

Nebenstrafrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ., Düsseldorf

Maximilian Lenk: Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht: Zugleich eine konzeptionelle Betrachtung über die Berücksichtigung rechtlicher Rückwirkungsfiktionen im Strafrecht

Berlin: Duncker & Humblot, 2020; (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 292), 319 Seiten, 89,90 Euro

Der Rezensent nahm die unter der Betreuung von *Jörg Eisele* 2019 von der Universität Tübingen angenommene Dissertation zunächst mit einigem Zögern in die Hand. Noch eine Arbeit zur Verwaltungsakzessorietät im Strafrecht? Auch der von ihrem Autor *Matthias Lenk* – derzeit Habilitand an der Universität Tübingen und bereits vor seiner Promotion durch eine Reihe interessanter Abhandlungen (etwa zur Frage des „programmierten Tods“ – Autonomes Fahren und die strafrechtliche Behandlung dilemmatischer Situation, in: M. Wieczorek (Hrg.), *Digitalisierung – Rechtsfragen rund um die digitale Transformation der Gesellschaft*, Göttingen, 2018, S. 1 ff.) positiv in Erscheinung getreten – gewählte sperrige Untertitel verhielt eher eine spröde Lektüre. Zaudern und Sorge des Rezensenten erwiesen sich als unbegründet. Am Ende hatte *François Rabelais* mit seiner vor bald 490 Jahren in „*Gargantua et Pantagruel*“ formulierten Erkenntnis recht: „L'appétit vient en mangeant.“ (Der Appetit kommt beim Essen). *Lenks* gehaltvolle Studie speist sich aus einem tiefen Verständnis nicht nur für die Strafrechtsdogmatik, sondern auch der Konzeptionen und Strukturen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts. Es erlaubt *Lenk*, das auf dem reichbestellten Feld der strafrechtlichen Literatur zur Verwaltungsakzessorietät bislang eher im dogmatischen Schatten vegetierende Pflänzchen der Wirkung verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelfe auf die verwaltungsaktakzessorische Strafbarkeit zur vollen wissenschaftlichen Blüte zu führen. Dass es dieser Studie bedurfte und, um das Ergebnis vorwegzunehmen, sie die Strafrechtswissenschaft ungemein bereichert, ist für den Verwaltungsrechtler

indes alles andere als selbstverständlich: Mit der Rezeption der aus öffentlich-rechtlicher Sicht eher trivialen Erkenntnis, dass erfolgreiche verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe gegen rechtswidrige Verwaltungsakte regelmäßig zu deren rückwirkender Vernichtung führen, tut sich das Strafrecht schwer, weil es auf dem Glaubenssatz beharrt, dass Rückwirkungen für das Strafrecht keine Bedeutung haben und daher Rechtsbehelfe als strafrechtliches Nachtatgeschehen zu behandeln sind, und zwar nach h.M. als irrelevantes.

Lenks Vorverständnis der Verwaltungsaktakzessorietät ist in begrüßenswerter Weise von historischen Inkrustationen befreit, die das Strafrecht in seiner Verzahnung mit dem Verwaltungsrecht um seinen Wesensgehalt und seine Eigenständigkeit fürchten ließen, wie dies namentlich bei der Inkorporation des Umweltstrafrechts in das StGB der Fall war (S. 17), aber auch heute noch mit (gescheiterten und scheiternden) Emanzipationsbemühungen geschieht dergestalt, das Strafrecht nicht mehr nur als Teildisziplin des öffentlichen Rechts und das Strafen nicht mehr nur als ultimatives Instrument der staatlichen Eingriffsverwaltung verstehen zu wollen (S. 43). Mit der Klage über die „Unfreiheit des Strafrechts“ (S. 17) hält sich *Lenk* zu Recht nicht auf. Sein – hochgestecktes – Ziel ist die „Entwicklung eines Systems, mit dessen Hilfe sich verwaltungsrechtliche Entscheidungen und Rechtsbehelfe in Voraussetzungen und Rechtsfolgen gesamtbetrachend und auf einer möglichst gleichmäßigen Grundlage in das Strafrecht einordnen lassen“ (S. 18). Der Rezensent stellt seine semantischen Vorbehalte gegen „Gesamtbetrachtungen“ zurück, denn was folgt, ist tatsächlich eine skrupulöse, überaus kundige Untersuchung der Funktionen des Verwaltungsakts und der verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfe im Strafrecht.

Im Rahmen der Eingrenzung seines Untersuchungsgegenstandes (§ 3, S. 21 ff.) resümiert *Lenk* den Forschungsstand zum verwaltungsaktakzessorischen Strafrecht mit großer Präzision und zeigt zugleich in geglückter Verdichtung und Kürze den Variantenreichtum der Verwaltungsakts-Phänomenologie im Strafrecht: von der statusbegründenden Täterqualifikation durch Verwaltungsakt über die Anknüpfung an verhaltenspflichtenbegründende Verwaltungsakte hin zu feststellenden und begünstigenden Verwaltungsakten. Für die weitere Untersuchung fokussiert *Lenk* dann die verwaltungsaktakzessorischen Straftatbestände im engeren Sinne (bei denen sich der Vorsatz auch auf den Verwaltungsakt beziehen muss) in Abgrenzung von solchen Straftatbeständen, bei denen der Verwaltungsakt als objektive Bedingung der Strafbarkeit (§ 54a Abs. 3 KWG) oder als Strafaufhebungsgrund (so in § 331 Abs. 3 2. Var. StGB) fungiert.

Bevor sich *Lenk* im dritten (S. 80 ff.) und vierten Teil (S. 168 ff.) seiner Untersuchung den Kernfragen der rechtlichen Anforderungen an die unrechtsbegründende und unrechtsausschließende Wirkung des Verwaltungsakts und der Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe als strafrechtliches Nachtatgeschehen zuwendet, nimmt er im zweiten Teil die historische Entwicklung des Verwaltungsstrafrechts in den Blick – beginnend mit der Genese des Reichsstrafgesetzbuches über die im aufgeklärten Absolutismus angelegte und sodann im aufkommenden Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts vertiefte Unterscheidung zwischen Kriminalunrecht und dem Verwaltungsrecht zugeordneten Polizeivergehen hin zur frühen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung mit ihrer Zurückhaltung bei der Grenzziehung zwischen dem Kriminal- und dem Ordnungswidrigkeiten-Unrecht. Wenn auch diese historische Exkursion etwas fragil mit einem nicht bestehenden Zusammenhang zum Umweltstrafrecht, in dessen Kontext die Diskussion über das Verwaltungsstrafrecht durch *Heger* revitalisiert wurde, begründet wird (S. 33), überzeugt sie wiederum durch ihre Prägnanz und bereitet den Grund für die Betrachtung von Strafrecht und Verwaltungsrecht als Teilrechtsordnungen des öffentlichen Rechts. Mit hoher Überzeugungskraft zeichnet *Lenk* die bisherigen Bemühungen nach, Konkordanz zwischen Verwaltungs- und Strafrecht herzustellen, und zeigt dabei gesunde Skepsis gegenüber der Instrumentalisierung von Topoi wie dem der „Einheit“ oder „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ (S. 60 ff.). Auch andere Anstrengungen zur Herstellung von Konkordanz beider Teilrechtsordnungen, etwa durch die Verknüpfung von verwaltungsrechtlichen Regelungskonzeptionen (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt versus repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) mit strafrechtlichen Deliktstypen (abstraktes Gefährdungsdelikt im ersten, Verletzungs- oder konkretes Gefährdungsdelikt im zweiten Fall) oder mit dem strafrechtlichen Unwerturteil sieht *Lenk* mit Recht als gescheitert an.

Damit ist der Weg bereitet für *Lenks* eigene Konzeption. Sie beginnt in § 6 mit der Analyse der Fehlerfolgenlehre des Verwaltungsakts und ihren strafrechtlichen Auswirkungen. Die

Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (§ 44 VwVfG) sieht *Lenk* mit der h.L. sowohl bei strafbewehrten Zuwiderhandlungen gegen Verwaltungsakte als auch bei ungenehmigten Handlungen als maßgeblich an. Eine nichtige Genehmigung kann nicht tatbestandsausschließend wirken, einem nichtigen verwaltungsrechtlichen Verbot kann nicht in strafrechtlich relevanter Weise zuwider gehandelt werden, weil es keine Verbindlichkeit entfaltet (§ 84 ff.). Gleiches gilt bei nichtigen feststellenden Verwaltungsakten (etwa dem Vereinsverbot) und für statusbegründende Verwaltungsakte wie der Beamtenernennung. Umgekehrt hat der wirksame begünstigende Verwaltungsakt tatbestandsausschließende Wirkung auch dann, wenn er sich verwaltungsrechtlich als rechtswidrig erweist, wobei *Lenk* eine Ausnahme in denen Fällen akzeptiert, in denen der Gesetzgeber die durch Täuschung, Drohung, Bestechung oder Kollusion erlangte Genehmigung einem Handeln ohne Genehmigung gleichstellt. Außerstrafgesetzliche, insbesondere aus dem materiellen Verwaltungsrecht herrührende Gründe können hingegen keine genuin strafrechtliche Nichtigkeit begründen, andernfalls sie mit dem Bestimmtheitsgebot konfliktierten.

Sehr sorgfältig und präzise arbeitet *Lenk* sodann den strafrechtlich maßgeblichen Zeitpunkt für die Wirksamkeit des Verwaltungsakts heraus (§ 130 ff.) und kritisiert die seit der Leitscheidung BGHSt 23, 86 praktizierte straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Einschränkung der Maßgeblichkeit der verwaltungsrechtlichen Wirksamkeit nach dem Maßstab der „Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts ohne die Möglichkeit hemmender Rechtsbehelfe“ als Flucht vor der „heiklen Frage der Rückwirkung“ (§ 141), die sich durch eine nachträgliche Aufhebung des Verwaltungsakts stelle. *Lenk* plädiert mit guten Gründen gegen eine gesonderte strafrechtliche Konzeption der Verbindlichkeit des Verwaltungsakts, also für eine strenge Verwaltungsaktakzessorietät. Die sich aufdrängende Frage nach der Milderung der scharfen Konsequenzen dieser stringenten Position beantwortet er dann zunächst eher ausweichend mit der Möglichkeit, „im Gegenzug ... nicht strikt auf einer unumkehrbaren Strafdrohung zu beharren“ (§ 150). Konkretere und konsequente Antworten hält *Lenk* dann im vierten Teil seiner Studie (§ 168 ff.) bereit. In seinem zentralen § 9 entfaltet sich die analytische und argumentative Stärke *Lenks*. Wer (wie der Rezensent) seiner Prämisse strenger Verwaltungsaktakzessorietät folgt, nach der die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblich ist, der muss für das Strafrecht Antworten liefern, wenn der Verwaltungsakt ex tunc erlischt, und kann sich nicht auf strafrechtswissenschaftliche Gewissheiten zurückziehen, nach denen dem Nachtatgeschehen mit Blick auf das Rückwirkungsverbot einerseits und Aspekte der Rechtssicherheit und –klarheit andererseits jegliche Bedeutung abzusprechen sei (§ 168). *Lenk* kommt unter Berücksichtigung verwandter Rückwirkungsproblematiken im Zivil- und im Marken- und Patentrecht und aufgrund einer sehr anspruchsvollen Untersuchung der strafrechtlichen Bedeutung des Nachtatgeschehens als Kompensation von Rechtskollisionen zu einem „außerstrafrechtlichen Rückgewährverhältnis“ (§ 214) in Form einer in Art. 19 Abs. 4 GG radiierten strafrechtsspezifischen Extension des Folgenbeseitigungsanspruchs.

Lenk gebührt das Verdienst, den Folgenbeseitigungsanspruch zur soliden dogmatischen Grundlage für die Bewältigung der Rückwirkungsproblematik bei verwaltungsaktakzessorischen Straftatbeständen fortentwickelt zu haben und damit dem selbstgesetzten, völlig überzeugenden Postulat gerecht zu werden, dass diejenige Rechtsordnung, die eine Rückwirkungsfiktion anordnet, auch das Rückgewährverhältnis dominieren und für das Strafrecht maßgeblich sein muss. Darüber hinausgehend gelingt es *Lenk* auch, diese Extension entlang der verwaltungsrechtsdogmatischen Kategorien zu verproben und dabei zu zeigen, dass der Anwendungsbereich einer strafaufhebenden Folgenbeseitigung auf eher wenige Fälle beschränkt bleiben wird, die er prozessual mit der Aussetzung analog § 262 Abs. 2 StPO bis zur verwaltungsbehördlichen oder –gerichtlichen Entscheidung zu bewältigen empfiehlt.

Während es abschließend bei einem Hinweis auf den ebenfalls sehr gelungenen, der Verwaltungsentscheidungsakzessorietät im europäischen und internationalen Kontext gewidmeten fünften Teil der Arbeit (§ 256 ff.) bewenden muss, bleibt am Ende ein eindeutiges Fazit: *Maximilian Lenk* ist ein gleichermaßen große Durchdringung der Verwaltungs- und der Strafrechtsdogmatik ausstrahlendes *opus eximium* gelungen. Weil einerseits der Ruf nach Ausweitung von Strafbarkeit und Schaffung neuer Straftatbestände im politischen Diskurs der Gegenwart so leicht anschlussfähig, um nicht zu sagen: leider so wohlfeil, ist und andererseits die Verwaltungsaktakzessorietät in unserer „regulierten Welt“ in der Strafge-

setzung an Dominanz gewinnt, sollte *Lenks* Studie jene praktische Verbreitung erlangen, die ihrer wissenschaftlichen Bedeutung entspricht.