt der nationalen Verhaltensnormen nämlich von jedem Mitgliedstaat autonom bestimmt. Nach der These *Bindings* müsste in dieser Konstellation jedem Mitgliedstaat auch allein die Kompetenz zugestanden werden, Strafgesetze zur Gewährleistung der Durchsetzung der nationalen Verhaltensnormen zu erlassen und deren Inhalt alleine festzulegen. Eine Kompetenz des Unionsgesetzgebers, Vorgaben für den Inhalt der Strafgesetze zu machen, die der Durchsetzung allein von den Mitgliedstaaten inhaltlich determinierter Verhaltensnormen dienen, scheint dagegen aus normentheoretischer Perspektive unangebracht, weil in diesen Fällen Norm und Strafgesetz inhaltlich aus verschiedenen Quellen fließen würden.

Gänzlich zutreffen würden diese Erwägungen jedoch nur, wenn der EU die Kompetenz zur *Voll*harmonisierung der nationalen Strafgesetze zukäme und sie diese Kompetenz nur hinsichtlich der Rechtsfolgenseite ausüben, also zwingende Strafvorgaben machen würde. In dieser Konstellation würde tatsächlich die Verhaltensnorm nur aus nationaler und die akzessorische Strafnorm nur aus europäischer Quelle fließen, was in vielen Mitgliedstaaten zu Inkohärenzen zwischen den beiden Bestandteilen des Strafgesetzes führen müsste. Soweit der Unionsgesetzgeber eine etwaige Vollharmonisierungskompetenz auch hinsichtlich der Tatbestandsseite ausüben würde, würde er durch die Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen implizit auch die entsprechenden Verhaltensnormen mitformulieren[30] und zwingend harmonisieren. Verhaltensnorm und Strafgesetz würden dann zwar beide aus ein und derselben, nämlich europäischen Quelle fließen. Die Hoheit der Mitgliedstaaten sowohl über die Sanktions- als auch die Verhaltensnorm wäre aber aufgehoben, was nicht nur unter Souveränitätsgesichtspunkten, sondern mit Blick auf die implizite Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen auch kompetenzielle Probleme aufwerfen würde.

30 Zur Konstituierung von Verhaltensnormen durch Strafgesetze s. *Herzberg*, GA 2016, 737 (746 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV beschränken die Kompetenz der EU jedoch auf den Erlass von *Mindest*vorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen, sodass der Unionsgesetzgeber sowohl zur Tatbestandsseite als auch zur Rechtsfolgenseite nur Mindestvorgaben machen kann. Macht der europäische Gesetzgeber von dieser Mindestharmonisierungskompetenz Gebrauch, setzt dies technisch für die Formulierung der Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite eine Auseinandersetzung mit der Fassung der Tatbestände aller einschlägigen mitgliedstaatlichen Strafgesetze und damit implizit mit den nationalen Verhaltensnormen voraus, deren Verletzung unter bestimmten Voraussetzungen den Tatbestand erfüllt. Anders als bei Art. 83 Abs. 2 AEUV müssen diese nationalen Verhaltensnormen in den Fällen des Abs. 1 zwar nicht zwingend bereits vorab harmonisiert worden sein, sondern können auch erst implizit durch die Formulierung der Mindesttatbestandsvoraussetzungen in der strafrechtlichen Mindestharmonisierungsmaßnahme zeitgleich mit den Strafgesetzen mindestharmonisiert werden. Aus dem Querschnitt der nationalen Verhaltensnormen ergibt sich aber jedenfalls eine europäische Mindestverhaltensnorm in Form ihres „kleinsten gemeinsamen Nenners", der ein Verhalten unionsweit jedenfalls entsprechen muss. Insofern schwebt eine auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützte strafrechtliche Mindestharmonisierungsrichtlinie normentheoretisch betrachtet nicht im luftleeren Raum. Sie knüpft vielmehr an diese bereits existierende europäische Mindestverhaltensnorm an.

Aus normentheoretischer Perspektive entscheidend ist der Spielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der europäischen Richtlinienvorgaben nach dem Konzept der Mindestharmonisierung verbleibt. Soweit die europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite nämlich wirklich nur Ausdruck des im Querschnitt der Mitgliedstaaten geltenden „kleinsten gemeinsamen Nenners" sind, also nicht weiter gehen als die in den nationalen Rechtsordnungen bereits existierenden, von den Mitgliedstaaten allein inhaltlich bestimmten Verhaltensnormen, können die jeweiligen nationalen Gesetzgeber den europäischen Mindestvorgaben exakt entsprechende nationale Verhaltensnormen und – unter Rückgriff auf die Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben – auch weitergehende nationale Verhaltensnormen in ihrer bisherigen Form als Tatbestand formulieren. Soweit über die europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite hinausgehende nationale Verhaltensnormen im Wege der überschießenden Umsetzung im nationalen Recht in Tatbestandsform gegossen werden, kann sich der jeweilige nationale Gesetzgeber darüber hinaus auch dazu entscheiden, nicht jede Verletzung der nationalen Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haltensnorm unter Strafe zu stellen, sondern die Strafbarkeit des normverletzenden Verhaltens von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen, soweit er dadurch nicht die europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite unterschreitet. Ebenso bleibt es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, schon bisher im Verhältnis zu den europäischen Mindestvorgaben strengere nationale Verhaltensnormen explizit zu verschärfen und auch Verstöße gegen diese verschärften nationalen Verhaltensnormen unter Strafe zu stellen, oder beides in einem Schritt durch die Formulierung von im Verhältnis zu den europäischen Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite extensiveren Straftatbeständen zu tun. Die nationale Verhaltensnorm bleibt in allen diesen Fällen der überschießenden Umsetzung der Richtlinienvorgaben zur Tatbestandsseite letztlich national determiniert. Entsprechendes gilt für die nationale Sanktionsnorm, soweit der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben zur Rechtsfolgenseite von der Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben Gebrauch macht.

Bei einer auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner" der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten begrenzten Mindestharmonisierung sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite und einer ggf. überschießenden Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber ist also der Inhalt sowohl der nationalen Verhaltens- als auch der nationalen Sanktionsnorm *vollständig* durch den nationalen Gesetzgeber selbst festgelegt. Anders verhält es sich dagegen, wenn die nationalen Verhaltens- und ggf. die akzessorischen Sanktionsnormen hinter den durch die europäischen Mindesttatbestandsvoraussetzungen implizit formulierten Mindestvorgaben zur Verhaltensnorm oder den europäischen Mindestvorgaben zur Rechtsfolgenseite zurückbleiben. In diesem Fall hat sich die EU bei der Formulierung der Mindesttatbestandsvoraussetzungen und Mindestsanktionsvorgaben nicht auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner" aller mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen beschränkt, sondern ist jedenfalls in Bezug auf einzelne Mitgliedstaaten darüber hinausgegangen. Damit die Strafgesetze auch in diesen Mitgliedstaaten das nun europäisch vorgegebene Mindestniveau erreichen, müssen die nationalen Straftatbestände und akzessorischen Sanktionsnormen den europäischen Mindesttatbestandsvoraussetzungen und Mindestsanktionsvorgaben angepasst werden. Die hinter den europäischen Vorgaben bislang zurückgebliebenen nationalen Strafgesetze müssen also explizit verschärft werden. Zugleich werden hierdurch aber implizit auch die bislang hinter der europäischen Mindestverhaltensnorm zurückgebliebenen nationalen außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen verschärft, was ggf.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine entsprechende explizite Anpassung des nationalen Rechts im betreffenden außerstrafrechtlichen Bereich erforderlich machen kann. In dieser souveränitätssensiblen Konstellation determiniert damit letztlich der europäische Strafgesetzgeber die nationale Sanktionsnorm und insbesondere auch den Inhalt der bislang rein national bestimmten Verhaltensnormen neu.

Die normentheoretischen Prinzipien können hier insoweit als erfüllt angesehen werden, wie der europäische Gesetzgeber zum einen durch die Mindestvorgaben zur Tatbestandsseite der nationalen Umsetzungsstrafgesetze den verschärften Teil der nationalen Verhaltensnorm und zum anderen durch Mindestvorgaben zur Rechtsfolgenseite auch die Sanktionsnorm im Mindestmaß der verschärften nationalen Verhaltensnorm entsprechend bestimmt. Im Hinblick auf die Verschärfung fließen dann Norm und Strafgesetz wiederum aus derselben, nämlich europäischen Quelle. Die Hoheit derjenigen Mitgliedstaaten, in denen die einschlägigen Verhaltensnormen und entsprechenden Sanktionsnormen bislang hinter den nun formulierten europäischen Mindestvorgaben zurückgeblieben sind, ist jedoch insoweit – wie bei einer Vollharmonisierung der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite – sowohl hinsichtlich der Tatbestands- und der Rechtsfolgenseite des unmittelbar harmonisierten Strafgesetzes als auch hinsichtlich der mit dem Tatbestand implizit mitharmonisierten Verhaltensnorm aufgehoben.

(2) Exemplifizierung der Bedeutung des Mindestharmonisierungskonzepts anhand der Strafrechtsharmonisierung im Bereich der Geldwäsche

Die Freiheit, die das vorstehend abstrakt normentheoretisch formulierte Konzept der Mindestharmonisierung und die damit verbundene Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben dem nationalen Gesetzgeber belässt, kann anhand einer normentheoretischen Rekonstruktion der Harmonisierung der Geldwäschestrafbarkeit auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 AEUV exemplifiziert werden.

In Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV wird die Geldwäsche an sechster Stelle als einer Strafrechtsharmonisierung grundsätzlich zugänglicher Bereich besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension aufgeführt. Dementsprechend hat der europäische Gesetzgeber die Richtlinie

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2018/1673/EU[31] über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützt. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 1, sicherzustellen, dass die vorsätzliche Begehung bestimmter, unter lit. a) bis lit. c) im Einzelnen aufgeführter Handlungen eine Straftat darstellt, wenn die Handlungen in Kenntnis der Tatsache vorgenommen werden, dass die Gegenstände, auf welche sie sich beziehen, aus einer kriminellen Tätigkeit stammen. Den Begriff der „kriminellen Tätigkeit" definiert Art. 2 Nr. 1 S. 1 RL 2018/1673/EU in Abhängigkeit von der Strafdrohung im nationalen Recht.[32] S. 2 listet nachfolgend 22 bestimmte Kategorien von Straftaten auf, die in jedem Fall als kriminelle Tätigkeiten gelten. Da RL 2018/1673/EU der von Art. 83 Abs. 1 AEUV erteilten Ermächtigung entsprechend gem. ihrem Art. 1 Abs. 1 nur *Mindest*vorschriften für die Definition von Straftatbeständen und Sanktionen im Bereich der Geldwäsche enthält, können die Mitgliedstaaten über die Richtlinienvorgaben hinausgehen. Es bleibt ihnen also insbesondere unbenommen, die in Art. 3 Abs. 1 RL 2018/1673/EU genannten Handlungen nicht nur in Bezug auf solche Gegenstände unter Strafe zu stellen, die aus einer kriminellen Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU stammen, sondern darüber hinaus noch weitere, nicht unter die Definition in Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU fallende Taten als taugliche Vortaten ausreichen zu lassen. Auch müssen sie die Strafbarkeit wegen Geldwäsche nicht zwingend auf die nur mindestens unter Strafe zu stellenden Fälle der vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung begrenzen, sondern können darüber hinaus insbesondere auch eine fahrlässige oder gar leichtfertige Begehung genügen lassen.

Von diesen Möglichkeiten hat der deutsche Gesetzgeber umfassend Gebrauch gemacht. In Umsetzung der Richtlinienvorgaben entschied er sich bei der Neufassung des § 261 StGB zum einen für den sog. „All Crimes-Approach", wonach grundsätzlich jede rechtswidrige Tat taugliche Vortat einer

31 Richtlinie 2018/1673/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. EU 2018 L 284/22.

32 Art. 2 Nr. 1 S. 1 RL 2018/1673/EU: „Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (1.) „kriminelle Tätigkeit" jede Form der kriminellen Beteiligung an Straftaten, die gemäß dem nationalen Recht mit einer Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsentzug im Höchstmaß von mehr als einem Jahr oder – in Mitgliedstaaten, deren Rechtssystem ein Mindeststrafmaß für Straftaten vorsieht – mit einer Freiheitsstrafe oder einer die Freiheit beschränkenden Maßnahme im Mindestmaß von mehr als sechs Monaten geahndet werden können".

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geldwäschehandlung sein kann.[33] Zum anderen muss der:die Täter:in im Hinblick auf die Herkunft des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat nicht zwingend Vorsatz aufweisen. Vielmehr lässt es der deutsche Gesetzgeber in § 261 Abs. 6 StGB über die Mindestvorgaben der Richtlinie hinaus bereits genügen, dass er:sie nur leichtfertig nicht erkennt, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt.[34]

Im normentheoretischen Stil vergleichend formuliert lautet etwa die europäische Mindestverhaltensnorm, die Art. 3 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU zu entnehmen ist, lediglich „Du sollst nicht vorsätzlich Vermögensgegenstände erwerben, besitzen oder verwenden, von denen du bei ihrer Übernahme weißt, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU stammen, namentlich aus der Beteiligung an einer Straftat, die nach nationalem Recht mit einer Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsentzug im Höchstmaß von mehr als einem Jahr (...) geahndet werden kann, oder aus der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, einer Erpressung (…) oder einer der Cyberkriminalität zuzuordnenden Straftat." Entsprechend lautet der europäische Mindeststraftatbestand „Wer vorsätzlich Vermögensgegenstände erwirbt, besitzt oder verwendet, von denen er bei ihrer Übernahme weiß, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Nr. 1 RL 2018/1673/EU stammen, namentlich aus (…)". Flankiert wird dieser europäische Mindeststraftatbestand durch eine europäische Mindestsanktionsnorm, die gem. Art. 5 Abs. 2 RL 2018/1673/EU folgenden Inhalt hat: „(…) wird mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren bestraft".[35] Demgegenüber fällt sowohl die in Umsetzung der Mindestvorgaben des Art. 3 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Art. 2 Nr. 1 S. 2 RL 2018/1673/EU erlassene deutsche Verhaltensnorm gegenüber der europäischen Mindestverhaltensnorm als auch die in Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 RL 2018/1673/EU formulierte deutsche Sanktionsnorm gegenüber der europäischen Mindestsanktionsnorm weitaus schärfer aus. Konkret lautet die entsprechende deutsche Verhaltensnorm, die sich aus der tatbestandlichen Formulierung des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Nr. 4, Abs. 6 S. 1 StGB ableiten lässt; „Du sollst Dir oder

33 S. § 261 Abs. 1 StGB: „Wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt (…)" (Hervorhebung durch die Verfasserin).

34 Zur Kritik an der Neuregelung s. *Neumann*, ZJS 2022, 682; *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1050).

35 Kritisch zum Konzept der Mindesthöchststrafen s. *European Criminal Policy Initiative (ECPI)*, Kategorienmodell zur Harmonisierung der strafrechtlichen Sanktionen in Europa, in: Satzger (Hrsg.), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020, S. 667 (671 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer dritten Person nicht vorsätzlich Vermögensgegenstände verschaffen, sie verwahren oder für Dich oder eine dritte Person verwenden, von denen Du zum Zeitpunkt ihrer Erlangung wusstest (Abs. 1 Nr. 4) *oder bzgl. derer Du leichtfertig nicht erkannt hast* (Abs. 6), dass sie aus *(irgend)einer* rechtswidrigen Tat herrühren." Dem entspricht der nationale Straftatbestand „Wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, sich oder einem Dritten verschafft oder verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er dessen Herkunft zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat" (§ 261 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB) oder „leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen [solchen] Gegenstand nach Absatz 1 handelt (…)" (§ 261 Abs. 6 StGB). Ergänzt wird dieser Straftatbestand im Falle des auch von der europäischen Richtlinie avisierten vorsätzlichen Handelns nach § 261 Abs. 1 StGB durch die Sanktionsnorm „(…) wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren" – statt nur vier Jahren, welche die europäische Richtlinie als Höchststrafe mindestens fordert – „oder mit Geldstrafe bestraft". Bei leichtfertiger Unkenntnis des Herrührens des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat lautet die Sanktionsnorm nach Abs. 6 dagegen nur „(…) wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft".

Die Möglichkeit der überschießenden Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben hat der deutsche Gesetzgeber somit sowohl auf Tatbestandsseite als auch auf Rechtsfolgenseite umfassend genutzt. Damit hat er implizit eine Verhaltensnorm formuliert, die weitaus mehr Fälle erfasst und somit weitaus strenger ist als die europäische Mindestverhaltensnorm. Entsprechend hat er eine zu dieser weitreichenden nationalen Verhaltensnorm akzessorische Sanktionsnorm formuliert, die für die von der europäischen Richtlinie in den Blick genommenen vorsätzlichen Verstöße gegen die nationale – verhältnismäßig strengere – Verhaltensnorm eine im Höchstmaß deutlich schärfere Strafe vorsieht, als sie die europäische Mindestsanktionsnorm für Verstöße gegen die – verhältnismäßig großzügigere – europäische Mindestverhaltensnorm mindestens anordnet.

Hier zeigt sich plakativ, dass Vorgaben der EU, welche die nationalen Strafgesetze nur im Mindestmaß harmonisieren, dem nationalen Gesetzgeber die Hoheit zur Bestimmung des Inhalts von Verhaltensnorm und akzessorischem Strafgesetz insoweit belassen, wie der nationale Gesetzgeber von der Möglichkeit der überschießenden Umsetzung Gebrauch macht und mit seinen Umsetzungsakten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite über die jeweiligen europäischen Mindestvorgaben hinausgeht. Im Einklang mit normentheoretischen Grundsätzen stammen in diesen Fällen

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die europäische Mindestverhaltensnorm und die akzessorische europäische Mindestsanktionsnorm einerseits, sowie die nationale Verhaltensnorm und die nationale Sanktionsnorm andererseits nicht nur formal, sondern letztlich auch inhaltlich jeweils aus derselben – nämlich einmal europäischen und einmal nationalen – Quelle. Nur soweit die nationalen Strafgesetze und ggf. die entsprechenden außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen bislang hinter den europäischen Mindestvorgaben zurückgeblieben sind und durch die Umsetzungsakte explizit bzw. implizit verschärft werden, sind sowohl die europäische Mindestverhaltens- und Mindestsanktionsnorm als auch die verschärften nationalen Verhaltens- und Sanktionsnormen europäisch determiniert.

II. Potentiale der normentheoretischen Lesart der Strafrechtsharmonisierungskompetenzen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl Art. 83 Abs. 2 AEUV als auch Art. 83 Abs. 1 AEUV normentheoretisch gelesen werden können. Für den Strafrechtsharmonisierungsprozess in der EU kann diese normentheoretische Lesart der Harmonisierungskompetenzgrundlagen in verschiedener Weise fruchtbar gemacht werden. Insbesondere kommt ihr ein erhebliches analytisches Potential zu (II.1.). Darüber hinaus könnte die normentheoretische Lesart den Strafrechtsharmonisierungsprozess in der EU auch politisch befördern (II.2.). Zudem birgt sie Potential für den internationalen Wissenschaftsdiskurs zur Strafrechtsharmonisierung, dem sie als gemeinsame Verständigungsgrundlage dienen und so die Konsensfindung im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung von Harmonisierungsmaßnahmen erleichtern kann (II.3.).

1. Exemplifizierung des analytischen Potentials

Das analytische Potential der normentheoretischen Lesart der Strafrechtsharmonisierungskompetenzen soll im Folgenden beispielhaft veranschaulicht werden. Aufgezeigt wird dazu, dass diese Lesart wichtige Kompetenzfragen (II.1.a) sowie die Grenzen des der europäischen Strafrechtsharmonisierung zugrunde liegenden Konzepts der Mindestharmonisierung (II.1.b) erhellen kann. Dabei soll nicht der Eindruck erweckt werden, die insoweit maßgeblichen Zusammenhänge könnten nur mittels

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Normentheorie aufgedeckt werden. Dies ist vielmehr auch durch eine nicht spezifisch normentheoriebasierte strukturelle Analyse der Kompetenzgrundlagen möglich. Die Normentheorie bietet aber ein strukturiertes Erklärungsmuster, das die Zusammenhänge anschaulicher werden lassen kann.

a) Kompetenzfragen

Die vergleichende normentheoretisch basierte Analyse von Art. 83 Abs. 1 AEUV einerseits und Art. 83 Abs. 2 AEUV andererseits kann sowohl über die kompetenziellen Grundlagen der Verhaltensnormharmonisierungsmaßnahmen einerseits und der Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen andererseits als auch darüber Aufschluss geben, welche Anforderungen bei der Ausübung der Harmonisierungskompetenz speziell auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 AEUV zu erfüllen sind.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass sich die Strafrechtsharmonisierungskompetenznormen des Art. 83 Abs. 1 AEUV einerseits und des Art. 83 Abs. 2 AEUV andererseits entsprechend ihrer unterschiedlichen Zwecke strukturell unterscheiden.

Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen nach Art. 83 Abs. 1 AEUV sollen *unmittelbar* die *Kriminalität* in bestimmten Bereichen bekämpfen.[36] Ob zuvor eine explizite Harmonisierung von Verhaltensnormen erfolgt ist, ist dafür nicht relevant. Soweit die entsprechenden Verhaltensnormen noch nicht harmonisiert worden sind, wird aber gleichsam als Beiwerk zur Strafrechtsharmonisierung durch die Formulierung der Mindeststraftatbestandsvoraussetzungen automatisch implizit auch die entsprechende europäische Mindestverhaltensnorm formuliert, welche die nationalen Verhaltensnormen harmonisiert. Weil der europäische Gesetzgeber die Kompetenz zur Harmonisierung der Straftatbestandsvoraussetzungen somit nicht ausüben kann, ohne zugleich auch eine implizite Angleichung der Verhaltensnormen zu bewirken, muss beim Erlass der strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahme nicht nur hinterfragt werden, ob die Voraussetzungen der Ausübung der Harmonisierungskompetenz der EU im

36 Zur Fähigkeit der Sanktionsnormen, nicht nur die Geltungskraft der Verhaltensnorm, sondern schon präventiv unmittelbar Rechtsgüter zu schützen, s. *Herzberg*, ZIS 2021, 420, 420 f.; die Gegenansicht vertreten *Freund* und *Rostalski*, s. *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 29; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, 2019, S. 16 f., 19 f., 88.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinblick auf die Vorgaben zur *Strafbarkeit* des normwidrigen Verhaltens erfüllt, also insbesondere auch die in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und Abs. 4 EUV niedergelegten Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gewahrt sind. Vielmehr muss dieselbe Frage zugleich auch hinsichtlich der impliziten Vorgaben zur Verhaltensnorm gestellt werden.

Anders verhält es sich im Hinblick auf Art. 83 Abs. 2 AEUV, der das Strafrecht als Mittel der *Politik*durchsetzung sieht. Die Vorschrift ermächtigt dementsprechend nur zur akzessorischen Strafrechtsharmonisierung in bereits harmonisierten Politikbereichen. Deshalb setzt Art. 83 Abs. 2 AEUV notwendig zuvor explizit harmonisierte Verhaltensnormen im entsprechenden Politikbereich voraus, von denen die Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen diejenigen herausgreifen, deren Verletzung mindestens mit Strafe geahndet werden soll. Die außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen sind also vorangehend auf der Grundlage einer außerstrafrechtlichen Harmonisierungskompetenz angeglichen worden, während sich die Kompetenz zur nachfolgenden Mindestharmonisierung der zu den bereits harmonisierten Verhaltensnormen akzessorischen und ihrer Durchsetzung dienenden Strafgesetze aus Art. 83 Abs. 2 AEUV ergibt.[37]

b) Grenzen des Konzepts der Mindestharmonisierung

Besonders anschaulich lässt sich anhand der Normentheorie auch das spezifische kompetenzrechtliche Problem illustrieren, inwieweit vorgelagerte außerstrafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen den Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der strafrechtlichen Mindestharmonisierungsvorgaben begrenzen.

Wie gesehen bleibt es den Mitgliedstaaten nach dem Konzept der Mindestharmonisierung grundsätzlich unbenommen, die Voraussetzungen für die Strafbarkeit der Verletzung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen weiter zu fassen und damit mehr Übertretungen dieser Verhaltensnormen unter Strafe zu stellen, als es die unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben zwingend fordern. Dies ist vorstehend am Beispiel der überschießenden

37 So die h.M., s. nur *Meyer* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2015, Art. 83 AEUV Rn. 58; *Hochmayr* in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 83 AEUV Rn. 31; *Vogel/Eisele* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 76; a.A. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. 8 Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Umsetzung der Geldwäscherichtlinie in das deutsche Recht illustriert worden.[38] Die Befugnis zum Erlass schärferer Strafgesetze findet aber ihre Grenze in der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm selbst, deren Verletzung das Strafgesetz mit Strafe bewehrt. Relevant wird dies namentlich in den Fällen der Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm durch unmittelbar in allen Mitgliedstaaten geltende Verordnungen oder abschließende Vorgaben aufstellende Richtlinien, die es den Mitgliedstaaten nicht erlauben, abweichende nationale Regelungen zu erlassen.[39] Der Gehalt der Verhaltensnorm wird im Fall der Vollharmonisierung also nicht nur – dem Konzept der Mindestharmonisierung entsprechend – im Mindestmaß, sondern insgesamt abschließend vom Unionsgesetzgeber festgelegt. Würde nun ein Mitgliedstaat in Umsetzung einer das Strafrecht grundsätzlich im Mindestmaß harmonisierenden Richtlinie ein nationales Strafgesetz erlassen, das die Tatbestandsvoraussetzungen nicht nur extensiver fasst als die strafrechtliche Richtlinie es mindestens fordert, sondern sie sogar derart extensiv formuliert, dass von der abschließend mit Geltung für alle Mitgliedstaaten harmonisierten außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm gar nicht erfasstes Verhalten mit Strafe bedroht wird, würde diese außerstrafrechtliche Verhaltensnorm mittels des nationalen, in Umsetzung der strafrechtsharmonisierenden Richtlinie erlassenen Strafgesetzes indirekt mit Wirkung nur für den betreffenden Mitgliedstaat verschärft, ohne dass hierfür eine Kompetenz des Mitgliedstaates bestünde. Ein solches Vorgehen stünde im Widerspruch zu kompetenzrechtlichen Prinzipien und zur von der EU intendierten Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Norm.[40]

Die Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen setzt den möglichen akzessorischen Strafgesetzen im Hinblick auf die Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen damit eine ungeschriebene Obergrenze, die besagt, welches Verhalten maximal mit Strafe bedroht werden darf. Hinzu tritt die Untergrenze, welche die strafrechtsharmonisierenden Richtlinien durch die Vorgabe der mindestens mit Strafe zu bedrohenden Verhaltensweisen festlegen. Damit ergibt sich ein Rahmen, in dem sich die Tatbestandsvoraussetzungen der nationalen Strafgesetze

38 S.o. I. 2. c) (2).

39 S. schon oben I. 2. a); zur Vollharmonisierung s. *Schröder* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 114 AEUV Rn. 46 f.

40 S. hierzu insgesamt *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 49; *Böse*, Der EuGH und die Strafrechtsdogmatik, Grund und Grenzen einer Harmonisierung des Allgemeinen Teils, in: Bublitz et al. (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 589 (602).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bewegen müssen.[41] In Kombination mit der Vollharmonisierung der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm wird die strafrechtliche Mindestharmonisierung somit aus normentheoretisch denknotwendigen Gründen zu einer Art Rahmenharmonisierung in dem Sinne, dass bei der Festlegung der Tatbestandsvoraussetzungen zwar die von der strafrechtlichen Harmonisierungsnorm gesetzte Untergrenze, nicht aber die von der außerstrafrechtlichen vollharmonisierten Verhaltensnorm gesetzte Obergrenze überschritten werden darf.

Dieses Zusammenspiel der Art der Harmonisierung der Verhaltensnorm einerseits und des Strafgesetzes andererseits lässt sich plakativ anhand des Marktmissbrauchsrechts illustrieren. Seit dessen Vollharmonisierung durch die Marktmissbrauchsverordnung (MAR)[42] steht in Streit, ob der Tatbestand der Marktmanipulation nach § 119 Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 2 Nr. 3 bzw. Abs. 15 Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 15, 12 MAR unter Anwendung von § 13 StGB auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann.[43] Im Einklang mit den oben dargestellten Grundsätzen besteht zunächst Einigkeit darüber, dass ein nach der MAR erlaubtes Verhalten nicht vom nationalen Recht unter Strafe gestellt werden darf. Auf diese Weise würde nämlich – normentheoretisch formuliert – die in der MAR statuierte entsprechende Verhaltensnorm, die unionsweit einheitlich gelten soll, mit Wirkung nur für den betreffenden Mitgliedstaat durch dessen nationales Strafrecht mittelbar verschärft, was im Widerspruch zum von der MAR verfolgten Ziel der Vollharmonisierung stünde und somit unionsrechtswidrig wäre.[44] Es stellt sich mithin die Frage, ob Marktmanipulation durch Unterlassen nach der MAR erlaubt oder verboten ist, denn nur in letzterem Fall ist auch eine Strafbarkeit der Marktmanipulation wegen Unterlassens nach § 119 Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 2 Nr. 3 bzw. Abs. 15 Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 15, 12 MAR i.V.m. § 13 StGB denkbar.

41 Vgl. *Böse* (Fn. 40), S. 602.

42 Verordnung 596/2014/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. EU 2014 L 173/1.

43 S. auch den Hinweis auf dieses Beispiel bei *Böse* (Fn. 40), S. 602.

44 S. etwa *Wegner/Ladwig*, JuS-Extra 2020, 9; *Böse*, wistra 2018, 22 (23).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Da sowohl Art. 5 Abs. 2 der Marktmissbrauchsrichtlinie (CRIM-MAD),[45] die den Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs. 1 die Kriminalisierung jedenfalls der schwersten Fälle vorsätzlicher Marktmanipulation aufgibt, als auch Art. 12 Abs. 1 der MAR selbst für die Bestimmung des Begriffs der Marktmanipulation im Sinne des jeweiligen Rechtsaktes nur auf aktive Handlungen Bezug nehmen, treffen beide Rechtsakte über Marktmanipulation durch Unterlassen keine unmittelbaren Aussagen. Ein Teil der Literatur schlussfolgert daraus, dass Marktmanipulation durch Unterlassen nach Unionsrecht nicht verboten sei und deshalb auch von den Mitgliedstaaten nicht über den Umweg des Strafrechts als verbotenes Verhalten eingestuft werden dürfe.[46] Andere halten dagegen die Begründung einer Strafbarkeit wegen Marktmanipulation durch Unterlassen über § 13 StGB für zulässig, soweit das Unionsrecht an anderer Stelle entsprechende kapitalmarktrechtliche Offenlegungspflichten begründet, deren Nichterfüllung unionsrechtswidriges und gerade kein erlaubtes Verhalten darstellt.[47] Der Unterschied zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht erschöpfe sich dann darin, dass das in einem Unterlassen bestehende Verhalten vom nationalen Recht als Marktmanipulation und vom Unionsrecht als Verstoß gegen Offenlegungspflichten verboten werde.[48] Entscheidend sei aber nicht die Titulierung des verbotenen Verhaltens, sondern allein der Inhalt der Verhaltensnorm.[49]

Vor diesem Hintergrund entpuppt sich der Streit um die Möglichkeit der Verwirklichung des nationalen Marktmanipulationstatbestands durch Unterlassen als Problem der Ermittlung des Inhalts der vom Unionsrecht gesetzten Verhaltensnorm. Als unumstritten hat sich dagegen die dem Streit zugrunde liegende normentheoretisch fundierte Erkenntnis erwiesen, dass die von der MAR als außerstrafrechtlichem vollharmonisierendem Unionsrechtsakt abschließend bestimmten Verhaltensnormen die Obergrenze und die Definition des mindestens unter Strafe zu stellenden Verhaltens durch die CRIM-MAD die Untergrenze dafür festlegen, was das nationale Strafgesetz für strafbar erklären kann bzw. muss. Der normentheoretische Grundsatz, dass das Strafgesetz eine Norm voraussetzt, die mindestens das

45 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. EU 2014 L 173/179.
46 So etwa *Saliger*, WM 2017, 2329 (2333 f.); *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 49.
47 *Böse*, wistra 2018, 22 (23 f.).
48 *Wegner/Ladwig*, JuS-Extra 2020, 9 (10).
49 *Böse*, wistra 2018, 22 (24).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verhalten verbietet, an dessen Vornahme das Strafgesetz die Strafe knüpft, wird damit als Diskussionsgrundlage anerkannt.

2. Strafrechtspolitisches Potential: Abbau nationaler Vorbehalte gegenüber den Strafrechtsharmonisierungskompetenzen der EU

Die normentheoretische Analyse birgt nicht nur das vorstehend aufgezeigte Potential, dogmatische Zusammenhänge und gerade in Mehrebenensystemen auch Kompetenzfragen zu erhellen. Darüber hinaus kann die Normentheorie auch im strafrechtspolitischen Diskurs fruchtbar gemacht werden, um die Akzeptanz von Unionskompetenzen im Bereich des Strafrechts zu erhöhen und den Strafrechtsharmonisierungsprozess damit voranzutreiben.

a) Vorbehalte gegenüber den Strafrechtsharmonisierungskompetenzen der EU

Weil Strafrecht und Strafgewalt als zentrale Elemente souveräner Staatlichkeit, nationaler Identität und Kultur empfunden werden, wird die Kompetenz der EU zur Angleichung des mitgliedstaatlichen Strafrechts teils vehement kritisiert und ihre Legitimation in Zweifel gezogen.[50] Diese Bedenken betreffen in besonderer Weise die strafrechtliche Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV, die eine Angleichung des Strafrechts in bereits harmonisierten Politikbereichen ermöglicht. Sie ist damit zum einen in ihrer Reichweite von den in Bezug genommenen Primärnormen abhängig und dementsprechend nach der Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts potentiell uferlos.[51] Zum anderen steht sie unter dem Verdacht, nur Mittel zur Durchsetzung der in anderen Bereichen verfolgten politischen Ziele und damit ein bloßes Instrument zur Effektivierung der internationalen Zusammenarbeit zu sein.[52] Diese Vorbehalte äußerte das Bundesverfassungsgericht sehr deutlich im Lissabon-Urteil, in dem es insbesondere Art. 83 Abs. 2 AEUV an der Grenze zur Verfassungswidrigkeit verortete.[53]

50 S. hierzu eingehend *Vogel/Eisele* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 16 ff.
51 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).
52 S. BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).
53 S. BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aber auch die Ermächtigung der Union zum Erlass von Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension nach Art. 83 Abs. 1 AEUV stufte das Bundesverfassungsgericht jedenfalls dann als besonders kritisch für die demokratische Selbstbestimmung einer Rechtsgemeinschaft ein, wenn diese durch die Mindestvorschriften gehindert werde, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe ihrer eigenen Wertvorstellungen zu entscheiden.[54]

Grundlage dieser deutlichen Vorbehalte des Bundesverfassungsgerichts gegenüber den Strafrechtsharmonisierungskompetenzen der EU ist die kultur- und gesellschaftspolitische Verankerung des Strafrechts[55] und seine prägende Wirkung für die nationale Identität.[56] In „welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle" einsetze, sei eine „grundlegende Entscheidung". Diese sei grundsätzlich vom nationalen demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu treffen, weil sich eine Rechtsgemeinschaft „durch das Strafrecht einen in ihren Werten verankerten Verhaltenskodex" gebe, „dessen Verletzung nach der geteilten Rechtsüberzeugung als so schwerwiegend und unerträglich für das Zusammenleben in der Gemeinschaft gewertet wird, dass sie Strafe erforderlich macht".[57] Die vertraglichen Grundlagen für strafrechtliche Kompetenzen der EU seien angesichts dieser „besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen" eng auszulegen und besonders zu rechtfertigen.[58]

b) Normentheoretischer Dualismus und die Auswahlfunktion des Strafgesetzes

Die im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts hervorgehobene große Bedeutung des Strafrechts für die demokratische Selbstbestimmung einer Rechtsgemeinschaft wird durch eine normentheoretische Rechtsstrukturanalyse in keiner Weise in Frage gestellt. Zu hinterfragen ist aus normentheoretischer Perspektive aber die *einseitige* Fokussierung des Bun-

54 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).
55 S. *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 7.
56 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2274).
57 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).
58 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

desverfassungsgerichts auf das Strafrecht als die nationale Identität spezifisch prägende, kultur- und gesellschaftsabhängige Materie mit daraus folgendem speziellem Souveränitätsbezug. Zum normentheoretischen Dualismus steht eine solch einseitige Wertung in einem Spannungsverhältnis, weil das Strafgesetz aus normentheoretischer Perspektive nie alleine steht, sondern vielmehr eine Verhaltensnorm voraussetzt,[59] die ihm begrifflich notwendig vorausgeht.[60] Im Kontext europäischer Normsetzung geht die Verhaltensnorm dem Strafgesetz aus kompetenzrechtlichen Gründen zudem auch notwendig zeitlich voraus.[61] Zwar kann der nationale Gesetzgeber, der gleichermaßen über die Kompetenz zur Setzung der Verhaltensnorm als auch des Strafgesetzes verfügt, auch erst durch das Strafgesetz ein Verbot aufstellen und damit eine Verhaltensnorm statuieren.[62] Der europäische Gesetzgeber verfügt dagegen nach derzeitiger Rechtslage jedenfalls über keine umfassende unmittelbare Strafgesetzgebungskompetenz[63] und kann mithin schon im Ausgangspunkt nicht erst durch ein Strafgesetz eine Verhaltensnorm schaffen. Vielmehr kann er selbst nur europäische Verhaltensnormen aufstellen, die im Fall der Vollharmonisierung in den Mitgliedstaaten vollumfänglich verbindlich sind und im Fall der Mindestharmonisierung einheitlich geltende Mindestverhaltensanforderungen festlegen, und sodann für die Ausgestaltung der zu diesen europäischen Verhaltens- bzw. Mindestverhaltensnormen bzw. zu den in ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Verhaltensnormen akzessorischen nationalen Strafgesetze Mindestvorgaben machen. Wie gesehen[64] erfolgt die Setzung der europäischen Verhaltens- bzw. Mindestverhaltensnormen in den Konstellationen des Art. 83 Abs. 2 AEUV explizit auf der Grundlage außerstrafrechtlicher Harmonisierungskompetenzen. In den Konstellationen des Art. 83 Abs. 1 AEUV können europäische Mindestverhaltensnormen dagegen normlogisch auch implizit durch die auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützten strafrechtlichen Mindestharmonisierungsmaßnahmen aufgestellt werden, die angesichts der Begrenzung der Kompetenz auf die in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV aufgeführten etablierten Bereiche besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension aber ganz regelmäßig in

59 S. *Binding* (Fn. 1), S. 56.
60 S. *Binding* (Fn. 1), S. 4.
61 *Binding* (Fn. 1), S. 4, formuliert generell, dass die Norm dem Strafgesetz zeitlich vorgelagert ist.
62 S. *Herzberg*, GA 2016, 737 (746 ff.).
63 S.o. I. 2. a).
64 S.o. I. 2. b).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Mitgliedstaaten bereits statuierte entsprechende Verhaltensnormen aufgreifen werden. Die Formulierung der Mindestvorgaben für die zu diesen europäischen Verhaltens- und Mindestverhaltensnormen und den sie umsetzenden nationalen Verhaltensnormen akzessorischen nationalen Strafgesetze erfolgt sodann auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AEUV. Danach kann der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten durch Richtlinien vorgeben, mindestens bestimmte Zuwiderhandlungen gegen die von ihm statuierten europäischen Verhaltens- und Mindestverhaltensnormen unter Strafe zu stellen. Aus kompetenzrechtlichen Gründen muss im EU-Normsetzungsgefüge deshalb erst die rechtswidrige bzw. mindestens rechtswidrige Handlung durch die europäische Verhaltens- oder Mindestverhaltensnorm geschaffen werden,[65] wobei die in Verordnungen enthaltenen Verhaltensnormen unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten und damit notwendig vollharmonisiert sind und die in Richtlinien enthaltenen europäischen Verhaltens- bzw. Mindestverhaltensnormen noch der Umsetzung in nationale Gesetze bedürfen, die im Fall der Vollharmonisierung der europäischen Verhaltensnorm vollständig entsprechen müssen und im Fall der Mindestharmonisierung über sie hinausgehende Anforderungen aufstellen und damit mehr Handlungen als rechtswidrig qualifizieren können, als es die europäische Mindestverhaltensnorm verlangt. Erst anschließend kann anknüpfend an die vollständig oder im Mindestmaß europäisch definierte rechtswidrige Handlung unter Berücksichtigung der diesbezüglichen europäischen Mindestvorgaben durch ein nationales Strafgesetz die verbrecherische im Sinne der *strafbaren* rechtswidrigen Handlung geschaffen werden.[66] Zusammenfassend formuliert kommt damit wegen des im EU-Normsetzungsgefüge strukturell notwendigen auch zeitlichen Vorrangs der europäischen Verhaltens- oder Mindestverhaltensnorm vor dem nationalen Strafgesetz dem letzteren eine im Mindestmaß vom europäischen Gesetzgeber und im Übrigen komplementär vom nationalen Gesetzgeber wahrgenommene Auswahlfunktion in dem Sinne zu, dass das Strafgesetz unter den Handlungen, welche die vollständig oder partiell europäisch determinierten Verhaltensnormen als rechtswidrig definieren, diejenigen auswählt, die Strafe erfordern, und nur diese sodann zur Straftat erklärt.[67]

65 S. *Binding* (Fn. 1), S. 56.
66 *Binding* (Fn. 1), S. 55 f.
67 Soweit im nationalen Kontext ein Strafgesetz erst selbst die entsprechende Verhaltensnorm statuiert, erübrigt sich die Auswahlfunktion des Strafgesetzes denknotwendig.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Welche und wie viele der nach den vollständig oder im Mindestmaß europäisch determinierten Verhaltensmaßgaben rechtswidrigen Handlungen durch die nationalen Gesetze für strafbar erklärt werden, ist dabei im Grundsatz variabel. Maximal kann ein nationales Strafgesetz in Umsetzung der Auswahlfunktion alle Verletzungen der vorgelagerten europäischen Verhaltensnorm und somit alle insoweit rechtswidrigen Handlungen als strafbar einstufen und damit in der Terminologie *Bindings* als verbrecherische[68] Handlungen qualifizieren. Eine Verhaltensnorm kann aber auch insgesamt als nicht derart gewichtig eingestuft werden, dass keine ihrer Verletzungen als strafwürdig betrachtet und mit einer Strafdrohung verknüpft wird. Wird nur ein Teil der die Verhaltensnorm verletzenden und damit rechtswidrigen Verhaltensweisen für so schwerwiegend gehalten, dass Strafe erforderlich ist, wird dementsprechend auch nur dieser Teil der nach den europäischen Vorgaben rechtswidrigen bzw. im Fall der Mindestharmonisierung jedenfalls rechtswidrigen Handlungen national für strafbar erklärt.

Exemplifizieren lässt sich diese normentheoretisch fundierte, im europäischen Kontext ausnahmslos[69] gegebene und komplementär durch den europäischen und den nationalen Gesetzgeber wahrgenommene Auswahlfunktion des Strafgesetzes wiederum anhand des Marktmissbrauchsrechts. Während Art. 12 MAR den Begriff der Marktmanipulation für die Zwecke der MAR und damit auch im Sinne des in Art. 15 MAR aufgestellten Verbotes der Marktmanipulation und ihres Versuchs definiert, verpflichtet Art. 5 Abs. 1 CRIM-MAD die Mitgliedstaaten akzessorisch dazu, zumindest schwere Fälle vorsätzlicher Marktmanipulation unter Strafe zu stellen. Dazu definiert Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD den Begriff der Marktmanipulation für die Zwecke der CRIM-MAD nicht durch einen bloßen Verweis auf die Begriffsbestimmung in Art. 12 MAR, sondern vielmehr eigenständig und enger; insbesondere fordert Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD eine tatsächliche Preisbeeinflussung, während Art. 12 Abs. 1 MAR eine diesbezügliche Wahrscheinlichkeit genügen lässt.[70] Konsequenz ist, dass nicht alle Fälle der nach der MAR verbotenen Marktmanipulation von den nationalen Strafgesetzen erfasst werden müssen, sondern nur die in Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD beschriebenen, die der Unionsgesetzgeber selbst als so schwerwiegend einstuft, dass sie jedenfalls Strafe erfordern. Soweit die MAR ein Verhalten

68 *Binding* (Fn. 1), S. 55 f.

69 Vgl. hierzu nochmals Fn. 81.

70 *Worms,* Verbot der Marktmanipulation, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für rechtswidrig erklärt, bleibt es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, über die Definition der Marktmanipulation für die Zwecke der CRIM-MAD in Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD hinaus weitere, von Art. 5 Abs. 2 CRIM-MAD nicht erfasste Verstöße gegen die durch die MAR etablierten Verhaltensnormen als strafwürdig einzustufen, sie dementsprechend in nationalen Gesetzen mit Strafe zu bewehren und damit die ihm verbleibende Kompetenz zur Auswahl der über die europäischen Mindestvorgaben[71] hinaus nach seiner Auffassung strafwürdigen unter den im Sinne der MAR rechtswidrigen Handlungen auszuüben.

Das Beispiel verdeutlicht die im europäischen Kontext kompetenzrechtlich zwingende Beschränkung des nationalen Strafgesetzes auf die vom europäischen und nationalen Gesetzgeber komplementär umgesetzte Funktion, die strafwürdigen unter den – im Fall der vollharmonisierenden MAR allein und im Fall von Mindestharmonisierungsmaßnahmen im Mindestmaß – bereits durch den Unionsgesetzgeber festgelegten rechtswidrigen Verhaltensweisen auszuwählen. In diesem Sinne kommt dem Strafgesetz im europäischen Kontext eine gegenüber der Verhaltensnorm notwendig sekundäre Stellung zu.

c) Spiegelung und Kaschierung des normentheoretischen Dualismus im Lissabon-Urteil

Der normentheoretische Dualismus drückt sich im Normsetzungsgefüge der EU nach dem Vorstehenden in der Kombination einer vollständig oder im Mindestmaß europäisch determinierten Verhaltensnorm mit einem ihr nachfolgenden und zu ihr akzessorischen sekundären nationalen Strafgesetz aus, das auf der Grundlage des Prinzips der Mindestharmonisierung diejenigen Zuwiderhandlungen gegen die Verhaltensnorm mit Strafe bedroht, die der europäische Gesetzgeber als mindestens und der nationale Gesetzgeber darüber hinaus als strafwürdig qualifiziert.

Im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts findet dieser Dualismus durchaus einen Niederschlag. So folgt das Bundesverfassungsgericht im Ansatz normentheoretischen Grundsätzen, da es das Strafrecht generell als „unverzichtbares Element zur Sicherung der Unverbrüchlichkeit [der]

71 Zum nur mindest- und nicht vollharmonisierenden Charakter der CRIM-MAD s. *Wegner/Ladwig*, JuS-Extra 2020, 9 (9).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsordnung" einstuft[72] und seine Funktion anerkennt, außerstrafrechtliche Normen dem Einzelnen gegenüber durchzusetzen.[73] In diesen Formulierungen scheint die Anerkennung einer dem Strafrecht jedenfalls begrifflich vorgelagerten Verhaltensrechtsordnung durch, sodass vor diesem Hintergrund auch die Hervorhebung der Bedeutung der „Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen (…) gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle" eingesetzt werde,[74] als Bezugnahme auf die Funktion des Strafgesetzes zur Auswahl der spezifisch strafwürdigen unter den vorgelagert bereits als rechtswidrig qualifizierten Handlungen verstanden werden kann. Diese Auswahl wird als für ein politisches Gemeinwesen „grundlegende Entscheidung" qualifiziert, die grundsätzlich vom nationalen Gesetzgeber zu treffen sei.[75] Im durch den Vertrag von Lissabon etablierten europäischen Normsetzungsprozess sieht das Bundesverfassungsgericht diese Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers für die Auswahl der strafwürdigen unter den rechtswidrigen Handlungen insofern nachvollziehbar als bedroht an, als dass zwar formal das Strafgesetz, durch das diese Auswahl getroffen wird, rein national bleibt, sein Inhalt aber im Mindestmaß europäisch determiniert ist.

Den normentheoretischen Dualismus und die mit ihm einhergehende Auswahlfunktion des Strafgesetzes spiegelt das Lissabon-Urteil insoweit durchaus zutreffend. Jedoch wird dieser im Grundsatz dualistische, zwischen Strafrecht und außerstrafrechtlicher Verhaltensrechtsordnung bzw. zwischen Strafgesetz und außerstrafrechtlicher Verhaltensnorm differenzierende Ansatz auch stellenweise kaschiert, was eine einseitige Überbetonung der für eine nationale Rechtsgemeinschaft identitätsgebenden Funktion gerade des Strafrechts bedingt, der gegenüber die nicht minder identitätsstiftende Funktion der jedenfalls begrifflich und im europäischen Kontext auch zeitlich notwendig vorgelagerten Verhaltensnormen in den Hintergrund gedrängt wird.[76] Besonders missverständlich ist insoweit die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, dass sich eine Rechtsgemeinschaft

72 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

73 Vgl. spezifisch zur Durchsetzungsfunktion des Strafrechts hinsichtlich völkerrechtlicher Normen BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287 f.): „So kann es geboten sein, bestimmte Handlungen auch zu dem Zweck unter Strafe zu stellen, wesentliche Normen des allgemeinen Völkerrechts gegenüber dem Einzelnen durchzusetzen".

74 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

75 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

76 S. dazu sogleich II.2.d).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„*durch das Strafrecht* einen in ihren Werten verankerten *Verhaltenskodex*" gebe [Hervorhebungen durch die Verfasserin], „dessen Verletzung nach der geteilten Rechtsüberzeugung als so schwerwiegend und unerträglich für das Zusammenleben in der Gemeinschaft gewertet wird, dass sie Strafe erforderlich macht".[77] Zwar kann – wie dargelegt – der nationale Strafgesetzgeber auch erst durch das Strafgesetz ein nicht zuvor schon außerstrafrechtlich statuiertes Verbot aufstellen und damit eine Verhaltensnorm schaffen.[78] Der *Gesamt*verhaltens*kodex*, der die in einer bestimmten Gesellschaft erlaubten und rechtswidrigen Handlungen definiert, wird jedoch auch im nationalen Bereich jedenfalls nicht umfassend durch das Strafrecht, sondern vielmehr weit überwiegend von außerstrafrechtlichen Normen festgelegt oder lässt sich jedenfalls bereits aus diesen ableiten.[79] Im europäischen Kontext, um den es im Lissabon-Urteil geht, kann dagegen – wie ebenfalls dargelegt[80] – nicht nur der Gesamtverhaltenskodex, sondern auch die einzelne Verhaltensnorm schon im Ausgangspunkt nicht durch das Strafrecht als solches begründet werden, weil dem europäischen Gesetzgeber eine direkte Strafrechtssetzungskompetenz noch weitgehend fehlt.[81] Möglich ist es allein in den Konstellationen des Art. 83 Abs. 1 AEUV, europäische Mindestverhaltensnormen implizit durch die Formulierung europäischer Mindeststrafbarkeitsvoraussetzungen in den von Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV erfassten Kriminalitätsbereichen aufzustellen. Im Übrigen schaffen strafrechtliche Rechtsakte im europäischen Normsetzungsgefüge und in jedem Fall in den Konstellationen des besonders kritisch beäugten Art. 83 Abs. 2 AEUV nicht selbst die Verhaltensnorm und damit auch keinen Verhaltenskodex. Dem nationalen Strafgesetz als solchem liegt hier vielmehr eine vorab durch eine Verordnung statuierte europäische Verhaltensnorm bzw. eine in Umsetzung einer europäischen Richtlinie in ein nationales Gesetz gegossene, vollständig oder im Mindestmaß europäisch determinierte Verhaltensnorm zugrunde, an deren Verletzung das nationale Strafgesetz sodann akzessorisch Strafe knüpft, soweit die Verhaltensnorm vom europäischen Gesetzgeber und ggf. in darüber hinausgehendem Maß vom nationalen Gesetzgeber als so gewichtig und ihre Verletzung als so schwerwiegend gewertet wird, dass sie Strafe als *ultima ratio* erforderlich

77 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).
78 S.o. II. 2. b); s. nochmals *Herzberg*, GA 2016, 737 (746 ff.).
79 Exemplarisch zur Begründbarkeit der das Töten grundsätzlich verbietenden Verhaltensnorm außerhalb des StGB *Herzberg*, GA 2016, 737 (747).
80 S.o. II. 2. b).
81 S. nochmals *Satzger* (Fn. 18), § 8 Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

macht. In diesem Sinne „gibt" sich eine Rechtsgemeinschaft durch das Strafrecht keinen in ihren Werten verankerten Kern-Verhaltenskodex, sondern wählt vielmehr aus einem schon vorab im komplementären Zusammenwirken von nationalem und europäischen Gesetzgeber geschaffenen Gesamtverhaltenskodex diejenigen Verhaltensnormen aus, die als elementarer Kernbestand der Ordnung gesellschaftlichen Zusammenlebens bei Strafe gesichert werden müssen. Der Kern-Verhaltenskodex wird durch das Strafrecht damit nicht geschaffen, sondern nur umgrenzt.

d) Dualistisch-normentheoretische Reflexion aus rechtspolitischer Perspektive

Rechtspolitisch kann diese normentheoretisch fundierte Erläuterung des strafrechtsrelevanten Normsetzungsprozesses im Unionskontext von großer Bedeutung sein. Kaschiert man nämlich nicht, wie es die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts im Lissabon-Urteil stellenweise tun, dass der Verhaltenskodex einer Rechtsgemeinschaft als solcher insbesondere im europäischen Kontext ganz überwiegend[82] nicht durch strafrechtliche, sondern außerstrafrechtliche Rechtsakte festgelegt wird, rückt dies die Bedeutung des Strafrechts für die Prägung nationaler Identitäten ins rechte Licht. Eine normentheoretisch fundierte dualistische Lesart bringt nämlich klar zum Ausdruck, dass sich die Funktion des Strafgesetzes jedenfalls im Unionskontext darauf beschränkt, aus den bereits statuierten, zumindest im Mindestmaß europäisch determinierten Verhaltensnormen diejenigen auszuwählen, deren Verletzung nicht nur normwidriges Verhalten, sondern strafwürdiges Unrecht darstellt. Auch macht sie deutlich, dass diese Auswahl nur insoweit vom europäischen Gesetzgeber getroffen wird, als es um die Festlegung der mindestens strafbaren unter den normwidrigen Verhaltensweisen geht, im Übrigen aber den Mitgliedstaaten obliegt.

Da die Verhaltensnormen als solche die Grundlage einer Gesellschaft bilden und ihre Identität in diesem Sinne grundlegend formen, muss auch ihnen eine substanziell identitätsstiftende Wirkung zugesprochen werden, die der ebenfalls identitätsstiftenden Wirkung der Strafgesetze, welche die

82 Die Ausnahme bilden die jedenfalls theoretisch möglichen Konstellationen des Art. 83 Abs. 1 AEUV, in denen eine strafrechtliche europäische Mindestharmonisierungsmaßnahme implizit eine europäische Mindestverhaltensnorm begründet, die sich nicht auf einen gemeinsamen Nenner schon vorab existenter nationaler Verhaltensnormen beschränkt, sondern jedenfalls für einige Mitgliedstaaten darüber hinausgeht – eine rechtspolitisch heikle Konstellation.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für das Zusammenleben in einer Rechtsgemeinschaft elementarsten Verhaltensnormen herausgreifen und so den Identitätskern dieser Gemeinschaft bestimmen und schützen, in ihrer Bedeutung in keiner Weise nachsteht. Weil nun im europäischen Normsetzungsgefüge die identitätsschaffenden Verhaltensnormen ganz regelmäßig außerstrafrechtlich statuiert werden und die Auswahl des Kernbestands dieser außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen, dessen Verletzung Strafe erfordert, allenfalls im Mindestmaß europäisch determiniert wird, ist zum einen die identitätsstiftende Funktion des Strafrechts der identitätsstiftenden Funktion der Verhaltensnormen nachgelagert und zum anderen die ebenfalls identitätsstiftende Auswahl des Kernbestands durchzusetzender Verhaltensnormen nur im Mindestmaß, aber nie vollständig dem europäischen Gesetzgeber überantwortet. Identitätsstiftende Rechtssetzung erfolgt damit im Hinblick auf die Verhaltensnormen ganz regelmäßig außerstrafrechtlich national, europäisch oder gemischt national-europäisch und im Hinblick auf die Auswahlfunktion des Strafgesetzes angesichts der in Art. 83 AEUV festgeschriebenen Beschränkung der strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz auf den Erlass von Mindestvorschriften jedenfalls nie allein, sondern allenfalls im Mindestmaß durch die EU. Identitätssensibel ist also nicht nur die strafrechtliche Mindestharmonisierungskompetenz der EU, sondern schon die ihr vorgelagerte außerstrafrechtliche Harmonisierungskompetenz in gesellschaftliche Identitäten prägenden Kernbereichen, die ggf. auch in einer Vollharmonisierungskompetenz bestehen kann und deren Ergebnisse die Strafgesetze nur aufgreifen.

Zu betonen ist nochmals, dass hiermit keinesfalls die elementare Bedeutung der Strafgesetze für das kulturelle Selbstverständnis jeder demokratischen Gemeinschaft in Abrede gestellt werden soll. Strafrechtspflege und Strafgesetzgebung sind in besonderem Maß kulturell geprägt und von nationalen Identitäten abhängig. Denn die vom Strafgesetz zu beantwortende Frage, die Verletzung welcher Verhaltensnormen unter welchen Voraussetzungen als derart verwerflich anzusehen ist, dass sie Strafe verdient, beinhaltet „die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“,[83] das die jeweilige Gemeinschaft für ein geordnetes Zusammenleben als unerlässlich betrachtet. Die mit dieser Entscheidung verbundenen Fragen, welche Rolle der Strafe im sozialen Gesamtgefüge beigemessen wird und wie punitiv sie zu sein hat, um ihre Zwecke

83 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2288).

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

optimal zu erreichen, sind ebenfalls von den jeweiligen gesellschaftlichen Wertvorstellungen und Traditionen abhängig und geprägt. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts ist „die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung" „in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet"[84] und die „Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt" dementsprechend eine „grundlegende".[85]

Dem ist einschränkungslos zuzustimmen. Nur wird die Frage, welche Verhaltensweisen geboten und verboten sind, jedenfalls im europäischen Kontext bereits vorab und grundsätzlich strafrechtsunabhängig beantwortet, ist aber ebenso identitätssensibel und -prägend wie die vom Strafgesetz getroffene Auswahl der strafwürdigen unter den vorgelagert als verboten qualifizierten Verhaltensweisen.

Eindrücklich exemplifizieren lässt sich die identitätsprägende Bedeutung schon der Verhaltensnorm am Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs. Von kulturellen Wertvorstellungen abhängig ist nämlich zunächst die grundlegende Entscheidung darüber, ob der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich erlaubt oder verboten ist. Nur wenn die jeweilige Gesellschaft das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs überhaupt aufstellt, stellt sich nachgelagert die Frage, ob die Verletzung dieses Verbotes nur rechtswidrig oder auch strafbar ist. Auch in der Beantwortung dieser nachgelagerten Frage kommen nationale Wertvorstellungen zum Ausdruck. Ihren grundsätzlichen Niederschlag haben sie aber bereits in der Verbotsnorm gefunden, von der das Strafrecht abhängig ist. Illustrativ sind hierfür die Entwicklungen in Irland, wo die Verfassung bis 2018 dem Lebensrecht des Ungeborenen den gleichen Stellenwert einräumte wie dem Leben der Mutter. Daraus folgte das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs, das wiederum Grundlage für dessen grundsätzliche Strafbarkeit war. Die infolge eines Referendums 2018 vorgenommene Ergänzung der Verfassung dahingehend, dass der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch regeln könne,[86] und die damit einhergehende Erlaubnis des Schwangerschaftsab-

84 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2274).

85 BVerfGE 123, 267 = BVerfG NJW 2009, 2267 (2287).

86 Art. 40.3.3 Irische Verfassung: „Provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy".

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bruchs in den in der Folge gesetzlich vorgesehenen Fällen[87] hatte notwendig die Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in diesen Fällen zur Folge.[88] Die für die kulturelle Identität tatsächlich hochsensible Problematik des Schwangerschaftsabbruchs wurde damit im Grundsatz außerstrafrechtlich geklärt, während das Strafgesetz die außerstrafrechtlich getroffene Entscheidung durch die Änderung der Tatbestandsvoraussetzungen des Straftatbestandes des Schwangerschaftsabbruchs nur aufgegriffen und nachvollzogen hat.

Speziell und einseitig auf die *Strafrechts*harmonisierungskompetenz der EU bezogene Ängste vor einer nationale Identitäten letztlich nivellierenden Kompetenzausstattung der EU erweisen sich vor diesem Hintergrund als undifferenziert. Die Sorge um einen Verlust an nationaler Identität speziell durch die Ausweitung *strafrechtlicher* Harmonisierungskompetenzen der Union darf damit schwinden. Vielmehr halten die aus der normentheoretisch fundierten Reflexion des strafrechtsrelevanten Normsetzungsprozesses in der EU gewonnenen Einsichten zu einer besonders sorgfältigen Überprüfung der Legitimität der Übertragung und Anwendung von Harmonisierungskompetenzen auch in außerstrafrechtlichen Politikbereichen an. Das Strafrecht hat sich nämlich im europäischen Kontext als akzessorische Materie zu bereits als solchen kulturell geprägten und gesellschaftsspezifischen primären Verhaltensnormen erwiesen. Es trifft eine ebenfalls kulturell geprägte und gesellschaftsspezifische Auswahl der strafwürdigen unter den rechtswidrigen Verhaltensweisen und bestimmt damit die nationale Identität entscheidend mit. Alleine und primär bestimmt das Strafrecht nationale Identitäten jedoch nicht. Diese Erkenntnis rückt die souveränitätssensible Dimension des Strafrechts ins rechte Licht, kann den Abbau der Vorbehalte speziell gegenüber den strafrechtlichen Harmonisierungskompetenzen der EU damit befördern und in der Folge letztlich als Katalysator der Strafrechtsharmonisierung in rechtspolitischer Hinsicht wirken.

87 S. den *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act* 2018.
88 S. zum Ganzen *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Potential für den internationalen Wissenschaftsdiskurs: Die Normentheorie als rechtsordnungsübergreifende Verständigungsgrundlage

Schließlich kann die Normentheorie auch deshalb die strafrechtliche Harmonisierung befördern, weil sie als analytisches Strukturprinzip rechtsordnungsübergreifend Gültigkeit beansprucht und den Mitgliedstaaten somit bei der inhaltlichen Gestaltung der Harmonisierungsvorgaben als gemeinsame Verständigungsgrundlage dienen kann. Die Erkenntnis dieses bedeutenden Potentials der Normentheorie ist keineswegs neu. Sie wird bereits intensiv genutzt[89] und wurde klar herausgearbeitet. Deshalb sei hier nur auf die treffenden Ausführungen *Renzikowskis* verwiesen, der herausgestellt hat, dass die normentheoretische Analyse nicht von den Zufälligkeiten des positiven nationalen Rechts abhängt. Deshalb ermögliche die Normentheorie die „Verständigung im internationalen Strafrechtsdiskurs jenseits nationaler Besonderheiten" und könne als „Grundlage für eine universale Strafrechtsdogmatik" fungieren.[90]

Im Hinblick auf die hier in Rede stehende Strafrechtsharmonisierung in der EU könnte die Normentheorie in ihrer Funktion als „universale Strafrechtsdogmatik" in besonderer Weise für die Harmonisierung des Allgemeinen Teils fruchtbar gemacht werden, der grundlegende, rechtsordnungsübergreifend relevante Konzepte beschreibt. Zwar finden sich Ansätze zur Entwicklung eines solchen harmonisierten Allgemeinen Teils bereits in den bisherigen strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen, die regelmäßig auch Vorgaben zu mit allgemeiner Geltung für die einzelnen harmonisierten Straftatbestände geregelten Fragen des Allgemeinen Teils enthalten.[91] Insbesondere werden Regelungen zur Anstiftung, zur Beihilfe, zur Versuchsstrafbarkeit und zur Verantwortlichkeit juristischer Personen

89 Die Zusammenarbeit im Rahmen des international besetzten Arbeitskreises Normentheorie ist hierfür ein eindrückliches Beispiel.

90 *Renzikowski* (Fn. 2), S. 18.

91 Für eine Bestandsaufnahme zur Regelung von Fragen des Allgemeinen Teils im heutigen Unionsrecht s. Stuckenberg, Allgemeiner Teil eines Europäischen Strafrechts, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 10 Rn. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufgestellt.[92] Allerdings beschränken sich diese Vorgaben jedenfalls[93] im Hinblick auf Teilnahme und Versuch auf die bloße Anordnung, dass jeder Mitgliedstaat sicherzustellen habe, dass Anstiftung und Beihilfe zu bzw. der Versuch der harmonisierten Straftaten unter Strafe gestellt werden. Was unter Anstiftung, Beihilfe und Versuch im Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie zu verstehen ist, regeln die Harmonisierungsrechtsakte dagegen nicht, sodass jeder Mitgliedstaat die Begriffe der jeweiligen nationalen Rechtsordnung entsprechend ausfüllt und das jeweilige nationale Konzept der Teilnahme- und Versuchsstrafbarkeit anwendet. Von einer echten, über begriffliche Symbolik hinausgehenden Harmonisierung kann insoweit noch nicht die Rede sein.[94]

Ändern könnte dies eine Mindestharmonisierung der Regelungen des Allgemeinen Teils in einer auf Art. 83 AEUV gestützten Rahmenrichtlinie, die auf die auf der Grundlage von Art. 83 AEUV erlassenen Richtlinien anwendbar wäre und damit bereichsspezifisch gelten würde.[95] Um Inkohärenzen mit den daneben für nicht harmonisierte Straftatbestände geltenden nationalen Allgemeinen Teilen zu vermeiden,[96] wäre diese Richtlinie jedoch mit größtem Bedacht zu formulieren. Hierzu dürfte gerade die Normentheorie einen Beitrag leisten können. Denn zum einen haben Forschungsarbeiten bereits deutlich gezeigt, dass eine rationale Konstruktion eines Allgemeinen Teils auf der Grundlage normentheoretischer Prinzipien in überzeugender Weise möglich ist.[97] Zum anderen spricht gerade die Neutralität der Normentheorie gegenüber den Spezifika einzelner Rechtsordnungen dafür, dass die auf ihrer Grundlage entwickelten Mindeststandards

92 S. die Schlussfolgerungen des Rates über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Verhandlungen des Rates im Bereich des Strafrechts, Ratsdok. 16542/09.

93 Zu vereinzelten konkreten Regelungen zu Fragen des Allgemeinen Teils in EU-Richtlinien s. *Satzger*, ZIS 2006, 771 (775).

94 *Satzger*, ZIS 2006, 771 (773 ff.); *Satzger* (Fn. 18), § 9 Rn. 50.

95 S. hierzu ausführlich *Satzger*, ZIS 2016, 771 (773 ff.); *ders.* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 42; *ders.* (Fn. 18), § 9 Rn. 50; s. *ECPI* (Fn. 26), S. 667 (700 f.); *Vogel/Eisele* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 36, 36a.

96 S. nur *Satzger* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 42; *Vogel/Eisele* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 28. Ergänzungslieferung, Januar 2023, Art. 83 AEUV Rn. 36.

97 S. *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 3. Aufl. 2019; für eine normentheoretische Konstruktion insbes. von Fragen der Beteiligung und der Zurechnungslehre s. die Beiträge in Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, Normentheoretische Betrachtungen, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtsordnungsübergreifend kompatibel und damit auch rechtsordnungsübergreifend akzeptabel wären. Die Normentheorie dürfte insoweit – in den Worten *Renzikowskis* – ein Potential als „Metadogmatik“[98] entfalten und als gemeinsame Sprache der Rechtssysteme fungieren, was die Annäherung des Strafrechts der Mitgliedstaaten sowohl dogmatisch als auch wiederum politisch entscheidend befördern würde.

III. Fazit: Potentiale der Normentheorie für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der EU

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass die vertraglichen Grundlagen für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts und der strafrechtsharmonisierende Rechtsetzungsprozess in der EU ausgehend von der konzeptionellen Unterscheidung zwischen Strafgesetzen und Verhaltensnormen aus normentheoretischer Perspektive reflektiert werden können (I.). Darüber hinaus hat er verdeutlicht, welche Potentiale eine solche normentheoretische Reflexion für die Strafrechtsharmonisierung birgt (II.). Als rationales rechtstheoretisches Erklärungsmuster kann die Normentheorie zum einen dogmatische und strukturelle Zusammenhänge und insbesondere damit verbundene Kompetenzfragen auch im komplexen Mehrebenensystem der EU mit seinen kompetenziellen Verflechtungen erhellen (II.1.). Indem sie verdeutlicht, dass die nationale Identität prägende Wertentscheidungen nicht primär und jedenfalls nicht allein durch das Strafrecht, sondern bereits durch die dem nationalen Strafgesetz begrifflich und jedenfalls im europäischen Normsetzungsgefüge auch zeitlich vorausgehenden Verhaltensnormen getroffen werden, kann sie darüber hinaus die spezifisch auf die *strafrechtlichen* Harmonisierungskompetenzen der EU bezogenen Vorbehalte abbauen (II.2.). Insbesondere kann die Normentheorie als rechtsordnungsübergreifend gültiges Strukturmodell aber auch Grundlage der Verständigung im internationalen Wissenschaftsdiskurs sein und als „Metadogmatik“[99] die gemeinsame Entwicklung rechtsordnungsübergreifend kompatibler Regelungen begünstigen (II.3.). Auch wenn die Normentheorie in einem völlig anderen Kontext entwickelt worden ist, kann sie deshalb auch im modernen Mehrebenensystem der EU als Katalysator dogmatischer und politischer Konsensbildung wirken und in dieser Funktion

98 *Renzikowski* (Fn. 2), S. 18.
99 S. nochmals *Renzikowski* (Fn. 2), S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Strafrechtsharmonisierungsprozess und damit die Europäisierung des Strafrechts als solche maßgeblich befördern.

https://doi.org/10.5771/9783748953029-137 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY