



Universität Potsdam

Uwe Hellmann | Alexey Rarog (Hrsg.)

Berührungspunkte in der deutschen und russischen Strafrechtswissenschaft

Schriften zum deutschen und russischen Strafrecht
Научные труды в области немецкого и российского уголовного права

ISSN (print)) 2191-088X

ISSN (online) 2191-0898

Herausgegeben von

Prof. Dr. Uwe Hellmann, Universität Potsdam

Prof. Dr. Dr. h. c. (UP) Alexey Rarog,

Moskauer Staatliche Juristische O. E. Kutafin-Universität (Russland)

Dr. Pavel Golovnenkov, Universität Potsdam

Prof. Dr. Gennady Esakov,

Nationale Forschungsuniversität „Hochschule der Wirtschaft“ (Russland)

Band 3

Uwe Hellmann | Alexey Rarog (Hrsg.)

Berührungspunkte in der deutschen und russischen Strafrechtswissenschaft

Уве Хелльманн | Алексей Рарог (отв. ред.)

Немецкая и российская уголовно-правовая наука: точки соприкосновения

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.de> abrufbar.

Übersetzung:

Eugenie Link

Unter der Gesamtreaktion von

Prof. Dr. Uwe Hellmann und Dr. Pavel Golovnenkov

Universitätsverlag Potsdam 2013

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: -2292

E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

ISBN 978-3-86956-260-5

Zugleich online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam

URL <http://pub.ub.uni-potsdam.de/volltexte/2013/6685/>

URN <urn:nbn:de:kobv:517-opus-66857>

<http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-66857>

Vorwort

Der vorliegende 3. Band der „Schriften zum deutschen und russischen Strafrecht“ enthält die Vorträge, die an dem „Internationalen rechtsvergleichenden Runden Tisch zu aktuellen Themen des deutschen und russischen Strafrechts“, der am 18. Dezember 2012 an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam stattgefunden hat, gehalten wurden. Die Beiträge der Wissenschaftler und Praktiker aus Russland und Deutschland decken ein breites Spektrum an Themen ab, die in beiden Ländern von Interesse sind.

In den Band aufgenommen wurden zudem der Festvortrag von Prof. Dr. Alexey Rarog zum Tag der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam am 20. Juni 2012, ein Beitrag von Prof. Dr. Igor Matskevich sowie ein weiterer Aufsatz von Prof. Dr. Alexey Rarog und Dr. Tatiana Nagaeva.

Die Publikation der Beiträge in deutscher und russischer Sprache ermöglicht den Lesern in beiden Ländern die Lektüre in der jeweiligen Muttersprache.

Potsdam, im August 2013

Uwe Hellmann

Предисловие

Настоящий третий том серии „Научные труды в области немецкого и российского уголовного права“ содержит статьи, основывающиеся на выступлениях участников Международного круглого стола, посвященного актуальным проблемам немецкого и российского уголовного права, который был проведен на юридическом факультете Потсдамского университета 18 декабря 2012 года. Статьи ученых и практиков из России и Германии освещают широкий спектр тем, которые вызывают интерес в обеих странах.

Кроме того, в данный том включены: доклад профессора А. И. Рарога, с которым он выступил 20 июня 2012 года на Дне юридического факультета Потсдамского университета, статья профессора И. М. Мацкевича, а также статья профессора А. И. Рарога и Т. И. Нагаевой.

Публикация статей на русском и немецком языках призвана представить читателям в обеих странах возможность ознакомиться с работами на родном языке.

Потсдам, август 2013 года

Уве Хелльманн

Inhalt

Rarog A. И.

Уголовная ответственность должностных лиц по законодательству
Федеративной Республики Германия и Российской Федерации 9

Alexey Rarog

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im deutschen und
russischen Recht 13

Чучаев А. И.

Ответственность за контрабанду 17

Alexander Chuchaeв

Strafbarkeit des Bannbruchs 21

Дубовик О. Л.

О концепции либерализации российского уголовного права в сфере экономики 25

Olga Dubovik

Zur Konzeption der Liberalisierung des russischen Wirtschaftsstrafrechts 31

Иногамова-Хегай Л. В.

Концепция конкуренции уголовно-правовых норм 39

Liudmila Inogamova-Khegay

Zum Rechtsinstitut der Konkurrenzen im Strafrecht 47

Есаков Г. А.

Уголовные проступки в системе российского права 55

Gennady Esakov

Strafbare Übertretungen in der Systematik des russischen Rechts 61

Понятовская Т. Г.

Уголовно-правовая сущность конфискации имущества 67

Tatiana Ponyatovskaya

Wesen und strafrechtliche Bedeutung der Vermögenskonfiskation 71

Rainer Birke

Internationale Abkommen zur Korruptionsbekämpfung, Bestechungsvorschriften des
deutschen sowie des russischen Strafrechts und die Gastfreundschaft 75

Birke R.

Международные конвенции по борьбе с коррупцией, законы о взяточничестве в
немецком и российском уголовном праве и гостеприимство 83

Wolfgang Mitsch

Heranwachsende im deutschen Strafrecht 93

Mitsch W.

Лица молодого возраста в немецком уголовном праве 97

<i>Серебренникова А. В.</i> Уголовно-правовая защита конституционных (основных) прав и свобод человека и гражданина по законодательству Российской Федерации и Германии: общее и особенности	103
<i>Anna Serebrennikova</i> Strafrechtlicher Schutz der Verfassungs- (Grund-) Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers nach der Gesetzgebung der Russischen Föderation und Deutschlands: Gemeinsamkeiten und Unterschiede	115
<i>Georg Küpper</i> Der Täter hinter dem Täter	123
<i>Кюппер Г.</i> Исполнитель за спиной исполнителя	127
<i>Редникова Т. В.</i> Значение совершенствования уголовной политики для охраны биоразнообразия и его компонентов	131
<i>Tatiana Rednikova</i> Weiterentwicklung von Strafrechtspolitik und ihre Bedeutung für den Schutz der biologischen Vielfalt und derer Bestandteile	135
<i>Рарог А. И.</i> Основные направления развития уголовного законодательства Российской Федерации	139
<i>Alexey Rarog</i> Die wichtigsten Entwicklungstendenzen der Strafgesetzgebung der Russischen Föderation	153
<i>Мацкевич И. М.</i> Общественное сознание и преступность	167
<i>Igor Matskevich</i> Gesellschaftliches Bewusstsein und Kriminalität	179
<i>Рарог А. И., Нагаева Т. И.</i> Нападение как вид преступного деяния	191
<i>Alexey Rarog, Tatiana Nagaeva</i> Angriff als Tathandlung im Besonderen Teil des russischen Strafrechts	203

Уголовная ответственность должностных лиц по законодательству Федеративной Республики Германия и Российской Федерации

А. И. Рарог, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Россия

Император Александр I в начале XIX века создал комиссию для кодификации российского законодательства. Комиссию по составлению уголовного уложения возглавил немецкий профессор Л. Г. Якоб, в состав комиссии входили теоретики уголовного права А. Фейербах и Н. Феслер. Написанный под влиянием Баварского уголовного уложения проект Уголовного уложения российской империи впервые содержал раздел об общих положениях уголовного права (понятие преступления, умысел и неосторожность, смягчающие и отягчающие вину обстоятельства, минимальный возраст наступления уголовной ответственности, стадии совершения преступления, соучастие и др.). Работы кодификационной комиссии, в том числе и проект Уголовного уложения, не были реализованы, но тем не менее идеи нашли воплощение в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. Коснулось это и норм об ответственности за должностные преступления.

В Уложении 1845 г. ответственности должностных лиц были посвящены около 500 статей, во многих из которых предусматривалось наказание не только за преступления, но и за дисциплинарные проступки (например, неявка или опоздание на работу, преждевременный уход со службы, неисполнение служащим требований начальства и т. п.). Не говоря о том, что в уголовном законе не должно быть места нормам о должностных проступках, границы между ними и преступлениями в Уложении 1845 г. были весьма неопределенными¹. Поэтому российский законодатель отказался от объединения должностных преступлений и проступков по службе в едином законе и в 1898 г. принял Устав о служебных провинностях, в котором сконцентрировалось большинство служебных проступков.

Существенные изменения в регламентацию уголовной ответственности должностных лиц нашли отражение в Уголовном уложении 1903 г. В главу 37 было включено 50 норм о должностных преступлениях², благодаря чему должностные преступления были отграничены от служебных проступков.

Общим для Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. и Уголовного уложения 1903 г. было то, что все должностные преступления были сосредоточены в рамках одного структурного элемента закона: раздел пятый Уложения 1845 г. (статьи 329–505); глава 37 Уголовного уложения 1903 г. (статьи 636–687). По объекту посягатель-

¹ См.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть Общая. Том 1, Тула, 2001, С. 80

² Из них вступили в силу только 4 (статьи 634, 644, 645 и 652).

ства их можно условно поделить на группы: 1) общие – превышение власти и бездействие власти; 2) преступления в сфере законодательной власти; 3) в сфере исполнительной власти; 4) в сфере судебной власти; 5) в сфере защиты прав и интересов частных лиц; 6) в сфере соблюдения порядка и условий службы³. По такому же пути пошел и германский законодатель.

Раздел 13 Уголовного уложения ФРГ «Должностные преступные деяния» первоначально содержал 27 статей. После исключения некоторых норм и появления новых раздел состоит из 23 статей, причем некоторые из них не содержат самостоятельного состава преступления, а лишь разъясняют смысл терминов (§§ 336, 337), порядка применения наказания (§ 338) или дополнительных последствий (§ 358) либо содержит перечень квалифицирующих признаков (§ 335).

Для российского читателя особенности главы немецкого Уложения о должностных преступлениях выражаются в следующем.

Во-первых, более широкое понимание субъекта должностных преступлений: к должностному лицу приравнены лица, принявшие на себя специальные обязанности, связанные с государственной службой (§§ 331–334), солдаты бундесвера (§§ 333 и 334), третейские судьи (§§ 331–334, 337, 338), адвокат или поверенный в правовых вопросах (§ 352), лица, исполняющие обязанности и имеющие правомочия в соответствии с законодательством о представительстве интересов работников (№ 3 абзаца 1 § 353b).

Во-вторых, наряду с общими составами должностных преступлений, которые могут совершаться во всех звеньях государственной службы, глава содержит специальные нормы о преступлениях, сфера возможного совершения которых ограничена какой-то узкой сферой государственной службы, например, сферой осуществления правосудия (§ 339), сферой уголовного преследования (§ 344), сферой административного или дисциплинарного производства либо производства по принудительному помещению в соответствующее учреждение (§ 343), сферой исполнения наказания (§ 345), сферой взимания налогов, сборов и тарифной платы (§§ 352, 353), сферой сохранения тайны (§§ 353b, 353d, 355).

В-третьих, выделив из всех видов подлога (раздел 23) должностной подлог, немецкий законодатель предусмотрел только интеллектуальный подлог в качестве должностного преступления (§ 348).

Таким образом, в Уголовном уложении ФРГ раздел о должностных преступлениях включает преступления, посягающие не только на интересы государственной службы, но и на некоторые смежные объекты.

В первых двух уголовных кодексах РСФСР регламентация ответственности за должностные преступления осуществлялась практически так же, как в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных

³ См.: Дудырев Ф. Ф. Кодификация уголовного законодательства Российской империи в XVIII – начале XX в. Екатеринбург, 2011, С. 401–402.

1845 г., в Уголовном уложении 1903 г. и в Уголовном уложении ФРГ. Например, глава 3 Особенной части УК 1926 г. помимо общих должностных преступлений (злоупотребление властью – ст. 109, превышение власти – ст. 110, бездействие власти – ст. 111, квалифицированные виды этих преступлений – ст. 112, дискредитирование власти – ст. 113, взяточничество – ст. 117-119, служебный подлог – ст. 120 и разглашение сведений, составляющих служебную тайну – ст. 121) содержала и некоторые их специальные виды: вынесение судьями неправосудного приговора, решения или определения – ст. 114, незаконное задержание или незаконный привод – ч. 1 ст. 115, принуждение к даче показаний – ч. 2 ст. 115, присвоение или растрата должностным лицом вверенного ему имущества – ст. 116, содействие созданию и дальнейшей деятельности лжекооперативов – ст. 111-а. Кроме того, ответственность должностных лиц устанавливалась некоторыми нормами главы 5 о хозяйственных преступлениях (например, бесхозяйственность – ст. 128, незаконный выпуск ценных бумаг – ст. 128-г, отказ в приеме на работу беременных женщин и женщин, кормящих грудью, по этим мотивам – ст. 133-а, воспрепятствование законной деятельности профсоюзов – ст. 135).

В УК РСФСР 1960 г. подход законодателя к регламентации ответственности должностных лиц принципиально изменился: в главе 7 Особенной части остались только общие составы должностных преступлений: злоупотребление властью или служебным положением (ст. 170), превышение власти или служебных полномочий (ст. 171), халатность (ст. 172), взяточничество (ст. ст. 173–174¹) и должностной подлог (ст. 175). Что касается специальных видов должностных преступлений, то они были помещены в другие главы УК: о преступлениях против социалистической собственности (ст. 92 – хищение государственного или общественного имущества путем злоупотребления служебным положением); о преступлениях против политических и трудовых прав граждан (ст. 133 – подлог избирательных документов, неправильный подсчет голосов или неправильное установление результатов выборов, ст. 138 – нарушение законодательства о труде, 139 – отказ в приеме на работу или увольнение беременной женщины или кормящей матери, ст. 139¹ – преследование граждан за критику, ст. 140 – нарушение правил охраны труда); о хозяйственных преступлениях (ст. 152 – выпуск недоброкачественной продукции, ст. 152¹ – приписки и другие искажения отчетности о выполнении планов, ст. 156.3 – нарушение правил торговли); о преступлениях против правосудия (ст. 176 – привлечение невиновного к уголовной ответственности, ст. 177 – вынесение заведомо неправосудного приговора, решения, определения или постановления, ст. 178 – заведомо незаконный арест или задержание, ст. 179 – принуждение к даче показаний, ч. 2 ст. 188² – неисполнение приговора суда о лишении права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью).

В Уголовном кодексе Российской Федерации 1996 г. сохранился заимствованный из предыдущего Кодекса подход к регламентации уго-

ловной ответственности должностных лиц. Глава 30 «Преступления против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления» содержит те же общие составы должностных преступлений, что и УК РСФСР 1960 г., но с некоторыми особенностями.

Во-первых, глава дополнена новыми составами должностных преступлений, обусловленными развитием российской государственности и рыночных отношений в стране. Так, ст. 287 УК установила ответственность за неправомерный отказ в предоставлении информации Федеральному Собранию Российской Федерации или Счетной палате Российской Федерации. В ст. 289 УК криминализовано незаконное участие должностного лица в предпринимательской деятельности, связанное с покровительством организации, в которой участвует это должностное лицо.

Во-вторых, формулируя общие составы должностных преступлений, законодатель ввел к некоторым из них специальные виды.

Например, общий состав злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285) дополнен тремя специальными видами такого злоупотребления – «Нецелевое расходование бюджетных средств» (ст. 285¹), «Нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов» (ст. 285²) и «Внесение в единые государственные реестры заведомо недостоверных сведений» (ст. 285³). Наряду с общим составом превышения должностных полномочий (ст. 286) законодатель ввел и его специальный состав – «Неисполнение сотрудником органа внутренних дел приказа» (ст. 286¹). Общий состав должностного подлога дополнен таким его специальным видом, как «незаконная выдача паспорта гражданина Российской Федерации, а равно внесение заведомо ложных сведений в документы, повлекшие незаконное приобретение гражданства Российской Федерации» (ст. 292¹).

Специальные составы преступлений должностных лиц содержатся преимущественно в главе 31 («Преступления против правосудия»), но встречаются и в главах 19 (ст. ст. 140, 142, 142¹), 22 (ст. ст. 169, 170).

Таким образом, общие нормы об уголовной ответственности должностных лиц содержатся в главе 30 УК РФ, а специальные виды должностных преступлений предусмотрены как главой 30, так и нормами других глав УК.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im deutschen und russischen Recht

Professor Dr. h. c. (UP) Alexey Rarog, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Leiter des Lehrstuhls für Strafrecht an der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin-Universität (Russland)

Am Anfang des 19. Jahrhunderts gründete der russische Imperator Alexander I. einen Ausschuss zur Kodifizierung des russischen Rechts. Den Ausschuss zur Ausarbeitung des Strafgesetzbuches leitete der deutsche Professor L. G. Jakob. Zu den Mitgliedern des Ausschusses gehörten Strafrechtswissenschaftler wie A. Feuerbach und N. Fessler. Der Gesetzesentwurf entstand unter dem Einfluss des Strafgesetzbuchs Bayerns und enthielt zum ersten Mal einen Allgemeinen Teil, der solche Begriffe wie Tat, Vorsatz und Fahrlässigkeit, schuld-mildernde und schulderschwerende Umstände, Strafmündigkeitsalter, Stadien der Tatbegehung, Mittäterschaft u.a. beinhaltete. Die Entwürfe des Kodifizierungsausschusses - wie im Übrigen auch ein Entwurf des Strafgesetzbuchs - wurden zwar verworfen, viele Ideen sind aber im „Uloženie (Gesetzbuch) der Kriminalstrafen und Besserungssanktionen“ von 1845 (ferner Strafgesetzbuch 1845) umgesetzt. Auch die Normen über die Strafbarkeit des delinquenten Verhalten im Amt wurden von dieser Entwicklung beeinflusst.

Das Strafgesetzbuch 1845 enthielt etwa fünfhundert Normen, welche die Strafbarkeit für Amtsträger vorsahen. Einige dieser Normen bedrohten nicht nur Straftaten im Amt, sondern auch Verfehlungen im Amt (z. B. Nichterscheinen oder Zuspätkommen zum Dienst, vorzeitiges Verlassen des Diensts, Nichtbefolgung der Anweisungen vom Vorgesetzten u. s. w.) mit Strafe. Abgesehen davon, dass ein Strafgesetz keine Normen über Verfehlungen im Amt enthalten darf, war auch die Abgrenzung zu den Straftaten im Strafgesetzbuch 1845 relativ unbestimmt¹. Aus diesem Grund lehnte der russische Gesetzgeber die Normierung von Straftaten und Verfehlungen im Amt in einem Gesetz ab und verabschiedete 1898 ein Statut über die Verfehlungen im Amt, in dem überwiegend die Rechtsfolgen von Dienstverstößen enthalten waren.

Die wesentlichen Veränderungen der Regelungen der Strafbarkeit von Amtsträgern wurden im Strafgesetzbuch 1903 vorgenommen. In Kapitel 37 dieses Gesetzes wurden fünfzig Normen eingeführt, welche die Strafbarkeit vom delinquenten Verhalten im Amt regelten². Dies bewirkte eine weitere Abgrenzung von Straftaten und Verfehlungen im Amt.

Die Gemeinsamkeit der Strafgesetzbücher von 1845 und 1903 bestand in der Systematik der Normen, welche die Straftaten im Amt betreffen. Diese Delikte wurden im Strafgesetzbuch 1845 im Abschnitt 5 (Art. 329–505) und im Strafgesetzbuch 1903 im Kapitel 37 (Art. 638–687) zusammengefasst. Die

¹ Vgl. Таганцев Н. С. [Tagancev N. S.] Русское уголовное право. Часть Общая. Том 1 [Russisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1], Tula 2001, S. 80.

² Lediglich vier von ihnen traten in Kraft (Art. 643, 644, 645 und 652).

Amtsdelikte können in Abhängigkeit vom geschützten Rechtsgut in folgende Gruppen eingeteilt werden:

1. Allgemeine Delikte, d. h. Taten, welche die Überschreitung der Amtsbefugnisse und Unterlassen einer Diensthandlung betreffen;
2. Straftaten im Bereich der legislativen Gewalt;
3. Straftaten im Bereich der exekutiven Gewalt;
4. Straftaten im Bereich der judikativen Gewalt;
5. Straftaten im Bereich des Schutzes der Rechte und Interessen von Privatpersonen;
6. Straftaten im dienstlichen Bereich (Zuwiderhandlungen gegen Dienstregeln und Dienststörungen)³.

Den gleichen Weg wählte auch der deutsche Gesetzgeber.

Ursprünglich enthielt der dreißigste Abschnitt des deutschen StGB „Straftaten im Amt“ 27 Paragraphen. Nachdem einige Tatbestände weggefallen sind und einige neue Vorschriften eingeführt wurden, besteht dieser Abschnitt aus 23 Paragraphen. Bei den einzelnen Normen handelt es sich nicht um selbstständige Tatbestände, denn sie enthalten Begriffsdefinitionen (§§ 336, 337 StGB), regeln Anwendung von Sanktionen (§ 338 StGB) und Nebenstrafen (§ 358 StGB) oder haben Qualifikationsmerkmale zum Inhalt (§ 335 StGB).

Für den russischen Leser besteht die Besonderheit dieses Abschnitts im Folgenden:

Zum einen ist der deutsche Begriff des tauglichen Täters von Straftaten im Amt wesentlich weiter. Denn einem Amtsträger stehen die Personen gleich, die im Zusammenhang mit dem öffentlichen Dienst bestimmte Verpflichtungen übernommen haben (§§ 331–334 StGB), Soldaten der Bundeswehr (§§ 333 und 334 StGB), Schiedsrichter (§§ 331–334, 337, 338 StGB), Anwälte oder Rechtsbeistände (§ 352 StGB) sowie Personen, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnehmen (§ 353b Abs. 1 Nr. 3 StGB).

Zum anderen sind neben den allgemeinen Tatbeständen, die auf allen Ebenen des öffentlichen Dienstes erfüllt werden können, auch besondere Straftatbestände normiert. Die Verwirklichung dieser besonderen Tatbestände ist nur im engen Rahmen eines bestimmten Amtes bzw. einer bestimmten Amtstätigkeit möglich (z. B. im Bereich der Rechtsprechung (§ 339 StGB), im Bereich der Strafverfolgung (§ 344 StGB), im Bereich des Bußgeldverfahrens, Disziplinarverfahrens oder Verfahrens zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung (§ 343 StGB), im Bereich der Strafvollstreckung (§ 345 StGB), im Bereich der Erhebung von Gebühren oder anderen Vergütungen für amtliche Verrichtungen, Steuern, Gebühren oder anderen Abgaben (§§ 352, 353 StGB) oder im Geheimnisbereich (§§ 353b, 353d, 355 StGB).

³ Vgl. Дудырев Ф. Ф. [Dudyrev F. F.] Кодификация уголовного законодательства Российской империи в XVIII – начале XX в. [Kodifizierung des Strafgesetzes im Russischen Reich im 18. und am Anfang des 19. Jahrhunderts], Ekaterinburg, 2011, S. 401 f.

Des Weiteren grenzte der deutsche Gesetzgeber die Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) als Straftat im Amt von anderen im 23. Abschnitt geregelten Urkundsdelikten ab.

Demgemäß enthält der Abschnitt „Straftaten im Amt“ im StGB nicht nur Tatbestände, welche die Interessen des öffentlichen Dienstes schützen, sondern auch Rechtsvorschriften, die dem Schutz anderer, verwandter Rechtsgüter dienen.

In den ersten beiden Strafgesetzen der RSFSR wurde die Strafbarkeit von Straftaten in Amt in gleicher Weise normiert wie im „Uloženie (Gesetzbuch) der Kriminalstrafen und Besserungssanktionen“ von 1845, im Strafgesetzbuch von 1903 und im deutschen Strafgesetzbuch. Kapitel 3 des Besonderen Teils des Strafkodexes (UK) von 1926 enthielt neben den allgemeinen Straftaten im Amt (Machtmissbrauch, Art. 109; Amtsüberschreitung, Art. 110; Unterlassen einer Diensthandlung, Art. 111, Qualifikationstatbestände der genannten Delikte, Art. 112; Diskreditierung der Macht, Art. 113; Bestechlichkeit, Art. 117–119, Falschbeurkundung im Amt, Art. 120 und Preisgabe von Dienstgeheimnissen, Art. 121) auch einige besondere Tatbestände, z. B. Rechtsbeugung durch Richter in Art. 114, unrechtmäßige Festnahme und Vorführung in Art. 115 Pkt. 1, Aussageerpressung in Art. 115 Pkt. 2, Zueignung oder Veruntreuung von anvertrautem Vermögen in Art. 116, Mitwirkung bei der Gründung und Betreibung von Scheingenossenschaftsbetrieben in Art. 111a. Außerdem wurde die Strafbarkeit von Amtsträgern in einigen Normen des 5. Kapitels über Wirtschaftsstraftaten (z. B. Misswirtschaft, Art. 128; illegale Emission von Wertpapieren, Art. 128-r; Ablehnung der Einstellung schwangerer oder stillender Frauen, aus eben diesen Beweggründen, Art. 133-a; Verhinderung gesetzlicher Tätigkeit der Gewerkschaften, Art. 135) vorgesehen.

In UK RSFSR von 1960 änderte der Gesetzgeber seine Vorgehensweise bei der Normierung von Straftaten im Amt. Im Kapitel 7 des Besonderen Teils verblieben nur noch die allgemeinen Tatbestände, wie Macht- und Amtsmissbrauch (Art. 170), Macht- und Amtsüberschreitung (Art. 171), Pflichtverletzung (Art. 172), Bestechlichkeit (Art. 173–174¹) und Falschbeurkundung im Amt (Art. 175). Die besonderen Tatbestände wurden dagegen in die anderen Kapitel des Strafkodexes eingestellt. So zählte zu den Straftaten gegen sozialistisches Eigentum die rechtswidrige Aneignung des Staats- oder Öffentlichkeitsvermögens durch Amtsmissbrauch (Art. 92). Zu den Straftaten gegen politische Rechte und Arbeitsrechte der Bürger gehörten die Fälschung von Wahlzetteln, falsche Stimmenauszählung oder falsche Festsetzung des Wahlergebnisses (Art. 133), der Verstoß gegen das Arbeitsgesetz (Art. 138), die Ablehnung der Einstellung oder Entlassung schwangerer oder stillender Frauen (Art. 139), die Unterdrückung von Kritik der Bürger (Art. 139¹) und der Verstoß gegen Arbeitsschutzregelungen (Art. 140). Das Kapitel „Wirtschaftsstraftaten“ enthielt die Herstellung minderwertiger Erzeugnisse (Art. 152), die gefälschte Berichtserstattung über Planerfüllung (Art. 152¹) und den Verstoß gegen Handelsregelungen (Art. 156³). Zu den Straftaten gegen Rechtspflege zählte die Verfolgung Unschuldiger (Art. 176), die Rechtsbeugung (Art. 177), die unrechtmäßige Festnahme und Vorfüh-

rung (Art. 178), die Aussageerpressung (Art. 179) und die Nichtvollstreckung eines Gerichtsurteils zum Berufsverbot (Art. 188² Pkt. 2).

Die genannte Vorgehensweise bei der Normierung der Straftaten im Amt wurde im nachfolgenden Strafkodex der Russischen Föderation von 1996 beibehalten. Das 30. Kapitel „Straftaten gegen die Staatsmacht, die Interessen des Staatsdienstes und des Dienstes der kommunalen Selbstverwaltung“ enthält die gleichen allgemeinen Tatbestände wie UK RSFSR von 1960. Dennoch weist dieses Kapitel einige Besonderheiten auf.

In den Strafkodex der Russischen Föderation wurden zum einen einige neue Amtsdelikte eingeführt. Die Neuregelung erfolgte aufgrund der fortschreitenden Entwicklung des russischen Staatswesens und der marktwirtschaftliche Verhältnisse im Land. So wurde in Art. 287 UK RF die Strafbarkeit für die Verweigerung der Erteilung einer Information an die föderale Versammlung der Russischen Föderation oder die Rechnungskammer der Russischen Föderation geregelt. Art. 289 UK RF stellt ungesetzliche Beteiligung eines Amtsträgers an einer unternehmerischen Tätigkeit unter Strafe, wenn diese Tat mit der Gewährung von Vergünstigungen und Vorzügen zugunsten der Organisation oder mit einer sonstigen Form von Protektion verbunden ist.

Zum anderen schuf der russische Gesetzgeber neben den allgemeinen Tatbeständen auch einige besondere Amtsdelikte.

Zu nennen ist zunächst der allgemeine Tatbestand des Missbrauchs von Amtsbefugnissen, Art. 285, der durch drei besondere Tatbestände ergänzt wird („Nicht zweckgebundene Verwendung von Mitteln aus dem staatlichen Haushalt“, Art. 285¹; „Nicht zweckgebundene Verwendung von Mittel aus den nicht aus dem staatlichen Haushalt finanzierten Stiftungen“ (z. B. *Rentenversicherung – Anm. des Übersetzers*), und „Eintragung von falschen Daten in die einheitlichen staatlichen Register“, Art. 285³). Ebenso ergänzte der Gesetzgeber den allgemeinen Tatbestand der Überschreitung von Amtsbefugnissen (Art. 286) durch den besonderen Tatbestand „Befehlsverweigerung durch den Mitarbeiter eines Organs für innere Angelegenheiten“ (Art. 286¹). Darüber hinaus wurde der allgemeine Tatbestand der Falschbeurkundung im Amt durch eine besondere Art der Tatbegehung, nämlich „die unrechtmäßige Ausstellung des Passes des Bürgers der Russischen Föderation sowie falsche Eintragungen in die Dokumente, die als Grundlage für die unrechtmäßige Erlangung der russischen Staatsbürgerschaft benutzt wurden“ (Art. 292¹), ergänzt.

Die speziellen Straftaten im Amt sind überwiegend im Kapitel 31 („Straftaten gegen die Rechtspflege“) enthalten, sind aber auch in Kapitel 19 (Art. 140, 142, 142¹) und 22 (Art. 169, 170) zu finden.

Alle allgemeinen Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern sind also im Kapitel 30, die besonderen Amtsdelikte sowohl im Kapitel 30 als auch in den anderen Kapiteln des Strafkodexes geregelt.

Ответственность за контрабанду

А. И. Чучаев, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Россия

При разработке Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ) не была воспринята рекомендация Модельного уголовного кодекса для государств-участников Содружества Независимых Государств¹, выделявшего два вида контрабанды: так называемую экономическую (товарную) контрабанду и контрабанду предметов, представляющих опасность для здоровья населения или в целом для общественной безопасности². В первоначальном виде ч. 1 ст. 188 УК РФ предусматривала ответственность за перемещение в крупном размере через таможенную границу Российской Федерации товаров или иных предметов, совершенное помимо или с сокрытием от таможенного контроля либо с обманным использованием документов или средств таможенной идентификации либо сопряженное с недекларированием или недостоверным декларированием. В ч. 2 данной статьи был указан иной предмет преступления:

1. наркотические средства;
2. психотропные, сильнодействующие, ядовитые, отравляющие, радиоактивные или взрывчатые вещества;
3. вооружение, взрывные устройства, огнестрельное оружие или боеприпасы;
4. ядерное, химическое, биологическое и другие виды оружия массового поражения;
5. материалы и оборудование, которые могут быть использованы при создании оружия массового поражения и в отношении которых установлены специальные правила перемещения через таможенную границу РФ;
6. стратегические важные сырьевые товары и культурные ценности, в отношении которых установлены специальные правила перемещения через таможенную границу РФ.

В качестве обстоятельств, дифференцирующих уголовную ответственность, учитывались: неоднократность контрабанды; его совершение должностным лицом с использованием своего служебного положения; с применением насилия к лицу, осуществляющему таможенный контроль. Особо квалифицирующим признаком признавалась организованная группа.

¹ Принят на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 г. // Приложение к «Информационному бюллетеню». 1996. № 10.

² Только Уголовный кодекс Казахстана воспринял эту рекомендацию.

В ст. 188 УК РФ семь раз вносились изменения и дополнения; в основном они касались ее санкции. Кроме того, был исключен признак неоднократности, трижды уточнялся перечень предметов преступления, указанного в ч. 2 данной статьи. Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ рассматриваемая статья признана утратившей силу.

Законодатель существенно пересмотрел правовое регулирование ответственности за контрабанду. Во-первых, исходя из предмета преступления, предусмотрел две специальные уголовно-правовые нормы о контрабанде; во-вторых, экономическую (товарную) контрабанду признал административно-правовым деликтом.

Согласно ст. 226¹ УК РФ карается незаконное перемещение через таможенную границу Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС либо Государственную границу Российской Федерации с государствами – членами Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС сильнодействующих, ядовитых, отравляющих, взрывчатых, радиоактивных веществ, радиационных источников, ядерных материалов, огнестрельного оружия, его основных частей (ствола, затвора, барабана, рамки, ствольной коробки), взрывных устройств, боеприпасов, оружия массового поражения, средств его доставки, иного вооружения, иной военной техники, а равно стратегически важных товаров и ресурсов или культурных ценностей в крупном размере⁴. В ст. 229¹ УК РФ говорится об ином предмете контрабанды: в законе указаны наркотические средства, психотропные вещества, их прекурсоры или аналоги, растения или части, содержащие данные средства или вещества (в том числе их прекурсоры), инструменты или оборудование, находящиеся под специальным контролем и используемые для изготовления наркотических средств или психотропных веществ. Деяния соответственно отнесены к гл. 24 «Преступления против общественной безопасности» и гл. 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности». Законодатель сохранил квалифицированные виды контрабанды, выделявшиеся в последней редакции ст. 188 УК РФ. Однако при этом совершенно необъяснимо, почему применительно к преступлению, предусмотренному ст. 229¹ УК РФ, выделен такой квалифицирующий признак, как его совершение группой лиц по предварительному сговору, а к преступлению, предусмотренному ст. 226¹ УК РФ, – нет. Помимо отсутствия логики в таком подходе законодателя к дифференциации ответственности за контрабанду, отличающуюся лишь предметом преступления, нарушаются и правила подбора квалифицирующих признаков. Криминологическая характеристика деяния свидетельствует, что достаточно большая доля рассматриваемого преступления

³ СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7362.

⁴ Крупный размер относится только к стратегически важным товарам и ресурсам, а также к культурным ценностям и признается таковым, если стоимость указанных товаров, ресурсов и ценностей превышает 1 млн. руб.

совершается группой лиц, но их действия влекут ответственность как за простую контрабанду.

В связи с декриминализацией экономической (товарной) контрабанды и признание последней административным правонарушением была реформирована гл. 16 «Административные правонарушения в области таможенного дела (нарушение таможенных правил)» КоАП РФ, предусмотрена административно-правовая ответственность за четыре вида деликтов, совершаемых в таможенной сфере: 1) незаконное перемещение через таможенную границу Таможенного союза товаров и (или) транспортных средств международной перевозки (ст. 16.1); 2) недекларирование либо недостоверное декларирование товаров (ст. 16.2); 3) несоблюдение запретов и (или) ограничений на ввоз товаров на таможенную территорию Таможенного союза или в Российской Федерацию и (или) вывоз с таможенной территории Таможенного союза или из Российской Федерации (ст. 16.3); 4) недекларирование или недостоверное декларирование физическими лицами иностранной валюты или валюты Российской Федерации (ст. 16.4). По сути, три последних деликта в качестве самостоятельного нарушения признают способ совершения уголовно наказуемой контрабанды, указанный в ст. 188 УК РФ.

В большей степени суть экономической (товарной) контрабанды отражена в ст. 16.1 КоАП РФ. Незаконность перемещения через таможенную границу товаров или транспортных средств связывается с его способом – ввозом товаров помимо мест их перемещения или вне времени работы таможенных органов. К перемещению приравнивается и совершение действий, непосредственно направленных на фактическое пересечение таможенной границы.

В качестве самостоятельных правонарушений в ст. 16.1 КоАП РФ также указаны: сокрытие товаров от таможенного контроля путем использования тайников или иных способов, затрудняющих обнаружение товаров, либо путем придания одним товарам вида других; сообщение в таможенный орган недостоверных сведений о количестве грузовых мест, об их маркировке, о наименовании, весе брутто и (или) об объеме товаров путем представления недействительных документов либо использование для этих целей поддельного средства идентификации или подлинного средства, но относящегося к другим товарам или транспортным средствам; представление в таможенный орган недействительных документов на товары, если они могли послужить основанием для несоблюдения установленных запретов и ограничений, за исключением мер тарифного регулирования⁵.

⁵ Характеристику указанных деяний см.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 октября 2006г. № 18 (в ред. от 9 февраля 2012г.) «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 12; 2012. № 4.

Обоснованность декриминализация экономической (товарной) контрабанды у специалистов вызывает определенные сомнения, общественная опасность деяния представляется искусственно заниженной.

Контрабанда как преступление имеет глубокие исторические корни. Она зародилась в древние века, когда впервые была введена пошлина на ввозимые и вывозимые товары. В Древней Руси контрабанда была известна еще в X в., но только в XII–XIII вв. признана официально. Уголовно-правовые средства борьбы с данным деянием последовательно и целенаправленно применялись, начиная, пожалуй, с Новоторгового устава 1667 г.⁶ Именно с этого времени контрабанда признавалась тяжким преступлением против экономических основ государства.

В соответствии с архитектурой Особенной части УК РФ контрабанда относилась к преступлениям в сфере экономической деятельности (гл. 22). Это вызывало определенную критику. В качестве объекта преступления, предусмотренного ст. 188 УК РФ, помимо законодательно урегулированного порядка экономической деятельности, выделялись: общественная безопасность; национальная безопасность и безопасность мирового сообщества; безопасность здоровья населения; духовные интересы граждан; безопасность природной среды и т.д.⁷ Такая многовекторность нормы, разумеется, подлежала корректировке, но никак не исключению ее из Уголовного кодекса РФ. Кстати сказать, ни один из специалистов, исследовавших проблемы ответственности за контрабанду как по прошлым российским УК, так и по действующему уголовному законодательству, не высказывался за ее декриминализацию.

В структуре таможенной преступности контрабанда составляла примерно 73–75 %, причем следует заметить, что это преступление обладает высокой степенью латентностью (по некоторым данным выявляется не более 27–30 % контрабанды). Объемы и стоимость незаконно перемещаемого товара, в том числе иностранной и российской валюты, имеют тенденцию к повышению. При таких обстоятельствах отказ от уголовно-правовых средств противодействия контрабанде, на наш взгляд, является необоснованным.

⁶ См. об этом подробно: *Иванова С. Ю.* Уголовно-правовая охрана деятельности таможенных органов России. Ульяновск, 2000; *Кисловский Ю. Г.* Контрабанда: история и современность. М., 1996 и др.

⁷ См., например: *Рогатых Л. Ф.* Квалификация контрабанды. СПб., 1999; *Сучков Ю. И.* Таможенные преступления. Калининград, 2000 и др.

Strafbarkeit des Bannbruchs

Professor Alexander Chuchaev, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Professor an der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin-Universität (Russland)

Bei der Ausarbeitung des Strafkodexes der Russischen Föderation (UK RF) wurde die Empfehlung des Modellstrafkodexes für die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft der unabhängigen Staaten¹ nicht berücksichtigt. Diese Empfehlung unterschied zwei Arten des Bannbruchs: wirtschaftlicher (Waren- und Güter-) Bannbruch und Bannbruch durch Verbringung von Gegenständen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung und im Allgemeinen für die gesellschaftliche Sicherheit darstellen². In seiner ursprünglichen Fassung sah Art. 188 Pkt. 1 UK RF die Strafbarkeit für die Grenzüberführung von Gütern oder anderen Gegenständen in großen Mengen ohne Grenzkontrolle oder unter Geheimhaltung vor der Zollkontrolle, durch betrügerische Verwendung von Dokumenten oder anderen Mitteln zur Zollidentifikation oder verbunden mit der Nicht- oder Falschdeklarierung vor. In Punkt 2 dieser Vorschrift sind die Objekte der Straftat genannt:

1. Betäubungsmittel;
2. psychotrope, stark wirkende, giftige, toxische, radioaktive oder explosive Substanzen;
3. militärische Ausrüstung, Sprengvorrichtungen, Schusswaffen oder Munition;
4. Atomare, chemische und biologische Waffen sowie andere Arten von Massenvernichtungswaffen;
5. Werkstoffe und technische Einrichtungen, die zur Herstellung von Massenvernichtungswaffen benutzt werden können und dem besonderen Überführungsverfahren über die Zollgrenze der RF unterliegen;
6. wichtige strategische Rohstoffe und kulturelle Wertgegenstände, die dem besonderen Überführungsverfahren über die Zollgrenze der RF unterliegen.

Ferner wurden qualifizierende Umstände berücksichtigt. Dazu zählten: wiederholter Bannbruch, die Begehung der Tat im Amt unter Ausnutzung der Dienststellung und Gewaltanwendung gegen die Personen, welche die Zollkontrolle durchführen. Das besondere Qualifikationsmerkmal stellte die Tatbegehung durch organisierte Gruppe dar.

Die Vorschrift des Art. 188 UK RF wurde siebenmal geändert und ergänzt, wobei die meisten Änderungen lediglich die Sanktionen betrafen. Außerdem wurde das Merkmal der wiederholten Begehung aus dem Gesetzestext entfernt und die Auflistung der Tatobjekte in Punkt 2 dreimal überarbeitet. Durch das Föderale Gesetz vom 7. Dezember 2011 Nr. 420-ФЗ „Über die

¹ Verabschiedet auf der siebten Plenarsitzung der interparlamentarischen Versammlung der Staaten – Mitglieder der Gemeinschaft der unabhängigen Staaten am 17. Februar 1996, Anlage zum Informationsblatt 1996, Nr. 10.

² Diese Empfehlung wurde nur in dem Strafkodex Kasachstans umgesetzt.

Änderungen des Strafkodexes der Russischen Föderation und der einzelnen Gesetzgebungsakte der Russischen Föderation³ wurde die genannte Vorschrift außer Kraft gesetzt.

Daraufhin führte der russische Gesetzgeber wesentliche Veränderungen in der rechtlichen Regulierung der Bannbruchsstrafbarkeit durch. Zum einen wurden zwei besondere Bannbruchstatbestände eingeführt, wobei in diesen vom besonderen Tatobjekt ausgegangen wird. Zum anderen wurde der wirtschaftliche (Güter-)Bannbruch dem Ordnungswidrigkeitenrecht zugeordnet.

Gem. Art. 226¹ UK RF wird die rechtswidrige Überführung folgender Stoffe und Gegenstände über die Zollgrenze der Zollunion im Rahmen der Eurasischen Wirtschaftsgemeinschaft oder über die Staatsgrenze der Russischen Föderation mit den Mitgliedstaaten der Zollunion strafrechtlich verfolgt: stark wirkende, giftige, toxische, explosive, radioaktive und atomare Stoffe, Schusswaffen sowie ihre wesentlichen Bestandteile (Lauf, Verschluss, Patronen- oder Kartuschenlager, Griffstück oder sonstige Waffenteile, soweit sie für die Aufnahme des Auslösemechanismus bestimmt sind), Sprengvorrichtungen, Munition, Massenvernichtungswaffen und ihre Transportmittel, andere militäre Ausrüstung, andere Kriegstechnik sowie strategisch wichtige Rohstoffe und Ressourcen oder kulturelle Wertgegenstände im großen Ausmaß⁴.

Art. 229¹ UK RF listet andere Objekte des Bannbruchs auf. Der Gesetztext nennt dabei Betäubungsmittel, psychotrope Substanzen, deren Ausgangssubstanzen und vergleichbare Substanzen, Pflanzen oder Bestandteile, die diese Stoffe oder Substanzen enthalten (und auch deren Ausgangssubstanzen), Werkzeuge und technische Einrichtungen, die der besonderen Kontrolle unterliegen und die zur Herstellung von Betäubungsmitteln und psychotropen Substanzen benutzt werden.

Die Straftaten sind dementsprechend im 24. Kapitel „Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit“ und im 25. Kapitel „Straftaten gegen die Gesundheit der Bevölkerung und die gesellschaftlichen Sitten“ enthalten. Im Gesetz wurden die Qualifikationen des Bannbruchs beibehalten, die in der letzten Fassung des Art. 188 UK RF enthalten waren. Allerdings ist in diesem Zusammenhang kaum nachvollziehbar, dass das Qualifikationsmerkmal „Begehung der Tat innerhalb einer organisierten Gruppe nach der vorher getroffenen Absprache“ nur für die Straftaten des Art. 229¹ UK RF gilt, bei der Straftat des Art. 226¹ dagegen unbeachtlich bleibt. Abgesehen davon, dass es nicht überzeugend erscheint, die Strafbarkeit des Bannbruchs lediglich nach dem Tatobjekt zu differenzieren, verletzt der Gesetzgeber auch die Technik der Auswahl von Qualifikationsmerkmalen. Die Kriminalstatistik zeigt, dass ein wesentlicher Teil der – hier im Raum stehenden – Straftaten von Personen-

³ C3 PΦ. 2011. № 50. Ст. 7362.

⁴ Das große Ausmaß bezieht sich nicht nur auf strategisch wichtige Güter und Ressourcen, sondern auch auf kulturelle Wertgegenstände, wenn der Wert der genannten Güter, Ressourcen und Wertgegenstände 1 Mio. Rubel übersteigt.

gruppen begangen wird. Dennoch werden diese Tathandlungen als einfacher Bannbruch strafrechtlich gewertet.

Im Zusammenhang mit der Entkriminalisierung des wirtschaftlichen (Güter-) Bannbruchs und der Normierung des Tatbestandes als eine Verwaltungsstraftat wurde das 16. Kapitel „Verwaltungsstraftaten im Zollbereich (Verstöße gegen Zollvorschriften)“ des Verwaltungsstrafodexes (KoAP RF) reformiert. Es werden vier Delikte, die im Zollbereich begangen werden, verwaltungsstrafrechtlich geahndet:

1. Rechtswidrige Überführung von Waren und (oder) Transportmitteln im internationalen Verkehr über die Zollgrenze der Zollunion (Art. 16.1);
2. Nichtdeklarieren oder falsches Deklarieren von Waren (Art. 16.2);
3. Nichtbeachtung von Verboten und (oder) Begrenzungen für die Einfuhr von Waren auf das Territorium der Zollunion oder der Russischen Föderation und (oder) die Ausfuhr aus dem Territorium der Zollunion oder der Russischen Föderation (Art. 16.3);
4. Nicht- oder Falschdeklarieren einer ausländischen Währung oder der Währung der Russischen Föderation durch natürliche Personen (Art. 16.4).

Grundsätzlich räumen die drei zuletzt genannten Delikte als selbstständige Rechtsverstöße die Möglichkeit der Begehung des strafrechtlich relevanten Bannbruchs ein, der in Art. 188 UK RF genannt ist.

Im Wesentlichen kommt der Hauptinhalt des wirtschaftlichen (Güter-) Bannbruchs in Art. 16.1 KoAP RF zum Ausdruck. Der Rechtsverstoß bei der Überführung der Waren oder Transportmittel über die Zollgrenze wird an die Begehungsweise der Tat (Einfuhr von Waren auf den nicht dafür vorgesehenen Überführungswegen oder außerhalb der Dienstzeiten von Zollbehörden) gebunden. Der Überführung stehen dabei die Handlungen gleich, die unmittelbar auf die faktische Überquerung der Zollgrenze gerichtet sind.

Als selbstständige Rechtsverstöße sind in Art. 16.1 KoAP RF auch genannt:

1. Verbergen der Waren vor der Zollkontrolle durch die Verwendung von Verstecken oder auf eine andere Weise, die die Entdeckung der Waren erschwert, oder durch Verleihung des Aussehens von anderen Waren;
2. Mitteilung falscher Angaben an die Zollbehörde über die Anzahl von Frachtstücken, über die Markierung von Frachtstücken, über die Bezeichnung, das Bruttogewicht und (oder) Volumen der Waren durch das Einreichen von ungültigen Dokumenten oder die Verwendung von – für diese Zwecke – gefälschten Identifikationsmittel oder die Verwendung eines echten Mittels, welches sich auf andere Waren oder Transportmittel bezieht;
3. Einreichen von ungültigen Dokumenten über Waren bei der Zollbehörde, wenn diese Dokumente geeignet sind, die bestehenden Verbote

und Begrenzungen zu umgehen (mit Ausnahme der Maßnahmen zur Tarifregulierung)⁵.

Es bleibt also fraglich, ob die Entkriminalisierung des wirtschaftlichen (Güter-) Bannbruchs begründet ist, denn die gesellschaftliche Gefahr der Tat stellt sich als künstlich verharmlost dar.

Als Straftat hat der Bannbruch tiefe historische Wurzeln. Er entstand in den früheren Jahrhunderten, in denen man anfang, bei der Einfuhr und der Ausfuhr von Waren Zoll zu erheben. Im Altrussland war der Bannbruch bereits im 10. Jahrhundert bekannt, wurde jedoch erst im 17. und 18. Jahrhundert offiziell als Straftat anerkannt. Die strafrechtlichen Mittel zur Bekämpfung des Bannbruchs wurden kontinuierlich und zielgerichtet wohl seit dem Inkrafttreten des Novotorgovyj Ustav 1667 angewandt⁶. Seit dieser Zeit wurde der Bannbruch als schwere Straftat gegen die wirtschaftlichen Grundlagen des Staates anerkannt.

Entsprechend der Systematik des Besonderen Teils des UK RF gehörte der Bannbruch zu den Wirtschaftsstraftaten (22. Kapitel), was in der Literatur für eine gewisse Kritik sorgte. Zu den – in Art. 188 UK RF – geschützten Rechtsgütern gehören neben der Regulierung der wirtschaftlichen Tätigkeit auch die öffentliche und nationale Sicherheit, die Sicherheit der Weltgemeinschaft und der Bevölkerungsgesundheit sowie die geistigen Interessen der Bürger und die Sicherheit der Umwelt.⁷

Eine derart breite Normausrichtung musste selbstverständlich korrigiert, der Tatbestand jedoch keinesfalls aus dem Strafkodex der RF entfernt werden. Im Übrigen wird auch in der Literatur, die sich mit den Problemen der Strafbarkeit des Bannbruchs nach der alten und auch geltenden Fassung des russischen Strafkodexes beschäftigt, eine Entkriminalisierung nicht verlangt. In der Struktur der Zollstraftaten macht der Bannbruch etwa 70 bis 75 % aller Zollstraftaten aus, wobei zu beachten ist, dass diese Straftat eine hohe Dunkelziffer aufweist (nach einigen Angaben wird diese Straftat nur in ca. 27–30 % der Fälle aufgedeckt). Das Volumen und der Wert von unrechtmäßig überführten Waren, einschließlich ausländischer und russischer Währung, weisen eine aufsteigende Tendenz auf. Unter diesen Umständen erweist sich die Abkehr von der Nutzung strafrechtlicher Mittel zur Verfolgung des Bannbruchs m. E. als unbegründet.

⁵ Detaillierte Beschreibung der genannten Taten vgl. Plenumsbeschluss der Obersten Gerichts der Russischen Föderation vom 24. Oktober 2006 Nr. 18 (Fassung vom 9. Februar 2012) „Zur Fragen, die die Gerichte bei der Anwendung des Besonderen Teils des Verwaltungsstrafkodexes der Russischen Föderation haben“, Entscheidungssammlung des Obersten Gerichts der Russischen Föderation, 2006 Nr. 12; 2012 Nr. 4.

⁶ Ausführlich hierzu *Иванова С. Ю. [Ivanova S. Ü.] Уголовно-правовая охрана деятельности таможенных органов России [Strafrechtlicher Schutz der Tätigkeit der Zollorgane Russlands]*, Ульяновск, 2000; *Кисловский Ю. Г. [Kislovodskij Ü. G.] Контрабанда: история и современность [Bannbruch: Geschichte und Gegenwart]*, Moskau 1996.

⁷ Vgl. z.B.: *Рогатых Л. Ф. [Rogatyh L. F.] Квалификация контрабанды [Klassifizierung des Bannbruchs]*, СПб., 1999; *Сучков Ю. И. [Sučkov Ü. I.] Таможенные преступления [Zollstraftaten]* Калининград, 2000.

О концепции либерализации российского уголовного права в сфере экономики

О. Л. Дубовик, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, Россия

На протяжении последнего десятилетия в российской уголовно-правовой науке ведутся ожесточенные споры о качестве уголовно-правового регулирования в сфере экономической деятельности, о недостаточности и, напротив, избыточности действующих уголовно-правовых запретов; о чрезмерной репрессивности уголовного законодательства в отношении ответственности предпринимателей, с одной стороны, а с другой – о «попустительстве» законодателя по отношению к ним; о цене уголовной ответственности за экономические преступления для интересов общества, государства и экономики России.

В результате этих споров сформировались две основные позиции. Сторонники одной из них постоянно вносят предложения об ужесточении санкций за экономические преступления и о введении все новых составов, то есть об усилении процессов криминализации. Специалисты, обосновывающие противоположное мнение, полагают, что глава 22 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ) нуждается в достаточно кардинальном пересмотре, который должен обеспечить декриминализацию ряда содержащихся в ней составов, смягчение санкций за отдельные посягательства, то есть смягчение уголовной репрессии в отношении бизнеса. Есть и еще одна позиция, касающаяся в целом необходимости разработки нового Уголовного кодекса, поскольку ныне действующий якобы не соответствует изменениям политического и иного характера, происходящим в России в самое последнее время. Ученые, обосновывающие эту идею, редко указывают конкретные обстоятельства, а чаще ссылаются на «криминальность» Российского государства, процессы глобализации и иные, не подтверждаемые какими бы то ни было верифицируемыми показателями аргументы. Эти дискуссии широко освещены в монографической литературе, на страницах периодических юридических изданий, в материалах конференций и симпозиумов, круглых столов. В своем выступлении я хотела бы охарактеризовать основные положения концепции модернизации уголовной политики и уголовного законодательства в сфере экономики, разработанной коллективом авторов, привлеченных для этой цели Фондом «Либеральная миссия».

В Уголовном кодексе России предусмотрено 34 состава преступлений в сфере предпринимательской деятельности. За период 2004–2010 гг. объектом уголовного преследования стали предприятия, годовой доход которых составлял от 0,35 % до 6,48 % ВВП. Чрезмерная криминализация предпринимательской деятельности и жесткая уголовная политика привели к тому, что в результате уголовного преследования

свою деятельность прекращали предприятия, доход которых в среднем составлял 1,82 % ВВП (суммарно 12,75 % ВВП)¹.

Авторы доклада о социально-экономических последствиях уголовной политики государства в отношении бизнеса приводят также данные о размерах минимальных потерь (рисков):

- среднее число ежегодно привлекаемых к уголовной ответственности по делам экономической направленности лиц составляет 88 741 человека (по данным Росстата за 2004–2009 гг.);
- количество предприятий, затронутых уголовным преследованием (из расчета 2 человека на одно предприятие), составляет 44 370,50;
- средний годовой оборот малого предприятия (рублей) по данным Росстата за 2009 г. составляет 10 529 235,57 (около 263 230 евро – прим. автора – О. Д.);
- оборот предприятий, ставших объектом уголовного преследования (рублей в год), составляет 467 187 446 858,69 (около 116 796 862 евро – прим. автора – О. Д.)².

Эти и другие данные, проанализированные экспертами, позволили им сделать выводы о том, что официальная уголовная статистика недостаточно информативна, весьма противоречива и не имеет единого стандарта, а экономическая и социальная статистики не ориентирована на получение данных о последствиях и стоимости уголовной политики в отношении бизнеса; ситуация в сфере уголовной политики в отношении экономической деятельности динамична и зависит не только от уголовного закона, но весьма существенно – от практики его применения (добавлю – и от меняющихся позиций руководства правоприменительных органов); анализ данного направления уголовной политики, ориентированный на общественный интерес и на объективное измерение экономических затрат и потерь, встречает системное сопротивление со стороны бенефициаров существующей уголовной политики, реальные интересы которых нередко не совпадают с декларируемыми публичными интересами³. Далее, авторы доклада подчеркивают, что утверждение о наличии в России чрезмерной криминализации предпринимательской деятельности оспаривается многими специалистами по причине отсутствия в их распоряжении объективных данных, отсутствии консенсуса по поводу терминологии, признаков и общественной опасности деяний и т.п.⁴ При этом, как показывает официальная статистика, уголовное преследование в данной сфере в период 2006–2009 гг.

¹ Григорьев Л. М., Жалинский А. Э., Жуйков В. В., Морцакова Т. Г., Новиков И. А., Новикова Е. В., Радченко В. И., Субботин И. А., Федотов А. Г. Социально-экономические последствия уголовной политики государства в отношении бизнеса // Уголовная политика в сфере экономики: экспертные оценки. М., 2011. С. 21.

² См.: Там же. С. 19.

³ См.: Там же. С. 4–5.

⁴ См.: Там же. С. 5, 7, 8.

росло большими темпами (или снижалось меньшими темпами), чем общий уровень преступности в стране⁵. Одной из тенденций преследования предпринимателей является возбуждение против них дел не только по статьям главы 22 УК РФ, но и по обвинениям в растрате, мошенничестве и другим преступлениям.

Отмечу, что в целях преследования предпринимателей используются и нормы главы 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности», например, ст. 236 «Нарушение санитарно-эпидемиологических правил», ст. 238 «Производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности», а также главы 26 «Экологические преступления, в первую очередь ст. 246 «Нарушение правил охраны окружающей среды при производстве работ», ст. 247 «Нарушение правил обращения экологически опасных веществ и отходов», ст. 250–252, 254 о загрязнении вод, атмосферного воздуха, морской среды, почвы и др.⁶ В итоге в период 2000–2010 гг. уголовной репрессии по данным Росстата, МВД России и ФНС России было подвергнуто 15,2% от общего числа субъектов экономической деятельности (коммерческие организации, индивидуальные предприниматели, фермеры)⁷.

Кроме того, прямым экономическим последствием являются и бюджетные расходы на обосновательное и не завершающееся приговором уголовное преследование бизнесменов.

Авторы доклада делают вывод: «От 26 до 40% бюджетных расходов по уголовному преследованию предпринимателей тратятся с обратным экономическим результатом, так как этими средствами оплачивается полное или частичное подавление легального бизнеса, т. е. социального механизма, обеспечивающего экономический рост»⁸. Далее, они подчеркивают, что обширная уголовная репрессия в отношении предпринимателей является одним из факторов, сказывающихся на инвестиционном климате в стране, порождает фобии, отказ от ведения предпринимательской деятельности, бегство капиталов и другие негативные

⁵ См.: Там же. С. 9.

⁶ См.: Дубовик О. Л. Проблемы оценки современного состояния экологической преступности в России // Россия: от реформы к стабильности. Научные труды ИМПЭ им. А. С. Грибоедова. Выпуск 2009 г. М., 2009. С. 74–85; Дубовик О. Л. Комментарий к ст. 238, 246–262 в кн.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А. Э. Жалинский. М., 2010; Дубовик О. Л. Уголовное право и экология // Уголовное право: Актуальные проблемы теории и практики. Сборник очерков / Отв. ред. В. В. Лунеев. М., 2010. С. 670–696; Дубовик О. Л. Экологическая преступность в Российской Федерации: состояние, тенденции, связи с транснациональной, коррупционной и организованной преступностью // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2010. № 1. С. 18–29; Юридическая ответственность за экологические правонарушения / Отв. ред. О. Л. Дубовик. М., 2012.

⁷ См.: Уголовная политика в сфере экономики: экспертные оценки. С. 12.

⁸ Там же. С. 13.

последствия⁹. Наконец, они указывают и на расходы пенитенциарной системы¹⁰.

К указанному перечню социально-экономических последствий, на мой взгляд, можно добавить и такие, как провокация общественного мнения, выражающаяся в формировании негативного отношения многих социальных групп к предпринимательской деятельности; внедрение в общественное сознание в целом (а не только бизнесменов) предубеждения к инициативе, активности, самостоятельности и иные социально-психологические негативные проявления.

Наряду с этим можно отметить следующие отрицательные явления, а именно воздействие «направленной» уголовной репрессии в сфере экономической деятельности на общее снижение законности и правопорядка в стране, на явления имитации активности правоохранительных органов в области борьбы с преступностью, смену (замену) приоритетов при расследовании преступлений и др.

На основе этих и других данных и была разработана концепция либерализации уголовного законодательства в экономической сфере. А.Э.Жалинский подчеркивал, что потребность в модернизации уголовного законодательства в экономической сфере определяется реально существующими негативными сторонами действия уголовного законодательства:

- решения о применении уголовного закона в сфере экономики во многих случаях по различным причинам (коррупция, произвол, непрофессионализм, низкое качество уголовного закона) непредсказуемы;
- статистически зафиксированный разрыв между количеством выявленных преступлений и количеством приговоров настолько велик, что может означать смещение юрисдикционной власти от суда к досудебным органам, заменяющим приговоры иными мерами;
- издержки государства на осуществление уголовного преследования в виду нетехнологичности уголовного закона и иных причин слишком велики, и с большой вероятностью можно предполагать, что они больше, чем получаемые выгоды;
- весьма затруднена оценка того, являются ли предусмотренные УК РФ запреты действительно необходимыми и достаточными;
- защита собственников и других субъектов экономической деятельности, контрактов, деловой информации и иных правовых благ недостаточна и деформирована как уголовным законом, так и практикой его реализации¹¹.

⁹ См.: Там же. С. 13–17.

¹⁰ См.: Там же. С. 17–18.

¹¹ Подробнее см.: Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М., 2010. С. 20.

Целями модернизации уголовно-правовых предписаний об ответственности за экономические преступления, по мнению А. Э. Жалинского, являются выведение уголовного законодательства и механизмов его реализации из кризиса и достижение такого положения, при котором уголовное законодательство будет развиваться и действовать:

- в соответствии с действительными социальными и экономическими потребностями и возможностями страны¹²; обеспечивая баланс интересов личности, общества и государства;
- в соответствии с государственными интересами и нравственными началами, одобряемыми большинством граждан, что предполагает отказ от «приватизации» уголовно-правового ресурса в пользу отдельных лиц, групп или социального слоя;
- строго на основе всего, а не только и исключительно уголовного законодательства;
- как субсидиарная правовая отрасль, отражающая конституционно-правовые ценности в сфере экономики (свободу экономической деятельности, свободу контрактов и собственности, экономические права и стратегии, реализуемые предпринимателями, компаниями, государством);
- стремясь к достижению справедливости, эффективности и экономии в применении уголовно-правовых запретов (уголовной репрессии)¹³.

В Концепции, о которой идет речь, сформулированы три блока предложений по либерализации уголовного закона, которые касаются норм Общей части и норм двух глав части Особенной, а именно глав 21 и 22. Кроме того, поскольку реализация уголовно-правовых запретов непосредственно связана и с состоянием правового регулирования в области уголовного судопроизводства и исправительной системы, соответствующие предложения по их реформированию также представлены в Концепции. Перечислить все предложения в рамках сегодняшнего доклада невозможно, поэтому очень коротко скажу, что авторы Концепции в плане внесения изменений в Общую часть предлагают меры по снижению репрессивности и установлению барьеров на пути распространительного толкования уголовно-правовых норм. Что касается изменений главы 21 «Преступления против собственности», то они считают необходимым устранение тех запретов, которые

¹² См. об этом также: Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен. 2-е изд. М., 2009, когда он анализировал проблематику уголовного права как ресурса, как источника власти, уголовно-правовых рисков, задачи и потребности охраны национального уголовно-правового суверенитета (с. 179–253), роль уголовного права в системе государственного воздействия на экономику, взаимодействие бизнеса и правоохранительных органов (с. 272–284).

¹³ См.: Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. С. 21–22.

основываются на социалистической системе подходов к уголовно-правовому регулированию, что «позволяет использовать нормы, устанавливающие уголовно-правовой запрет хищения, для неправового по своей сути прекращения прав законных собственников (владельцев), осуществляемого путем искусственной криминализации нормальных хозяйственных отношений (например, примечание 1 к ст. 158, ст. 158 – 162, 164). В отношении норм главы 22 рекомендации авторов Концепции наиболее подробны и заключаются в том, что необходимо:

- отказаться от уголовной ответственности за деяния с формальными составами;
- отказаться от признания дохода, полученного в нарушение правил ведения экономической деятельности, криминообразующим или квалифицирующим признаком преступного деяния, приравненным к ущербу;
- отказаться от квалифицирующего признака совершения преступлений группой лиц по предварительному сговору и др.¹⁴

На основе этого авторы Концепции предлагают исключить из УК РФ следующие статьи: 171, 171.1, 172, 174.1, 176, 177, 178, 184, 185.1, 190, 192, 193, а статью 174 дать в новой редакции, «исключающей указание на сделку как способ совершения данного преступления»¹⁵, то есть легализации (отмывания) денежных средств или иных доходов, приобретенных другими лицами преступным путем (прим. автора – О. Д.).

Таким образом, в российской уголовно-правовой науке предпринимаются попытки обосновать либерализацию уголовной ответственности за экономические преступления, облегчить бремя репрессии, уменьшить расходы на уголовное преследование, создать более приемлемую атмосферу в отношении охраны и интересов бизнеса, и интересов Российского государства и российских граждан. В настоящее время трудно сказать, насколько эти попытки будут восприняты и, тем более, реализованы.

¹⁴ См.: Там же. С. 49–53.

¹⁵ Там же. С. 53–54.

Zur Konzeption der Liberalisierung des russischen Wirtschaftsstrafrechts

Professorin Olga Dubovik, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Institut für Staat und Recht an der Russischen Akademie der Wissenschaften, Moskau (Russland)

Im Laufe des letzten Jahrzehnts entstanden in der russischen Strafrechtswissenschaft kritische Diskussionen über die Qualität der strafrechtlichen Regulierung im wirtschaftlichen Bereich, die bis zum heutigen Tage geführt werden. Dabei geht es zum einen um die Unvollständigkeit oder – im Gegenteil – um das Übermaß der geltenden strafrechtlichen Verbote und zum anderen um den unangemessen repressiven Charakter von Strafgesetzen, die die Strafbarkeit der Unternehmer regeln oder um die „Nachsicht“ des Gesetzgebers in wirtschaftlichen Belangen. Darüber hinaus geht es um die Bedeutung der Strafbarkeit der Wirtschaftsdelinquenz für die Interessen der Gesellschaft, des Staates und der Wirtschaft Russlands.

Im Ergebnis der geführten Diskussionen haben sich zwei wesentliche Meinungen herausgebildet. Die Anhänger einer Ansicht fordern stetig die Verschärfung von Sanktionen wegen Wirtschaftsstraftaten und die Einführung neuer Tatbestände und somit die Ausweitung der Kriminalisierung. Die Vertreter der Gegenmeinung gehen davon aus, dass Art. 22 UK RF einer grundlegenden Überarbeitung bedarf, wobei die Entkriminalisierung einer Reihe von strafbaren Handlungen und die Milderung der Versuchsstrafbarkeit die Reduzierung strafrechtlicher Verfolgung im wirtschaftlichen Bereich bewirken soll.

Eine weitere Ansicht betrifft allgemein die Notwendigkeit der Ausarbeitung eines neuen Strafkodexes, weil das gegenwärtig geltende Strafgesetz nicht den politischen und anderen Veränderungsprozessen, die in Russland gerade stattfinden, entspreche. Wissenschaftler, die diese Ansicht vertreten, führen selten konkrete Beispiele an und verweisen dagegen auf die „Kriminalität“ des russischen Staates, Globalisierungsprozesse und andere Argumente, die keinem Beweis zugänglich sind.

Diese Diskussionen sind in den Monografien, Fachzeitschriften, Konferenz- und Symposiumsmaterialien ausführlich dargestellt. In meinem Vortrag möchte ich grundlegende Konzeptionen zur Modernisierung der Kriminalpolitik und Strafgesetze im Wirtschaftsbereich analysieren. Diese Konzeptionen wurden von den Wissenschaftlern ausgearbeitet, die von der Stiftung „Liberal Mission“ damit beauftragt wurden.

Der Strafkodex Russlands enthält 34 Tatbestände im Bereich der unternehmerischen Tätigkeit. Im Zeitraum von 2004 bis 2010 wurden insbesondere solche Unternehmen strafrechtlich verfolgt, deren Jahresumsatz von 0,35 % bis 6,48 % des Bruttoinlandsprodukts betrug. Übermäßige Kriminalisierung der unternehmerischen Tätigkeit sowie strenge Strafpolitik führten dazu, dass im Ergebnis strafrechtlicher Verfolgung die Unternehmen mit dem

Jahresumsatz von durchschnittlich 1,82 % des BIPs (insgesamt 12,75 %) ihre Tätigkeit eingestellt haben¹.

Die Verfasser der Untersuchung über die sozialökonomischen Folgen der staatlichen Kriminalpolitik für die Unternehmen führen auch Angaben zu Mindestverlusten (Risiken) an:

– Die durchschnittliche Anzahl der Personen, die innerhalb eines Jahres für die Begehung von Straftaten mit wirtschaftlichem Bezug strafrechtlich verfolgt wurden, liegt bei 88 741 Personen (nach Angaben von „Rosstat“² für 2004 bis 2009);

– Die Anzahl der Unternehmen, die von der strafrechtlichen Verfolgung betroffen waren (2 Personen pro Unternehmen), beträgt 44 370,50 Unternehmen;

– Der durchschnittliche Jahresumsatz eines Kleinunternehmens betrug 2009 nach Angaben des „Rosstat“ 10 529 235,57 Rubel (ca. 263 230 Euro – *Anm. der Autorin*);

– Der Jahresumsatz strafrechtlich verfolgter Unternehmen beläuft sich auf 467 187 446 858,69 Rubel (ca. 116 796 862 Euro – *Anm. der Autorin*)³.

Diese und andere von Experten analysierte Angaben ermöglichen Schlussfolgerungen darüber, dass die offizielle Kriminalstatistik keine hinreichenden Aufschlüsse liefert, relativ widersprüchlich ist und keinen einheitlichen Maßstab aufweist. Außerdem eignen sich die ökonomischen und sozialen Statistiken nicht zur Datenerhebung über die Folgen und Kosten der Kriminalpolitik für die unternehmerische Tätigkeit. Die Situation im Bereich der auf die unternehmerische Tätigkeit gerichteten Kriminalpolitik ist dynamisch und von Strafgesetzen unabhängig, sie unterliegt jedoch wesentlichen Einflüssen der Gesetzesanwendungspraxis (es sei auch auf die wechselnde Besetzung von Führungspositionen in den Rechtsanwendungsbehörden hingewiesen). Des Weiteren stößt die – im öffentlichen Interesse durchgeführte und auf eine objektive Bemessung ökonomischer Verluste gerichtete – Untersuchung der Ausrichtung der Kriminalpolitik auf einen systematischen Widerstand der Profiteure der existierenden Kriminalpolitik, deren Interessen nicht immer mit den behaupteten öffentlichen Interessen übereinstimmen⁴. Darüber hinaus betonen die Verfasser der Untersuchung,

¹ Григорьев Л. М., Жалинский А. Э., Жуйков В. В., Морицакова Т. Г., Новиков И. А., Новикова Е. В., Радченко В. И., Субботин И. А., Федотов А. Г. [Grigor'ev L. M., Žalinskij A. È., Moršakova T. G., Novikov I. A., Novikova E. V., Subbotin I. A., Fedotov A. G.] Социально-экономические последствия уголовной политики государства в отношении бизнеса // Уголовная политика в сфере экономики: экспертные оценки. [Soziale und wirtschaftliche Folgen der Strafrechtspolitik gegenüber Unternehmen in: Strafrechtspolitik im Wirtschaftsbereich: Bewertungen der Experten], Moskau 2011, S. 21.

² Федеральное агентство по статистике Российской Федерации (*Anm. Übers.*).

³ Fn. 1, S. 19.

⁴ Fn. 1, S. 4 f.

dass die These über die übermäßige Kriminalisierung unternehmerischer Tätigkeit in der Wissenschaft umstritten sei. Die Gründe dafür liegen darin, dass es an objektiven Angaben, der Übereinstimmung in den Begrifflichkeiten, den Merkmalen sowie der Gefährlichkeit der Taten für die Öffentlichkeit usw. fehlt⁵. Dabei zeigt die offizielle Statistik, dass im Vergleich zur gesamten Kriminalitätsrate im Land die strafrechtliche Verfolgung in wirtschaftlichen Bereich im Zeitraum von 2006 bis 2009 kontinuierlich gewachsen ist⁶. Zu verzeichnen ist auch die Tendenz, dass die strafrechtlichen Ermittlungen gegen Unternehmer nicht nur aufgrund der Straftaten nach Art. 22 UK RF, sondern auch wegen Untreue, Betrug und anderen Straftaten eingeleitet werden.

Ich möchte anmerken, dass bei den strafrechtlichen Verfolgungen der Unternehmer die Normen des 25. Kapitels UK RF „Straftaten gegen die Gesundheit der Bevölkerung und öffentliche Sitte“ ebenfalls zur Anwendung kommen. Es handelt sich hierbei z. B. um Art. 236 „Verstoß gegen hygienisch-epidemiologische Vorschriften“, Art. 238 „Herstellung, Aufbewahrung, Beförderung oder Verkauf von Waren und Erzeugnissen, Vornahme von Arbeiten oder die Erbringung von Dienstleistungen, bei denen die Sicherheitsanforderungen nicht eingehalten werden“. Darüber hinaus werden auch mehrere Normen des 26. Kapitels UK RF „Umweltstraftaten“ (Art. 247 „Verstoß gegen Umweltschutzvorschriften bei der Durchführung von Arbeiten“, Art. 250 ff., 254 über Gewässer-, Luft-, Meerwasser-, Bodenverunreinigung usw.) angewendet⁷.

Im Zeitraum von 2000 bis 2010 wurden 15,2 % aller Wirtschaftssubjekte (Unternehmen, Einzelunternehmen, Bauern)⁸ strafrechtlich verfolgt.

⁵ Fn. 1, S. 5, 7 f.

⁶ Fn. 1, S. 9.

⁷ Дубовик О. Л. [Dubovik O. L.] Проблемы оценки современного состояния экологической преступности в России // Россия: от реформы к стабильности. Научные труды ИМПЭ им. А. С. Грибоедова [Bewertungsprobleme des aktuellen Standes der Umweltkriminalität in Russland in: Russland: Von Reformen zur Stabilität], Moskau 2009, S. 74–85; Дубовик О. Л. [Dubovik O. L.] Комментарий к ст. 238, 246–262 в кн.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А. Э. Жалинский. [Kommentar zum Strafkodex der Russischen Föderation, Red.: A. È. Žalinskij, Art. 238, 246–262], Moskau 2010; Дубовик О. Л. [Dubovik O. L.] Уголовное право и экология // Уголовное право: Актуальные проблемы теории и практики. Сборник очерков / Отв. ред. В. В. Лунеев. [Strafrecht und Umwelt in: Strafrecht: Aktuelle Probleme der Theorie und Praxis, Red.: V. V. Luneev] Moskau 2010, S. 670–696; Дубовик О. Л. [Dubovik O. L.] Экологическая преступность в Российской Федерации: состояние, тенденции, связи с транснациональной, коррупционной и организованной преступностью // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права [Umweltkriminalität in Russland: Zustand, Tendenzen, Verbindungen zur transnationalen organisierten Kriminalität und Korruption in: Kriminologische Zeitschrift der Baikalischen Staatlichen Universität der Wirtschaft und des Rechts], 1/2010, S. 18–29; Юридическая ответственность за экологические правонарушения / Отв. ред. О. Л. Дубовик [Juristische Verantwortlichkeit für Rechtswidrigkeiten im Umweltbereich, Red.: O. L. Dubovik], Moskau 2012.

⁸ Fn. 1, S. 12.

Außerdem stellen auch Staatsausgaben für eingestellte Ermittlungsverfahren gegen Unternehmer eine direkte wirtschaftliche Folge dar. Die Verfasser der Untersuchung kommen zum Ergebnis, dass „26 % bis 40 % der Haushaltsausgaben für die strafrechtliche Verfolgung von Unternehmen zu einem entgegengesetzten Ergebnis führen, weil die eingesetzten staatlichen Mittel ganz oder teilweise legales Unternehmertum unterdrücken. Mit anderen Worten blockieren sie den sozialen Mechanismus, der das wirtschaftliche Wachstum fördert“⁹. Im Weiteren betonen sie, dass die Ausweitung strafrechtlicher Repressionen gegenüber den Unternehmern zu den Faktoren zählen würde, die das Investitionsklima im Land negativ beeinflussen, Phobien schaffen und zum Verzicht auf Unternehmensgründung, zur Kapitalflucht und anderen negativen Folgen führen können¹⁰. Nicht zuletzt verweisen die Verfasser auf die Kosten des Strafvollzugssystems¹¹.

Zu den aufgelisteten sozialen und wirtschaftlichen Folgen können meiner Ansicht nach hinzugefügt werden:

- Hervorrufen einer öffentlichen Meinung, die in der Formierung negativer Einstellung gegenüber unternehmerischen Tätigkeit in vielen Bevölkerungsschichten zum Ausdruck kommt;
- Etablierung von Vorurteilen im öffentlichen Bewusstsein gegen die Initiative, Aktivität, Selbstständigkeit und von anderen negativen sozial-psychologische Erscheinungen;

Daneben können auch folgende negative Erscheinungen angeführt werden:

- die Wirkung „zielgerichteter“ strafrechtlicher Repression in der Wirtschaftssphäre, die in der allgemeinen Auflösung von Gesetzlichkeit und Rechtsordnung, Vorspiegeln von Aktivitäten bei der Strafverfolgung durch Strafverfolgungsbehörden, Prioritätsänderungen bei der Aufdeckung von Straftaten u.a. zum Ausdruck kommt.

Auf der Grundlage der genannten und anderen Angaben wurde die Konzeption zur Liberalisierung des Wirtschaftsstrafrechts ausgearbeitet. A. È *Zalinskij* betonte, dass die Notwendigkeit der Erneuerung des Wirtschaftsstrafrechts durch die folgenden tatsächlichen negativen Wirkungen der Strafgesetze bedingt ist:

- die Reichweite der Entscheidungen im Wirtschaftsstrafrecht kann in vielen Fällen und aus mehreren Gründen (Bestechlichkeit, Willkür, unprofessionelles Vorgehen, unzureichende gesetzliche Regelung) unberechenbar sein;

⁹ Fn. 1, S. 13.

¹⁰ Fn. 1, S. 13–17.

¹¹ Fn. 1, S. 17 f.

- der große statistische Unterschied zwischen aufgedeckten Straftaten und tatsächlichen Verurteilungen deutet auf eine Verschiebung der judikativen Gewalt von der Rechtsprechung zu den vorgerichtlichen Behörden, die Urteile durch andere Maßnahmen ersetzen, hin;
- die Staatsausgaben im Bereich der Strafverfolgung sind aufgrund der fehlerhaften Anwendbarkeit von Strafgesetzen und anderen Ursachen so hoch, dass mit großer Wahrscheinlichkeit von fehlender Rentabilität ausgegangen werden kann;
- erschwerte Bewertung, ob die im UK RF vorgesehenen Verbote tatsächlich notwendig und ausreichend sind;
- der Schutz der Eigentümer und anderen Wirtschaftssubjekte, Verträge, Geschäftsinformation und anderen Rechtsgüter ist unzureichend und ist sowohl durch das Strafgesetz als auch durch seine Anwendung deformiert¹².

Als Ziele der Modernisierung wirtschaftlicher Strafrechtsnormen bezeichnet A. È. Žalinskij die Einführung von Strafgesetzen und ihrer Anwendungsmechanismen in der Art, dass die Entwicklung und Funktionsfähigkeit der Strafgesetze gewährleistet werden können und zwar

- in Übereinstimmung mit tatsächlichen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnissen und Möglichkeiten des Landes¹³ bei der Gewährleistung der Balance zwischen persönlichen, gesellschaftlichen und staatlichen Interessen;
- in Übereinstimmung von Staatsinteressen und Gesinnungen, die von der Mehrheit der Bürger anerkannt werden; dies setzt eine Abkehr von der „Privatisierung“ strafrechtlicher Ressourcen im Interesse einzelner Personen oder bestimmter sozialer Schicht voraus;
- nicht nur ausschließlich auf der Grundlage der Strafgesetze, sondern konsequent auf der Grundlage aller Gesetze;

¹² Ausführlich hierzu vgl. Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере [Konzeption der Gesetzesmodernisierung im Bereich des Umweltstrafrechts], Moskau 2010, S. 20.

¹³ Vgl. auch Жалинский А. Э. [Žalinskij A. È]. Уголовное право в ожидании перемен [Strafrecht in Erwartung der Veränderungen], 2. Aufl., Moskau 2009, когда он анализировал проблематику уголовного права как ресурса, как источника власти, уголовно-правовых рисков, задачи и потребности охраны национального уголовно-правового суверенитета [Der Autor analysierte die Strafrechtsproblematik als die des Ressourcen, der Machtquelle, Strafrechtsrisiken, Aufgaben und Erfordernisse des Strafrechtsschutzes von nationaler Souveränität] (S. 179–253), роль уголовного права в системе государственного воздействия на экономику, взаимодействие бизнеса и правоохранительных органов [Die Rolle des Strafrechts im staatlichen Einwirkungssystem gegenüber Wirtschaft, Zusammenwirken von Unternehmerschaft und Rechtsschutzbehörden] (S. 272–284).

- als subsidiärer Rechtsbereich, der verfassungsrechtliche Werte in der Wirtschaft (Freiheit unternehmerischer Tätigkeit, Vertrags- und Eigentumsfreiheit, von Unternehmern und Staat wahrgenommene wirtschaftliche Rechte und angewandte Strategien) zum Ausdruck bringt;
- in der Anstrengung von Gerechtigkeit, Effizienz und Maß in der Durchsetzung strafrechtlicher Verbote (strafrechtlichen Repressionen)¹⁴.

In der beschriebenen Konzeption wurden drei Abschnitte über die Liberalisierung der Strafgesetze formuliert, die die Normen des Allgemeinen und Besonderen Teils des UK RF betreffen (21. und 22. Kapitel) Außerdem wurden aufgrund der unmittelbaren Verbindung zwischen der Durchsetzung strafrechtlicher Verbote mit dem Stand gesetzlicher Regulierung im Strafprozess- und Strafvollzugsbereich die entsprechenden Vorschläge zu der Reformierung auch dieser Bereiche in der Konzeption unterbreitet. Im Rahmen des heutigen Vortrages ist es leider nicht möglich, alle Vorschläge der Konzeption anzuführen.

Ich möchte mich kurz fassen und lediglich vorbringen, dass die Verfasser der Konzeption im Rahmen ihrer Vorschläge zur Änderung des Allgemeinen Teils die Senkung des Strafniveaus sowie die restriktive Auslegung der Strafnormen anregen. Was die Änderungen im Kapitel 21 „Straftaten gegen das Eigentum“ betrifft, so vertreten die Verfasser die Meinung, dass die Verbote, die sich auf die sozialistische Vorgehensweise bei der strafrechtlichen Regulierung stützen lassen, beseitigt werden müssen. „Das Weiterbestehen dieser Regelungen ermöglicht mittels künstlicher Kriminalisierung gewöhnlicher wirtschaftlicher Verhältnisse die Anwendung der Untreuevorschriften zur Beschneidung der Rechte rechtmäßiger Eigentümer (vgl. z. B. Anmerkung zum Art. 158 Abs. 1, Art. 158–162, 164). Für das 22. Kapitel fallen die Vorschläge dagegen viel konkreter aus. Die Verfasser gehen von der Notwendigkeit von:

- Entkriminalisierung von Gefährdungsdelikten;
- Abschaffung des Tatbestands- bzw. Qualifikationsmerkmals der Erzielung von Einnahmen infolge des Verstoßes gegen die Regelungen zur Ausübung unternehmerischer Tätigkeit, welches mit einem Schaden gleichgesetzt wird;
- Abschaffung des Qualifikationsmerkmals der Tatbegehung durch mehrere Personen nach vorheriger Absprache u. a.¹⁵

Demzufolge schlagen die Verfasser der Konzeption vor, folgende Regelungen aus dem UK RF zu streichen: Art. 171, 171.1, 172, 174.1, 176, 177, 178, 184, 185.1, 190, 192, 193. Die Fassung des Art. 174 muss in der Weise

¹⁴ Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере [Konzeption der Gesetzesmodernisierung im Bereich des Umweltstrafrechts], Moskau 2010, S. 21 f.

¹⁵ Fn. 14, S. 49–53.

geändert werden, dass „der Verweis auf das Geschäft als Mittel der Tatbegehung ausgeschlossen wird“¹⁶. Dies bedeutet nämlich die Legalisierung von Geldmitteln (Geldwäsche) oder anderen Einnahmen, welche durch die Tatbegehung durch andere Personen erlangt wurden (*Anmerkung der Autorin*).

Abschließend ist festzuhalten, dass in der russischen Strafrechtswissenschaft angestrengt nach der dogmatischen Begründung der Liberalisierung des Wirtschaftsstrafrechts gesucht wird. Dabei sollen die Belastung durch Repressionen verringert, die Staatsausgaben für die strafrechtliche Verfolgung abgesenkt und ein besserer Schutz der Interessen der Wirtschaft, des russischen Staates und der Bürger erreicht werden. Gegenwärtig ist jedoch kaum abzuschätzen, ob diese Anstrengungen zum gewünschten Ergebnis führen und wann die gestellten Ziele umgesetzt werden.

¹⁶ Fn. 14, S. 53–54.

Концепция конкуренции уголовно-правовых норм

Л. В. Иногамова-Хегай, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Россия

Концепция конкуренции уголовно-правовых норм включает понятие, сущность, содержание, виды, значение конкуренции и правила ее решения. Одним из основных правил конкуренции уголовно-правовых норм является положение о применении специальной нормы при ее «соперничестве» с нормой общей. Проблемы решения данной конкуренции нередко возникают в связи с неудачной законодательской деятельностью. В частности, имеются в виду ситуации исключения из Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ) специальной нормы при сохранении общей, либо, наоборот, появление новой специальной нормы в дополнение к уже существующей общей.

I. Исключение из Уголовного кодекса РФ специальной нормы при сохранении общей.

Возможные варианты ответа: первый ответ состоит в том, что уголовно-правовое явление, ранее рассматривавшееся по специальной норме, теперь следует определять по общей норме. Второй ответ означает, что явление выпадает из сферы уголовно-правового регулирования, то есть преступление декриминализируется. Установление истинного варианта ответа является непростым делом.

В 1998 г. из нормы, предусматривавшей ответственность за автотранспортное преступление (ст. 264 УК РФ), исключили вредное последствие в виде крупного ущерба¹. На мой взгляд, не произошло декриминализации этого деяния, и ответственность за имущественный ущерб вследствие дорожно-транспортного происшествия имеет место согласно ст. 168 УК РФ «Уничтожение или повреждение имущества по неосторожности». В последней статье закреплена общая норма об уголовной ответственности за любое уничтожение или повреждение чужого имущества в крупном размере, совершенное путем неосторожного обращения с огнем или иными источниками повышенной опасности.

Такой ответ основан на отсутствии специальных законодательных предписаний по этому вопросу. Утверждение о том, что законодатель именно хотел декриминализировать причинение имущественного ущерба при нарушении правил безопасности движения и эксплуатации транспорта является недостаточно убедительным. К тому же предполагать, что хотел сделать законодатель – дело опасное: может получиться манипуляция законодателем. И отличить впоследствии, где – законодательные идеи, а где умелое манипулирование им, станет практически невозможным.

¹ См.: ФЗ от 25 июня 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ 1998. № 26. Ст. 3012.

И странным видится наличие уголовной ответственности, когда автомобиль, к примеру, был поврежден в результате неосторожного обращения с огнём (ч. 1 ст. 168 УК РФ), и отсутствие этой ответственности при повреждении автомобиля вследствие столкновения с другим автомобилем по вине водителя, управляющего последним.

Статья 200 УК РФ «Обман потребителей» была исключена из Уголовного кодекса Федеральным законом от 8 декабря 2003 г.² Деяния по обману потребителей, по моему мнению, охватываются теперь нормой о мошенничестве (ст. 159 УК РФ). Оба вышерассмотренные решения основаны на учении конкуренции общей и специальной норм. Исключение специальной нормы при сохранении общей нормы означает, что деяние отныне должно рассматриваться по общей норме. Вопреки этому правилу, две рассмотренные ситуации в судебной практике и научном мире оцениваются по-разному³.

Нечеткое законодательное решение приводит к произволу и в итоге не законодатель определяет уголовно-правовую политику, а судебносудебная практика. Научная мысль в этих условиях не всегда способна пробить себе дорогу, а в ряде случаев наука солидаризируется с практикой.

Сказанное относится и к исключению из ст. 88 УК РФ специальной нормы о наказании в виде ареста. Но в ст. 54 УК РФ, содержащей общую норму, осталось положение о распространении ареста на лиц, старше 16 лет.

На мой взгляд, законодатель может решить рассматриваемый вопрос, четко определяя в Уголовном кодексе, когда исключение специальной нормы связано с декриминализацией деяния или исключением специального положения из сферы уголовно-правового регулирования. Отсутствие такого законодательного предписания означает, что регулирование явления, ранее охватываемого специальной нормой, начинается осуществляться общей уголовно-правовой нормой.

II. Появление новой специальной нормы в дополнение к уже существующей общей норме.

Статья 127.1 УК РФ была дополнена Федеральным законом от 25 ноября 2008 г.⁴ новыми формами торговли людьми в виде иных сделок. Передача и получение как общая норма охватывают иные сделки, которые предусмотрены специальной нормой. Каждая сделка состоит из

² ФЗ от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ 2003. № 50. Ст. 4848.

³ См., например: п. п. 1, 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 декабря 2008 г. «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения» // БВС РФ. 2009. № 2.

⁴ См.: ФЗ от 25 ноября 2005 г. № 218-ФЗ «О внесении изменений в статью 127.1 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ 2008. № 48. Ст. 5513.

получения и (или) передачи. Получается дублирование в одной статье общих и специальных положений.

Думаю, такая ситуация затрудняет выбор нужной конкретной формы торговли: передачи или получения либо какой-то иной сделки. Между тем правоприменитель обязан установить конкретную форму торговли, в том числе и потому, что если эта сделка с человеком, то торговля людьми есть независимо от наличия цели эксплуатации человека. Если же формой торговли людьми является передача или получение человека, необходимо, чтобы такая форма совершалась в целях его эксплуатации. Состав торговли людьми нет при отсутствии указанной цели.

Можно оставить в статье о торговле людьми только куплю-продажу как сделку, не вызывающую проблем по её установлению, иные же сделки – исключить из ст. 127.1 УК РФ.

Конкуренция общей и специальной норм, норм части и целого состоит в том, что специальная норма содержит все признаки общей нормы и один или несколько ее признаков детализирует. Норма-целое включает полностью норму-часть и еще признак (признаки), которых в норме-части нет.

Основной состав торговли людьми предусмотрен нормой-частью, квалифицированный состав с целью изъятия у потерпевшего органов или тканей – нормой-целым.

Цель изъятия у потерпевшего органов или тканей (п. «ж» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ) предусмотрена как квалифицирующий признак состава. Согласно учению о составе преступлений квалифицированный состав имеется при наличии в нем всех признаков основного состава преступления. Цель изъятия у потерпевшего органов или тканей закреплена в виде квалифицирующего признака, а признаком основного состава торговли людьми является другая цель: цель эксплуатации человека. Указанное соотношение целей в составе торговли людьми имеет принципиальное значение для квалификации.

Статья 127¹ УК РФ предусматривает два основных состава преступления. Если совершается торговля людьми в форме вербовки, перевозки, передачи, укрывательства или получения, то квалифицированный состав с намерением извлечь у потерпевшего его органы или ткани имеется только при наличии цели эксплуатации человека, то есть, должны быть две цели. Рассматриваемый состав закреплён нормой-целым, в котором имеются обе цели.

При совершении купли-продажи или иных сделок с человеком квалифицированная торговля людьми будет даже при наличии у виновного только одной цели извлечения у потерпевшего органов или тканей. Этот состав предусмотрен нормой-целым, для которого необходима и достаточна одна цель изъятия у потерпевшего органов или тканей. Согласно ст. 127¹ УК РФ купля-продажа человека и иные сделки с ним преступны всегда независимо от того есть или нет цель его эксплуа-

тации, поэтому квалифицированный состав, предусмотренный п. «ж» ч. 2 ст. 127¹ УК РФ, имеется в отсутствие цели эксплуатации.

Иное положение – при других формах торговли людьми. Отсутствие цели эксплуатации потерпевшего у виновного, желающего неправомерно извлечь органы или ткани у жертвы, не дает основания для привлечения его к уголовной ответственности не только за совершение квалифицированного преступления, но и даже за простую торговлю. В итоге наступают разные правовые последствия, если торговля людьми совершена в форме иной сделки, – одни, а в случае получения или передачи человека и иных действий – другие.

Различие в правовых последствиях совершения торговли людьми является ещё одним аргументом негативного аспекта избыточности форм торговли людьми. Закрепление иных сделок с человеком специальной нормой не является достаточно обоснованным и эту норму предпочтительнее исключить из Уголовного кодекса.

Подстрекательство к террористической деятельности (ч. 1 ст. 205.1 УК РФ) и пособничество совершению террористического акта (ч. 3 ст. 205.1 УК РФ) в статье «Содействие террористической деятельности» являются специальными нормами по отношению к общим. Последние могут быть соучастием в преступлениях, перечисленных в ч. 1 и в примечании 1 к статье 205.1 УК РФ, либо соучастием и приготовлением, а также покушением к их совершению.

Склонение, вербовка или иное вовлечение лица в совершение хотя бы одного из преступлений, предусмотренных статьями 205, 206, 208, 211, 277, 278, 279 и 360 УК РФ (ч. 1 ст. 205.1 УК РФ), является специальным случаем подстрекательства к указанным преступлениям. Общей нормой для этого соучастия является положение, предусмотренное ч. 4 ст. 33 УК РФ и одной из вышеназванных статей. До появления этой специальной нормы ответственность подстрекателя наступала либо за оконченное, либо за неоконченное преступление. В последнем случае наказание подстрекателю назначалось по правилам, предусмотренным ст. 66 УК РФ, согласно которой в обязательном порядке оно подлежало смягчению.

Сравнительный анализ специальной и общей норм об уголовной ответственности подстрекателя вышеперечисленных преступлений показывает, что собственно отличие их в наказании. Наказание подстрекателю за неоконченное преступление должно назначаться за покушение не свыше трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного Особенной частью Уголовного кодекса за оконченное преступление, и не свыше половины – за приготовление. Действительно, наказание по ч. 1 ст. 205.1 УК РФ в ряде случаев при совершении неоконченного преступления строже наказания, предусмотренного общей нормой. Например, за простой террористический акт (ч. 1 ст. 205 УК РФ) наказание – от восьми до пятнадцати лет лишения свободы, а за подстрекательство к нему, предусмотренное ч. 1 ст. 205.1 УК РФ, – лишение свободы на срок от пяти

до десяти лет со штрафом в размере до пятисот тысяч рублей либо в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до трех лет либо без такового. Таким образом, за подстрекательство к террористическому акту на этапе приготовления, предусмотренное общей нормой (ч. 1 ст. 30, ч. 4 ст. 33, ч. 1 ст. 205 УК РФ), лишение свободы нельзя назначить свыше 7,5 лет, что меньше десяти лет лишения свободы (ч. 1 ст. 205.1 УК РФ).

За подстрекательство к захвату заложника на этапе приготовления (ч. 1 ст. 30, ч. 4 ст. 33, ч. 1 ст. 206 УК РФ) лишение свободы нельзя назначить свыше пяти лет, а за аналогичные действия к квалифицированному захвату заложника (ч. 1 ст. 30, ч. 4 ст. 33, ч. 2 ст. 206 УК РФ) – свыше 7,5 лет, что меньше десяти лет лишения свободы (ч. 1 ст. 205.1 УК РФ).

Из 17 составов преступлений, предусмотренных ст. 205, 206, 208, 211, 277, 278, 279 и 360 УК РФ, в 10 составах наказание установлено меньше 20 лет лишения свободы. Следовательно, специальная норма (ст. 205.1 УК РФ) в сравнении с этими составами предусматривает более строгое наказание. С этой точки зрения как-то объяснить введение специального предписания можно.

Но наличие двух норм, общей и специальной, на практике приводит к их разному применению: в одних случаях вменяют обе нормы, в других – виновного привлекают к уголовной ответственности по одной из них. Кроме того, привлечение к уголовной ответственности за неоконченное преступление имеет место намного реже, чем за оконченное преступление, поэтому различие в наказуемости преступлений особого значения не имеет.

Негативные аспекты закрепления двумя нормами рассматриваемых случаев подстрекательства к преступлению свидетельствуют о неудачном регулировании в уголовном праве данного вопроса. Думаю, что больше оснований для исключения из Уголовного кодекса критикующей специальной нормы (ч. 1 ст. 205.1 УК РФ).

Все сказанное с критической оценкой специальной нормы о подстрекательстве к совершению преступлений террористической направленности относится и к другой специальной норме о пособничестве (ч. 3 ст. 205.1 УК РФ). Последняя введена Федеральным законом от 9 декабря 2010 г. № 352-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации»⁵. По вышеприведённым основаниям эту специальную норму (ч. 3 ст. 205.1 УК РФ)⁶ лучше исключить из Уголовного кодекса.

Пособничество террористическому акту (ч. 3 ст. 205.1 УК РФ) одновременно находится в конкуренции с положениями, предусмотренными в ч. 1 ст. 205.1 УК РФ, а именно, вооружением или подготовкой лица

⁵ См.: СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6610.

⁶ Общей нормой является положение, предусмотренное ч. 5 ст. 33 и соответствующей частью ст. 205 УК РФ.

в целях совершения хотя бы одного из преступлений, закреплённых ст. 205, 206, 208, 211, 277, 278, 279 и 360 УК РФ, а равно финансированием терроризма. Только здесь конкурирующее соотношение обратное: пособничество террористическому акту (ч. 3 ст. 205.1 УК РФ) является общей нормой; вооружение, подготовка, финансирование террористического акта – специальной нормой. Приведённая конкуренция норм ещё более свидетельствует о непродуманности введения специального случая пособничества и об избыточности норм.

Неудачным следует признать и раскрытие в примечании к ст. 205.1 УК РФ положения о понятии пособничества в совершении преступления, предусмотренного ст. 205 УК РФ. Согласно данному примечанию под пособничеством понимается умышленное содействие совершению преступления советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий к его совершению, а также обещание скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путём, а равно обещание приобрести или сбыть такие предметы.

Пособничество совершению преступления как общее понятие включает *заранее данное обещание* скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путём, а равно *данное заранее обещание* приобрести или сбыть такие предметы (ч. 5 ст. 33 УК РФ). Под заранее данным обещанием понимается заявление, сделанное на этапе приготовления или выполнения объективной стороны преступления, но обязательно до окончания преступления. После завершения объективной стороны преступления предлагаемое обещание скрыть особо тяжкое преступление и реальное укрывательство является самостоятельным преступлением в виде заранее не обещанного укрывательства особо тяжких преступлений, предусмотренного ст. 316 УК РФ.

После изменения ст. 205.1 УК РФ в научном сообществе было высказано предложение о противоречии, допущенном при создании этой новеллы: отсутствии термина «заранее данного» обещания. Но полагаю, что возможно никакого противоречия между положениями Особенной (примечание 1 к ст. 205.1) и Общей частей Уголовного кодекса (ч. 5 ст. 33) и нет. Специально было создано новое понятие пособничества, исключительно к преступлению в виде террористического акта. Это новое понятие пособничества возможно охватывает как традиционное пособничество, так и прикосновенность к террористическому акту. Мое мнение: необходимости в новом понимании частного случая пособничества не имеется.

Думаю, что в целом оснований для существования этого специального пособничества нет. Юридически, как указывалось выше, оно уже предусмотрено общей нормой. Различие в наказуемости принципиального значения не имеет, поскольку в реальной практике такое различие возможно в редких случаях.

Для успешной борьбы с преступностью, правильной оценки общественных отношений и иных явлений, охватываемых частью, целым, общей и специальной уголовно-правовыми нормами, необходимы:

1. Продуманная уголовно-правовая политика по законодательному закреплению явлений, соответственно, общей и специальной нормами, а также нормами целым и частью;
2. Обоснованные рекомендации Верховного Суда Российской Федерации по осуществлению судебной практики;
3. Развитие научной мысли по конкуренции уголовно-правовых норм и ее реализация в процессе подготовки и переподготовки юридических кадров.

Zum Rechtsinstitut der Konkurrenzen im Strafrecht

Professorin Liudmila Inogamova-Khegay, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Professorin an der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin-Universität (Russland)

Die Konzeption zu den Konkurrenzen strafrechtlicher Normen umfasst den Begriff, das Wesen, den Inhalt, die Arten, die Bedeutung von Konkurrenzen und ihre Anwendungsregeln. Eine der grundlegenden Regeln für die Konkurrenzen stellt die Regelung zur vorrangigen Anwendung des speziellen gegenüber dem allgemeineren Tatbestand dar. Die praktische Anwendung dieser Regel ist aber wegen etwaiger Fehler des Gesetzgebers zuweilen problematisch. Dies hängt zum Teil damit zusammen, dass einige spezielle Tatbestände aus dem Strafkodex der Russischen Föderation (UK RF) gestrichen, während die allgemeinen Regelungen beibehalten werden. Des Weiteren kann es sich um die Schaffung einer neuen speziellen Norm handeln, die zusätzlich zu einer bereits bestehenden allgemeinen Regelung eingefügt wird.

I. Aufhebung der speziellen bei Beibehaltung der allgemeinen Norm

Ist eine spezielle Norm aus dem Strafkodex gestrichen, während die damit konkurrierende allgemeine Regelung beibehalten wird, hat dies zur Folge, dass ein strafrechtlich relevantes Verhalten, das früher nach dem speziellen Tatbestand beurteilt wurde, nun der allgemeinen Norm unterfällt. Denkbar erscheint es aber auch, dass die früher von der gestrichenen speziellen Norm erfasste Vorgehensweise nicht mehr von einem Straftatbestand erfasst und folglich entkriminalisiert wird. Welche dieser Folgen im Ergebnis zutreffend ist, kann im Einzelfall nicht immer eindeutig beurteilt werden.

Im Jahre 1998 wurde aus dem Straßenverkehrsstatbestand des Art. 264 UK RF der große Schaden als schädliche Folge der Tat entfernt¹. Meiner Auffassung nach hatte dies keine Entkriminalisierung dieser Handlung zur Folge, denn die strafrechtliche Verantwortung für die Herbeiführung eines Vermögensschadens infolge einer Verkehrsstraftat ist gem. Art. 168 UK RF (Fahrlässige Zerstörung oder Beschädigung des Eigentums) gegeben. Dieser Tatbestand stellt eine allgemeine Norm dar und regelt die Strafbarkeit jeder Zerstörung oder Beschädigung fremden Eigentums in großem Maße, die infolge des fahrlässigen Umgangs mit Feuer oder anderen Gefahrenquellen begangen wurden.

Diese Lösung lässt sich mit dem Fehlen von speziellen gesetzlichen Normen begründen. Die These, der Wille des Gesetzgebers sei auf eine Entkriminalisierung der Hebeiführung eines Vermögensschadens durch Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung und gegen die Sicherheitsvorschriften zum Betrieb von Verkehrsmitteln gerichtet, überzeugt nicht. Außerdem erscheint es bedenklich, über den Willen des Gesetzgebers zu mutmaßen, denn dies könnte eine Manipulation der Entscheidung des Gesetzgebers zur

¹ Föderales Gesetz der Russischen Föderation vom 25 Juni 1998 „Über die Änderungen und Ergänzungen des Strafkodexes der Russischen Föderation“, СЗ РФ [Gesetzesammlung der Russischen Föderation] 1998 Nr. 26. Pos. 3012.

Folge haben. Die Unterscheidung, ob eine Auslegung den Willen des Gesetzgebers entspricht oder ob eine Manipulation seiner Entscheidung vorliegt, ist kaum möglich.

Des Weiteren erscheint der Umstand befremdlich, dass beim Vorliegen eines Kraftfahrzeugschadens infolge des fahrlässigen Umgangs mit Feuer die Strafbarkeit gem. Art. 168 Pkt. 1 UK RF gegeben ist, während die schuldhaft Herbeiführung eines Kraftfahrzeugschadens infolge eines Aufpralls mit einem anderen Kraftfahrzeug straflos bleiben soll.

Art. 200 UK RF „Täuschung der Verbraucher“ wurde durch das Föderale Gesetz vom 8. Dezember 2003 aufgehoben². Verbrauchertäuschungshandlungen werden nunmehr von dem Betrugstatbestand erfasst (Art. 159 UK RF). Beide oben genannten Lösungen basieren auf den Prinzipien der Lehre über die Konkurrenz spezieller und allgemeiner Normen. Die Aufhebung des speziellen Tatbestandes bei der Beibehaltung des allgemeinen bedeutet, dass die Tat nun in den Anwendungsbereich der allgemeinen Norm fällt. Entgegen dieser Regel werden die beschriebenen Situationen in der Rechtsprechung und Wissenschaft unterschiedlich bewertet³.

Unklare gesetzliche Regelungen führen zur Willkür und haben zur Folge, dass die Strafrechtspolitik nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Rechtsprechung bestimmt wird. Die in der Wissenschaft vertretenen Auffassungen können sich nur schwer behaupten. In vielen Fällen schließt sich die Wissenschaft der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht an.

Dies gilt auch für die Streichung der speziellen Regelung zur Arreststrafe (Art. 88 UK RF.) aus dem Strafgesetz. Allerdings ist mit der allgemeinen Vorschrift des Art. 54 UK RF eine Regelung verblieben, die die Anwendung dieser Sanktion auf Personen erlaubt, die das 16. Lebensjahr vollendet haben.

Meiner Meinung nach kann der Gesetzgeber diese Problematik lösen, indem er im Strafkodex eindeutig bestimmt, wann die Aufhebung der speziellen Norm mit der Entkriminalisierung der Tat verbunden ist und somit aus dem strafrechtlich relevanten Bereich ausgeschlossen wird. Das Fehlen einer solchen gesetzlichen Vorschrift bedeutet, dass das Verhalten, das früher in den Anwendungsbereich der speziellen Norm fiel, nun vom Anwendungsbereich der allgemeinen umfasst wird.

II. Einführung einer neuen speziellen Norm zur Ergänzung einer bereits bestehenden allgemeinen Vorschrift.

Der Tatbestand des Art. 127.1 UK RF wurde durch das Föderale Gesetz vom 25. November 2008 um eine weitere Form des Menschenhandels („andere

² Föderales Gesetz der Russischen Föderation vom 8. Dezember 2003 Nr. 162-Ф3, Über die Änderungen und Ergänzungen des Strafkodexes der Russischen Föderation, C3 PΦ [Gesetzsammlung der Russischen Föderation] 2003 № 50 Pos. 4848.

³ Vgl. z. B. Pkte. 1, 31 des Plenumbeschlusses des Obersten Gerichts der Russischen Föderation vom 9. Dezember 2008 „Zur Rechtsprechung im Bereich der Straßenverkehrsdelikte, einschl. des Betriebs von Verkehrsmitteln und unrechtmäßiger Besitzergreifung eines Verkehrsmittels ohne Zueignungsabsicht“, BBC PΦ [Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichts der RF] 2009 Nr. 2.

Geschäfte“) ergänzt⁴. Die Übergabe und der Empfang des Menschen umfassen als Voraussetzungen der allgemeinen Norm auch „andere Geschäfte“, die in den Anwendungsbereich des speziellen Tatbestandes fallen. Jedes Geschäft besteht aus der Übergabe und dem Empfang, sodass vorliegend eine doppelte Erfassung von allgemeinen und speziellen Regelungen in einer Vorschrift gegeben ist.

Diese Doppelerfassung erschwert die Bestimmung der im konkreten Fall vorliegenden Tathandlung (Übergabe / Empfang oder ein anderes Geschäft). Der Rechtsanwender muss dabei eine konkrete Form des Handels feststellen, weil es sich bei dem Abschluss eines Geschäftes über einen Menschen zwangsläufig um Menschenhandel handelt, und zwar zunächst unabhängig davon, ob die Tat eine Ausbeutung des Menschen zum Ziel hatte. Wird allerdings der Menschenhandel durch die Übergabe oder den Empfang eines Menschen begangen, muss zusätzlich die Ausbeutungsabsicht (Begehung der Tat mit dem Ziel der Ausbeutung des Menschen) festgestellt werden. Fehlt diese Absicht, ist der Tatbestand des Menschenhandels nicht erfüllt.

Somit sollten im Menschenhandelstatbestand nur Kauf und Verkauf als Geschäft genannt werden, dessen Feststellung in der Regel unproblematisch ist. Andere Geschäfte müssen aus dem Art. 127.1 UK RF gestrichen werden.

Die Konkurrenz zwischen allgemeiner und spezieller Norm sowie zwischen der Regelung, die das inkriminierte Verhalten vollständig (Norm als Ganzes) und nur teilweise (Teilnorm) erfasst, besteht darin, dass der spezielle Tatbestand alle Merkmale der allgemeinen Regelung enthält und darüber hinaus ein oder mehrere Merkmale aufweist, die sie konkretisieren. Die Norm als Ganzes schließt die Teilnorm komplett ein und enthält ein oder mehrere Merkmale, die die Teilnorm nicht enthält.

Der Grundtatbestand des Menschenhandels stellt somit eine Teilnorm dar. Der qualifizierte Tatbestand, „in der Absicht der Organ- oder Gewebeentnahme“, bezeichnet dagegen die Norm als Ganzes.

Die Absicht der Organ- oder Gewebeentnahme (Art. 127.1 Pkt. 1 Lit. «ж» UK RF) ist als Qualifikationsmerkmal vorgesehen. Gemäß der Tatbestandslehre ist der Qualifikationstatbestand erfüllt, wenn auch alle Merkmale des Grundtatbestandes gegeben sind. Die Absicht der Organ- oder Gewebeentnahme stellt das zusätzliche qualifizierende Merkmal dar, wobei zur Erfüllung des Grundtatbestandes die Feststellung der Ausbeutungsabsicht erforderlich ist. Das dargestellte Wechselverhältnis von Absichten im Tatbestand des Menschenhandels hat eine grundlegende Bedeutung für die Qualifikation.

Art. 127.1 UK RF sieht zwei Grundtatbestände vor. Wird der Menschenhandel in Form des Anwerbens, der Überführung, des Versteckens oder in Empfangnehmens begangen, so ist der Qualifikationstatbestand mit der Absicht der Organ- oder Gewebeentnahme nur dann erfüllt, wenn die Ausbeutungsabsicht gegeben ist. Zur Erfüllung des Qualifikationstatbestandes

⁴ Föderales Gesetz der Russischen Föderation vom 25 November 2005 Nr. 218-Ф3 „Zur Ergänzung des Art. 127.1 Strafkodexes der Russischen Föderation“, С3 РФ [Gesetzesammlung der Russischen Föderation] 2008 Nr. 48 Pos. 5513.

sind also beide Absichten erforderlich. Der in Betracht kommende Tatbestand ist durch die Norm als Ganzes erfasst und enthält beide Absichten.

Bei dem Kauf und Verkauf oder dem Abschluss anderer Geschäfte über einen Menschen liegt der qualifizierte Menschenhandel auch dann vor, wenn der Täter nur mit der Absicht der Organ- oder Gewebeentnahme handelt. Dieser Tatbestand ist in der Norm als Ganzes enthalten, zu dessen Erfüllung lediglich die Absicht der Organ- oder Gewebeentnahme notwendig und ausreichend ist. Gem. Art. 127.1 UK RF sind der Kauf und Verkauf sowie andere Geschäfte über den Menschen strafbar, unabhängig davon, ob der Täter mit Ausbeutungsabsicht gehandelt hat. Der Qualifikationstatbestand des Art. 127.1 Pkt. 2 Lit. «Ж» UK RF ist somit auch beim Fehlen der Ausbeutungsabsicht erfüllt.

Anders gestaltet sich die Rechtslage bei den anderen Formen des Menschenhandels. Das Fehlen der Ausbeutungsabsicht bei dem Täter, der in der Absicht gehandelt hat, rechtswidrig Organe oder Gewebe bei dem Opfer zu entnehmen, lässt für die Strafbarkeit weder nach dem qualifizierten Tatbestand noch nach dem Grundtatbestand des einfachen Handels Raum. Infolge dessen treten ganz unterschiedliche Rechtsfolgen bei dem Menschenhandel in Form des „anderen Geschäfts“ und in den Fällen des Empfangs und der Übergabe des Menschen ein.

Die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Begehung von Menschenhandel stellen ein zusätzliches Argument dar, das den negativen Aspekt der Normüberfüllung verdeutlicht. Die Einführung der „anderen Geschäften“ über einen Menschen als spezielle Norm ist nicht ausreichend begründet und sollte aufgehoben werden.

Die Anstiftung zur terroristischen Tätigkeit (Art. 205.1 Pkt. 1 UK RF) und die Beihilfe zur Begehung eines Terroranschlages (Art. 205.1 Pkt. 3 UK RF) in dem Tatbestand „Unterstützung der terroristischen Tätigkeit“ stellen spezielle Normen im Verhältnis zu den allgemeinen Regelungen dar. Die allgemeinen Normen beziehen sich auf die mittäterschaftliche Begehung der in Art. 205.1 Pkt. 1 UK RF und in der Anmerkung 1 zu dieser Vorschrift aufgelisteten Straftaten oder auf die Mittäterschaft und Vorbereitung sowie Anstiftung zu deren Begehung.

Gem. Art. 205.1 Pkt. 1 UK RF stellen das Bestimmen, das Anwerben oder die sonstige Einbeziehung einer Person in die Begehung von mindestens einer – in Art. 205, 206, 208, 211, 277, 278, 279, 360 UK RF genannten – Straftat einen speziellen Fall der Anstiftung zu dieser Straftat dar. Die allgemeine Norm für diese Mitwirkung ist die in Art. 33 Pkt. 4 UK RF und in einer der oben genannten Normen vorgesehene Regelung. Bis zur Einführung der speziellen Vorschrift wurde der Anstifter entweder für die vollendete oder nicht vollendete Tat strafrechtlich belangt. Im zuletzt genannten Fall wurde die Strafe gem. Art. 66 UK RF festgesetzt und unterlag somit obligatorischer Milderung.

Die vergleichende Analyse der speziellen und allgemeinen Norm zur Strafbarkeit des Anstifters zeigt, dass sie sich nach dem Strafrahmen unterscheiden. Bei der Bestimmung des Strafrahmens für die versuchte Straftat

darf die Strafe nicht höher als Dreiviertel des für die vollendete Tat vorgesehenen oberen Strafrahmens liegen. Im Falle der Vorbereitung darf die Strafhöhe maximal die Hälfte des Strafrahmens für die vollendete Tat betragen. Tatsächlich aber fällt die Strafe für die Begehung einer nicht vollendeten Tat nach Art. 205.1 Pkt. 1 UK RF in vielen Fällen härter aus, als es in der allgemeinen Norm vorgesehen ist. Zum Beispiel beträgt der Strafrahmen für einen einfachen terroristischen Akt (Art. 205 Pkt. 1 UK RF) acht bis fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe. Der in Art. 205.1 Pkt. 1 UK RF für die Anstiftung zu dem terroristischen Akt vorgesehene Strafrahmen beträgt fünf bis zehn Jahre mit einer Geldstrafe in Höhe von bis zu 500.000 Rubel oder in Höhe des erzielten Arbeitslohns oder der anderen erzielten Einkünften des Verurteilten im Zeitraum von 3 Jahren oder ohne Festsetzung der Geldstrafe. Demgemäß kann die Strafe für die Anstiftung zu einem terroristischen Akt im Vorbereitungsstadium, der vom Anwendungsbereich der allgemeinen Norm (Art. 30 Pkt. 1, 33 Pkt. 2, 205 UK RF) umfasst ist, nicht höher als sieben einhalb Jahre Freiheitsstrafe ausfallen, also weniger als 10 Jahre Freiheitsstrafe nach Art. 205.1 Pkt. 1 UK RF.

Für die Anstiftung zur Geiselnahme im Vorbereitungsstadium (Art. 30 Pkt. 1, 33 Pkt. 4, 206 Pkt. 1 UK RF) darf die verhängte Freiheitsstrafe nicht mehr als fünf Jahre und bei ähnlichen Handlungen, die eine qualifizierte Geiselnahme darstellen, nicht mehr als sieben einhalb Jahre betragen. Diese Strafen sind ebenfalls niedriger als der im Art. 205.1 UK RF vorgesehene Strafrahmen (bis 10 Jahren Freiheitsstrafe).

Von 17 in den Art. 205, 206, 208, 211, 277, 278, 279, 360 UK RF vorgesehenen Tatbeständen sehen 10 Tatbestände eine Freiheitsstrafe unter 20 Jahren vor. Demzufolge sieht die spezielle Norm des Art. 205.1 UK RF einen strengeren Strafrahmen vor. Unter diesem Aspekt erscheint die Einführung der speziellen Regelung als begründet.

In der Praxis führt das Nebeneinander von allgemeiner und spezieller Norm zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung. In manchen Fällen wird der Täter für die Verwirklichung beider Straftatbestände strafrechtlich belangt, in anderen Fällen macht er sich dagegen nur nach einer Norm strafbar. Außerdem kommt es in der Praxis nur in wenigen Fällen zu einer Verurteilung wegen der Begehung einer unvollendeten Tat, so dass es sich meistens um die Verurteilung wegen der vollendeten Tat handelt und der unterschiedliche Strafrahmen keine Rolle spielt.

Die angeführten Kritikpunkte bei der Betrachtung beider Normen bestätigen die Annahme einer misslungenen Regulierung im Bereich der genannten Tatbestände. Die Aufhebung der umstrittenen speziellen Norm (Art. 205.1 UK RF) wäre zutreffend.

Die auf die spezielle Regelung der Anstiftung zur Begehung von terroristischen Straftaten bezogene Kritik gilt in gleichem Maße für die spezielle Norm über Beihilfe (Art. 205.1 Pkt. 3 UK RF). Diese Norm wurde durch das Föderale Gesetz vom 9. Dezember 2010 Nr. 352-Φ3 «Zur Änderungen im

Strafkodex der Russischen Föderation“⁵ eingeführt. Der Vorschlag zur Aufhebung dieser Norm (Art. 205.1 Pkt. 3 UK RF)⁶ lässt sich mit den vorangegangenen Ausführungen begründen.

Die Beihilfe zu einem Terroranschlag (Art. 205.1 Pkt. 3 UK RF) steht in der Konkurrenz zu den in Art. 205.1 Pkt. 1 UK RF vorgesehenen Regelungen. Gemeint sind dabei die Aufrüstung oder Vorbereitung einer Person in der Absicht, die in Art. 205, 206, 208, 211, 277, 278, 360 UK RF genannten Straftaten zu begehen, und die finanzielle Unterstützung eines Terroranschlags. Diese Konkurrenz verdeutlicht die Unbedachtsamkeit der Einführung der speziellen Norm der Beihilfe und die Überlastung der Gesetzesnormen.

Auch die in Art. 205.1 UK RF enthaltene Legaldefinition der Beihilfe zu den Straftaten des Art. 205 UK RF erscheint bedenklich. Diese bestimmt, dass unter Beihilfe eine vorsätzliche Mitwirkung bei der Begehung der Straftat zu verstehen ist. Diese Mitwirkung kann in folgenden Erscheinungsweisen zutage treten: Raterteilungen, Anweisungen, Liefern von Informationen, Mitteln oder Tatwaffen oder Hindernisbeseitigung, das Versprechen, nach der Tatbegehung den Täter, die Tatwaffen oder die aus der Tat erlangten Gegenstände zu verstecken, die Spuren zu beseitigen und auch das Versprechen, diese Gegenstände in Besitz zu nehmen oder abzusetzen.

Der allgemeine Begriff der Beihilfe zur Begehung einer Straftat schließt das *im Voraus gegebene Versprechen*, den Täter, die Tatwaffen, die aus der Tat erlangten Gegenstände zu verstecken, die Spuren zu beseitigen und auch *das im Voraus gegebene Versprechen*, diese Gegenstände in Besitz zu nehmen oder abzusetzen, ein (Art. 33 Pkt. 5 UK RF). Unter dem im Voraus gegebenen Versprechen versteht man eine Äußerung des Willens, die im Vorbereitungsstadium oder im Stadium der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale, jedoch nur bis zur Vollendung der Tat, abgegeben wurde. Nach der vollendeten Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale stellen das Verdeckungsversprechen und die Verdeckung eigenständige Straftaten dar. Es handelt sich dabei um ein nicht im Voraus gegebenes Versprechen, eine besonders schwere Straftat zu verdecken (Art. 316 UK RF).

Nach der Änderung des Art. 205.1 UK RF wurde in der Wissenschaft auf den durch die Gesetzesnovelle entstandenen Widerspruch hingewiesen, nämlich auf das Fehlen des Begriffs „das im Voraus gegebene Versprechen“. Es ist jedoch anzunehmen, dass möglicherweise kein Widerspruch zwischen den Regelungen des Besonderen Teils (Art. 205.1 UK RF) und des Allgemeinen Teils (Art. 33 Pkt. 5 UK RF) vorliegt. Für die Straftat des Terroranschlags wurde bewusst ein besonderer Begriff der Beihilfe eingeführt. Der neue Begriff umfasst sowohl die klassische Beihilfe als auch den Bezug zu einem Terroranschlag. Meiner Meinung nach ist keine Notwendigkeit gegeben, den einzelnen Beihilfefall neu zu definieren.

Es ist anzunehmen, dass die Einführung eines besonderen Falls der Beihilfe nicht begründet ist. Aus rechtlicher Sicht wird diese bereits durch die

⁵ Vgl. C3 PΦ [Gesetzessammlung der Russischen Föderation] 2010 Nr. 50 Pos. 6610.

⁶ Art. 33 Pkt. 5 und § 205 UK RF enthalten die allgemeine Norm.

allgemeine Norm erfasst. Die unterschiedlichen Strafrahmen haben keine grundlegende Bedeutung, weil diese Unterscheidung in der Praxis äußerst selten ist.

Für die erfolgreiche Bekämpfung der Kriminalität und die richtige Wertung von gesellschaftlichen Verhältnissen und anderen Erscheinungen, die von Teilregelungen und Regelungen als Ganzes sowie allgemeinen und speziellen Normen erfasst werden, ist notwendig:

1. Eine durchdachte Strafrechtspolitik bei der gesetzlichen Normierung von Erscheinungen, die sinngemäß von einer allgemeinen und speziellen Norm, Teilnorm oder Norm als Ganzes erfasst werden;
2. begründete Empfehlungen des Obersten Gerichts RF für die Rechtsprechung;
3. wissenschaftliche Entwicklung der strafrechtlichen Normkonkurrenzen und ihre Verwirklichung im Ausbildungs- und Umschulungsprozess von Juristen.

Уголовные проступки в системе российского права

Г.А. Есаков, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ), Россия

Сегодня на повестке дня в России стоит воссоздание права (уголовных) проступков как составной части (подотрасли) уголовного права в «широком» смысле слова.

Обусловлено это, во-первых, наблюдающимся системным кризисом в определении границ уголовного и административно-деликтного права и, во-вторых и как следствие, уже проявившимся или предполагаемым критическим отношением европейской юстиции к российскому праву административных правонарушений. Далее мы обозначим кризисные «натяжения», существующие между Уголовным кодексом Российской Федерации (УК РФ) и Кодексом об административных правонарушениях (КоАП РФ) и с учётом исторического опыта попытаемся обрисовать возможные подходы к конструированию уголовного права в «широком» смысле.

Аксиоматичными являются положения о том, что административные правонарушения обладают меньшей общественной опасностью по сравнению с преступлениями (если вообще ею обладают); что, соответственно, административные наказания должны быть меньшими в сравнении с уголовными и что, наконец, такая природа административных правонарушений и наказаний оправдывает внесудебное в большинстве случаев привлечение к ответственности. В настоящее время все эти аксиомы могут быть поставлены под сомнение.

Так, тезис о том, что административные правонарушения обладают общественной опасностью, практически не ставится под сомнение.

Однако меньшая общественная опасность административных правонарушений является, как представляется, неуловимым по большей части критерием отграничения первых от преступлений. Декриминализация многих деяний и, напротив, перевод административных деликтов в уголовную сферу подчас оправдывается абстрактными и отвлечёнными ссылками на общественную опасность.

Ярким примером здесь выступает клевета (ст. 128¹ УК РФ в действующей редакции), которая на протяжении менее чем года дважды «кочевала» между УК РФ и КоАП РФ: при её и декриминализации, и криминализации использовались ничего не проясняющие отсылки к общественной опасности деяния.

В этой ситуации на помощь могла бы прийти упорядоченная система административных и уголовных наказаний, не пересекающихся (в идеале) между собой или (по меньшей мере) пересекающихся в незначительной степени. Законодатель, будучи связан системой наказаний, не мог бы произвольно относить деяния либо к уголовной, либо к административной сфере. Однако этот критерий разграничения не работоспособен, поскольку в настоящее время системы уголовных и

административных наказаний совпадают не только в значительной, но и – что более важно – в значимой части, т.е. в связи с видами уголовных и административных наказаний, влекущих наибольшие ограничения прав и свобод граждан.

Парадоксальная ситуация складывается, к примеру, в связи с лишением свободы и административным арестом: ч. 1 ст. 56 УК РФ запрещает по общему правилу назначать наказание в виде лишения свободы лицам, признанным виновными в совершении преступления небольшой тяжести, тогда как за меньшее по общественной опасности административное правонарушение Кодекс об административных правонарушениях РФ позволяет назначать административный арест на срок до 15 (а в ряде случаев – до 30) суток, и то, что лишение свободы минимально назначается на срок от двух месяцев, а административный арест – до 1 месяца, не имеет особого значения в контексте противоречивого подхода законодателя, полагающего, с одной стороны, существующими преступления, за которые нельзя назначать лишение свободы, и, с другой, административные правонарушения, которые могут быть им наказаны.

Штраф, назначаемый в соответствии с Уголовным кодексом РФ на сумму от 5 тысяч рублей (ч. 1 ст. 46 УК РФ), с одной стороны, не пересекается с административным штрафом, назначаемым гражданам на сумму до 5 тысяч рублей (ч. 1 ст. 3.5 КоАП РФ); однако это положение незамедлительно дезавуируется штрафами для граждан в размере до 300 тысяч рублей (ч. 1 ст. 3.5 КоАП РФ), которые в ряде случаев превышают в разы штрафы за некоторые преступления. Например, санкция ч. 1 ст. 138 УК РФ предусматривает среди иных видов наказаний штраф в размере до 80 тысяч рублей, ч. 1 ст. 139 УК РФ – до 40 тысяч рублей. При этом число исключений из общего правила о размере административного штрафа для граждан всё возрастает, что ставит под вопрос уже само правило.

Обязательные работы в Кодексе об административных правонарушениях РФ (ст. 3.13) и в УК РФ (ст. 49) совпадают по содержанию и частично пересекаются по срокам их назначения.

Лишение права занимать определённые должности или заниматься определённой деятельностью (ст. 47 УК РФ) в трактовке Верховного Суда РФ идентично лишению права управления транспортным средством (ст. 3.8 КоАП РФ), так что срок последнего засчитывается в срок соответствующего уголовного наказания.

В отсутствие (точнее, в условиях слабой разработанности) собственной теории состава административного правонарушения эта отрасль законодательства фактически прибегает к уголовно-правовым конструкциям и институтам, при чём в случае молчания Кодекса об административных правонарушениях РФ о некоторых институтах (например, о соучастии, стадиях, необходимой обороне) высказываются сожаления о том, что он не заимствует их из Уголовного кодекса РФ.

Поставленные проблемы усугубляются ещё тем, что привлекают внимание европейской юстиции. И хотя Европейский Суд по правам человека на сегодня только в частных случаях обращал внимание на российское право административных правонарушений, его сложившаяся практика в контексте ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод заставляет задуматься не о существовании права административных правонарушений с упрощённым процессуальным механизмом привлечения к ответственности, а о необходимости разработки уголовного права в «широком» смысле с надлежащими процессуальными гарантиями прав обвиняемого лица.

В литературе вопрос об «уголовности» российского права административных правонарушений в контексте практики Европейского Суда по правам человека уже обсуждался. При этом наблюдается интересное размежевание: так, административисты осторожно констатируют возможное несоответствие российского законодательства Конвенции о защите прав человека и основных свобод и ограничиваются общими словами о необходимости учёта правовых позиций Европейского Суда по правам человека при реформировании российского права (только в редких случаях высказываются предложения об освобождении предмета административного права как отрасли права, поддерживающей функционирование юридического механизма, созданного для осуществления исполнительной власти, от нагрузки в виде права административных правонарушений).

Напротив, представители уголовно-правовой науки и специалисты в области европейского права прав человека более конкретны, и, указывая на системные недостатки КоАП РФ, призывают задуматься о самом существовании этого «советского пережитка», относят все административные правонарушения к «уголовной сфере» в контексте ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод или по меньшей мере подчёркивают сохраняющееся единство в принципиальных подходах к механизму административно-деликтного и уголовно-правового регулирования.

Представляется, что существование права административных правонарушений является искусственно поддерживаемым пережитком советского времени. Сформировавшееся в этот период представление о существовании наряду с уголовной ответственностью ещё и ответственности административной ошибочно: последняя является ничем иным, как разновидностью ответственности уголовной или, точнее, ответственности наказательной (карательной). В условиях советской системы административное довлениe государства требовало обособления правонарушений по упрощённому процессуальному механизму привлечения к ответственности, но не по сущностным признакам таких правонарушений, и поэтому неудивительно, что иногда чисто уголовные карательные меры (в виде ссылки, высылки и даже лишения свободы) выдавались за административные вследствие особенностей их применения. Сегодня же обосновать существование административных

тивной ответственности процессуальными особенностями рассмотрения и разрешения дел об административных правонарушениях нельзя, поскольку *процесс не может определять природу ответственности* (это ставит «телегу впереди лошади»), да и само по себе существование ответственности, налагаемой преимущественно органами исполнительной власти (пусть и с возможным последующим судебным обжалованием), вряд ли соответствует идее разделения властей и принципу *peto iudex in causa sua*.

Итак, сложившееся в теории права многообразие понимания ответственности объединяет среди прочего подчёркивание неблагоприятной природы ответственности для правонарушителя. Однако эта «неблагоприятность» может быть, говоря в общем, двойного свойства: она может носить либо компенсаторный характер, когда пострадавшей стороне возмещаются её убытки, и в связке «потерпевший-виновный» государство остаётся по большей части незаинтересованным арбитром; либо наказательный, карательный характер, когда в связке «потерпевший-виновный» первый исчезает, и его место занимает государство, требующее «тело и кровь» виновного.

Первая разновидность ответственности может быть названа *гражданской*; вторая – *уголовной* или, точнее, *наказательной*. Ничего промежуточного в виде административной ответственности здесь невозможно разместить: она носит карательный (наказательный) характер, она есть разновидность, используя европейские языковые юридические конструкции, пенальной ответственности, в которую она входит наряду с собственно уголовной (говоря опять европейскими языками) ответственностью. На русском языке мы можем говорить об общем понятии уголовной ответственности, в которую входит ответственность за преступления, с одной стороны, и за проступки, с другой. Административная ответственность не является таковой ни содержательно, ни процессуально.

Поэтому «размывание» в последние годы границ уголовной репрессии (например, символическое переименование административного взыскания в административное наказание, крупные штрафы и идентичные уголовным виды наказаний в Кодексе об административных правонарушениях РФ и др.), практика Европейского Суда по правам человека, уже указывавшего России, что санкции налогового и иных отраслей права по существу являются уголовными в смысле ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, безуспешность административистов в их попытках выделить качественные (а не случайные) признаки административных правонарушений ставят в повестку дня вопрос о признании существования уголовного права в «широком» смысле слова. Предметом уголовного права в таком его понимании являются общественные отношения, возникающие в связи с совершением лицом уголовно-наказуемого деяния (преступления или проступка) и применением к такому лицу наказания или иных мер

уголовно-правового характера¹. Эти общественные отношения, будучи урегулированными нормами уголовного права, становятся охранительными уголовными правоотношениями. Их субъектами являются, с одной стороны, лицо, совершившее общественно опасное деяние и обязанное подвергнуться за его совершение наказанию или иным мерам уголовно-правового характера, и, с другой, государство в лице своих компетентных органов, имеющее право применить к указанному лицу наказание или иные меры уголовно-правового характера. При этом отношения не носят одностороннеобязывающего характера: лицо имеет право требовать законного, справедливого и гуманного обращения со стороны государства, которое обязано действовать указанным образом.

С точки зрения своих источников эта отрасль должна представлять собой единый в общих положениях для всех разновидностей наказуемых правонарушений (преступлений и проступков) УК РФ. В Особенную часть УК РФ при этом можно включить описание лишь составов преступлений, реализовав верную в общем-то идею о создании «маленького, но жёсткого» кодекса и переведя в категорию проступков значительную часть нынешних преступлений. Место КоАП РФ должен занять, к примеру, Кодекс о наказаниях за проступки (с очевидной реминисценцией к Уставу о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г.). Процессуальные нормы КоАП РФ, в свою очередь, можно имплементировать в УПК РФ. Однако технические вопросы здесь второстепенны; главным же видится чёткое разграничение преступлений и проступков, назначаемых за их совершение наказаний и создание надлежащих процессуальных гарантий лицам, привлекаемым к ответственности за последние. От этого выиграет вся российская правовая система: административное право, освободившись от несвойственной ему карательной направленности, сможет сосредоточиться на своём предмете, и если ему так уж хочется института «ответственности» внутри себя, то поле для этого у него есть: безответственность публично-правовых образований перед теми, чьими слугами они должны быть, давно требует правового реагирования. К уголовному же праву вернётся его подистрепавшееся у мачехи – административного права «заблудшее дитя».

¹ Право административных правонарушений является составной частью уголовного права в Германии, где наряду с Уголовным уложением (StGB) существует также Федеральный закон об административных правонарушениях (OWiG). В соответствии с § 46 (абз. 1) OWiG «общие уголовно-процессуальные законы (в том числе УПК ФРГ) имеют действие в том объёме, в котором Законом об административных правонарушениях не предусмотрено особое регулирование». Во Франции трёхчленная классификация уголовно наказуемых деяний на преступления, проступки и нарушения (ст. 111-1 УК (Code pénal)) позволяет соотносить российские административные правонарушения именно с уголовно наказуемыми нарушениями (*les infractions pénales*) по французскому праву.

Strafbare Übertretungen in der Systematik des russischen Rechts

Professor Gennady Esakov, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Leiter des Lehrstuhls für Strafrecht an der Nationalen Forschungsuniversität „Hochschule der Wirtschaft“ (Russland)

Auf der Tagesordnung steht in Russland heute die Wiedereinführung von strafbaren Übertretungen, die als Bestandteil (Zweig) des Strafrechts im „weiteren“ Sinne begriffen werden müssen.

Die Gründe dafür sind einerseits in der gerade stattfindenden Systemkrise bei der Bestimmung der Grenzen zwischen Verwaltungsstrafrecht und (Kriminal-)Strafrecht zu sehen. Andererseits und als Folge davon ist das bereits deutlich gewordene bzw. anscheinend kritische Verhältnis der europäischen Justiz zu dem russischen Verwaltungsstrafrecht zu beachten. Des Weiteren müssen die „Spannungspole“ zwischen dem Strafkodex der Russischen Föderation (UK RF) und dem Verwaltungsstrafkodex der RF (KoAP RF) benannt und unter Berücksichtigung des historischen Kontextes mögliche Lösungsmöglichkeiten für die Erschaffung des Strafrechts im „weiteren“ Sinne dargestellt werden.

Grundsätzlich gilt, dass die Verwaltungsstraftaten eine geringere (wenn überhaupt) Gesellschaftsgefährlichkeit als die Kriminalstraftaten aufweisen. Ebenso ist anerkannt, dass die verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen milder sein müssen als die Strafen des Kriminalstrafrechts. Schließlich rechtfertigt dieses Verständnis der Natur der Verwaltungsstraftaten und der verwaltungsrechtlichen Sanktionen die – in den meisten Fällen stattfindende – außergerichtliche Ahndung von Rechtsverstößen. Heute müssen jedoch alle diese Thesen in Frage gestellt werden.

So wird die Behauptung, dass die Verwaltungsstraftaten weniger gesellschaftsgefährlich seien, zwar nicht angezweifelt und hinterfragt. Der Ausmaß an Gesellschaftsgefährlichkeit erscheint aber als Kriterium zur Abgrenzung der Verwaltungsstraftaten von den Kriminalstraftaten nur sehr schwer feststellbar. Die Entkriminalisierung vieler Delikte und umgekehrt die Umwandlung mancher Verwaltungsdelikte in Kriminalstraftaten werden oft mit den abstrakten und von der Materie losgelösten Verweisen auf die Gesellschaftsgefährlichkeit begründet.

Ein herausragendes Beispiel dafür ist die Verleumdung (Art. 128¹ UK RF in der geltenden Fassung), die im Verlauf von nur einem Jahr zweimal zwischen UK RF und KoAP RF „gewandert“ ist. Sowohl die Entkriminalisierung als auch die Pönalisierung der Verleumdung wurde jeweils mit nichts sagenden Verweisen auf die Gesellschaftsgefährlichkeit gestützt.

In dieser Situation könnte ein geordnetes System von verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen, die sich im Idealfall nicht bzw. nur gering überschneiden, helfen. Der durch das Sanktionssystem gebundene Gesetzgeber könnte daher nicht willkürlich Delikte entweder dem verwaltungsrechtlichen oder strafrechtlichen Bereich zuweisen. Allerdings ist dieses Abgrenzungskriterium derzeit nicht funktionsfähig, weil aktuell die strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionensysteme nicht nur in

ihrer Bedeutung, sondern auch – was viel wichtiger ist – in ihrem Wesen (d.h. bezogen auf verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionsarten, die die wesentlichen Rechts- und Freiheitsbegrenzungen der Bürger zur Folge haben) übereinstimmen.

Eine paradoxe Situation entsteht z.B. im Zusammenhang mit der Freiheitsstrafe und dem verwaltungsstrafrechtlichen Arrest. Gem. Art. 56 Pkt. 1 UK RF ist untersagt, gegen Personen, die eine minder schwere Straftat begangen haben, Freiheitsstrafen nach der allgemeinen Regelung zu verhängen. Daneben eröffnen aber die Vorschriften des KoAP RF die Möglichkeit der Verhängung eines verwaltungsstrafrechtlichen Arrests für die Dauer von bis zu 15 (in bestimmten Fällen sogar bis zu 30) Tagen für die Begehung – weniger gesellschaftsgefährlicher – Verwaltungsstraftaten. Dabei hat die Tatsache, dass die Freiheitsstrafe für einen Mindestzeitraum von 2 Monaten und der verwaltungsstrafrechtliche Arrest für maximal 1 Monat angeordnet werden können, keine grundlegende Bedeutung. Im Vordergrund steht hier die widersprüchliche Vorgehensweise des Gesetzgebers, der davon ausgeht, dass es einerseits durchaus Kriminalstraftaten gibt, für deren Begehung die Verhängung einer Freiheitsstrafe nicht möglich ist, und andererseits Verwaltungsstraftaten existieren, die durch Anordnung von Freiheitsentzug geahndet werden können.

Gem. Art. 46 Pkt. 1 UK RF kann die Geldstrafe in Höhe ab 5.000 Rubel verhängt werden kann. Dies überschneidet sich auf den ersten Blick nicht mit dem verwaltungsstrafrechtlichen Bußgeld, das gegen natürliche Personen in Höhe bis 5.000 Rubel (Art. 3.5 Pkt. 1 KoAP RF) festgesetzt werden kann. Jedoch wird diese Regelung durch die Möglichkeit der Festsetzung von Bußgeldern gegen natürliche Personen in Höhe bis 300.000 Rubel (Art. 3.5 Pkt. 1 KoAP RF) in Frage gestellt, da diese Bußgeldhöhe in einigen Fällen die Geldstrafe für bestimmte Straftaten erheblich übersteigt. So sieht beispielsweise Art. 138 Pkt. 1 UK RF neben anderen Sanktionen auch Geldstrafe in Höhe bis 80.000 Rubel vor; bei den Sanktionen des Art. 139 Pkt. 1 UK RF ist die Geldstrafe nur bis 40.000 Rubel vorgesehen. Dabei wächst die Zahl der Ausnahmen von der allgemeinen Regelung zur Höhe des Bußgeldes kontinuierlich weiter, was bereits die Regelung an sich in Frage stellt.

Die Pflichtarbeiten in KoAP RF (Art. 3.13) und UK RF (Art. 49) stimmen nicht nur inhaltlich, sondern auch teilweise in der festzusetzenden Dauer überein.

Das Berufsverbot und das Verbot der Amtsausübung (Art. 47 UK RF) sind gemäß der Auslegung durch das Oberste Gericht der Russischen Föderation mit der Entziehung der Fahrerlaubnis (Art. 3.8 KoAP RF) vergleichbar, so dass die Dauer der zuletzt genannten Rechtsfolge in die Dauer der genannten strafrechtlichen Sanktionen eingerechnet wird.

Mangels bzw. aufgrund der schwachen Ausarbeitung einer eigenen verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestandlehre greift das Verwaltungsstrafrecht faktisch auf die strafrechtlichen Konstruktionen und Rechtsinstitute zurück. Dabei wurde aufgrund von mehreren, in dem KoAP RF fehlenden Rechtsinstituten (z. B. Mittäterschaft, Stadien der Tatbestandsverwirklichung, Not-

wehr) mehrfach gefragt, warum diese nicht aus dem UK RF übernommen werden können.

Die gezeigten Probleme werden zusätzlich dadurch vergrößert, dass sie die Aufmerksamkeit der europäischen Justiz auf sich lenken. Und obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sich bis jetzt nur in einzelnen Fällen mit dem russischen Verwaltungsstrafrecht befasst hat, zwingt seine Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 6 der Menschenrechtskonvention (MRK) zum Nachdenken. Dies betrifft nicht nur die Existenz des Verwaltungsstrafrechts mit seinen vereinfachten prozessualen Ahndungsmechanismen, sondern auch die Notwendigkeit der Ausarbeitung eines Strafrechts im „weiteren“ Sinne, das mit den erforderlichen Garantien der Beschuldigtenrechte ausgestattet wird.

In der Literatur wurde das Problem der „Ähnlichkeit“ des russischen Verwaltungsstrafrechts mit dem Kriminalstrafrecht im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bereits diskutiert. Dabei kann man eine bemerkenswerte „Abkoppelung“ beobachten. Die Verwaltungsstrafrechtler stellen vorsichtig den Widerspruch zwischen dem russischen Recht und der Menschenrechtskonvention fest, bringen aber lediglich allgemeine Vorschläge zur Notwendigkeit der Berücksichtigung von Rechtsansichten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bei der Reform des russischen Rechts vor. Nur selten wird die Ansicht geäußert, dass Verwaltungsrecht, welches ein Rechtsgebiet zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Exekutive darstellt, müsste von der Last des Verwaltungsstrafrechts befreit werden. Die Strafrechtswissenschaftler und die Spezialisten im Bereich der europäischen Menschenrechte äußern sich dagegen konkreter und weisen auf die Mängel in der Systematik des KoAP RF hin. Sie rufen zum Nachdenken über die Notwendigkeit der weiteren Aufrechterhaltung dieses „sowjetischen Überlebens“ auf und ordnen mit Blick auf Art. 6 MRK alle Verwaltungsstraftaten in den strafrechtlichen Bereich ein. Zumindest aber wird auf die gleiche Vorgehensweise bei der rechtlichen Regulierung von verwaltungsstrafrechtlichen und kriminalstrafrechtlichen Delikten hingewiesen.

Es ist davon auszugehen, dass das Verwaltungsstrafrecht lediglich ein „künstlich am Leben erhaltenes Relikt“ aus der Sowjetzeit darstellt. Die in dieser Zeit entstandene Vorstellung, dass es neben der strafrechtlichen auch eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit gibt, trifft nicht zu. Die Letztgenannte stellt nichts anderes dar als eine Form der strafrechtlichen oder genauer gesagt strafenden (sühnenden) Verantwortlichkeit. Im Sowjetsystem erforderte der staatliche Verwaltungsdruck eine Aussonderung bestimmter Rechtsverstöße aus dem Strafrecht, um einen vereinfachten prozessualen Bestrafungsmechanismus anwenden zu können und nicht wegen bestimmter wesentlicher Merkmale der in Betracht kommenden Tatbestände. Es verwundert daher nicht, dass zuweilen einige kriminalstrafrechtliche Sanktionen (in Form der Verbannung, Ausweisung von einem bestimmten Wohnort und sogar des Freiheitsentzuges) nur aufgrund von Anwendungsbesonderheiten als verwaltungsrechtliche Sanktionen betrachtet wurden.

Heute ist es schlicht unzulässig, die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit mit den prozessualen verwaltungsstrafrechtlichen Besonderheiten zu begründen, weil *der Prozess nicht das Wesen der Verantwortlichkeit bestimmt* (dadurch würde man sozusagen „das Pferd vom Schwanz aufzäumen“). Außerdem ist die Existenz einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die vorrangig durch Verwaltungsbehörden festgestellt wird (auch wenn die Möglichkeit der Widerspruchseinlegung beim Gericht besteht), schwer mit den Prinzipien der Gewaltenteilung und *nemo iudex in causa sua* in Übereinstimmung zu bringen.

Die in der Rechtstheorie herausgebildete Vielfältigkeit des Verständnisses von Verantwortlichkeit wird – unter anderem – durch die Betonung der nachteiligen Folgen der Verantwortlichkeit für den Täter vereint. Allerdings ist der „Nachteil“ grundsätzlich doppelter Natur. Er kann kompensatorisch sein, wenn der geschädigten Partei der Schaden ersetzt wird und der Staat im Verhältnis „Opfer – Täter“ zum größten Teil nur die Rolle des unvoreingenommenen Schiedsrichters übernimmt. Er kann aber auch einen strafenden, sühnenden Charakter aufweisen und zwar dann, wenn der erste Beteiligte aus der Beziehung „Opfer – Täter“ austritt und seine Position der Staat einnimmt, der dem Beschuldigten „zu Leibe rückt“. Die erstbeschriebene Ausprägung der Verantwortlichkeit kann als *zivilrechtlich* bezeichnet werden, während die Zweitgenannte eindeutig einen *strafrechtlichen* – oder genauer *strafenden* – Charakter aufweist. Zwischen diesen beiden Ausprägungen gibt es für die verwaltungsrechtliche Strafbarkeit keinen Raum; sie hat ebenfalls einen sühnenden (strafenden) Charakter. Hält man sich an die europäischen juristischen Sprachkonstruktionen, so stellt die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit eine Form der pönalen Verantwortlichkeit dar, die auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ist. Im russischen Sprachgebrauch umfasst der allgemeine Begriff der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sowohl die Kriminalstrafbarkeit als auch die Strafbarkeit der Übertretungen. Die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit erfüllt weder inhaltlich noch prozessual diese Kriterien.

Deswegen und aus den folgenden Gründen erscheint es erforderlich, über die Anerkennung der Existenz von Strafrecht im „weiteren“ Sinne zu sprechen. Erstens werden die Grenzen der strafrechtlichen Repression in den letzten Jahren immer „fließender“ (z. B. symbolische Umbenennung verwaltungsrechtlichen Bußgeldes in verwaltungsrechtliche Strafe, Verhängung von sehr hohen Geldbußen, Sanktionsarten im KoAP RF, die mit den strafrechtlichen identisch sind). Zweitens wies bereits der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Russland darauf hin, dass die Sanktionen des Steuerrechts und anderer Rechtsbereiche ihrem Wesen nach strafrechtliche Sanktionen im Sinne des Art. 6 der MRK darstellen. Drittens haben die Verwaltungsrechtsexperten des Öfteren erfolglos versucht, die echten (und nicht als solche bezeichneten) Tatbestandsmerkmale der Verwaltungsstraftaten herauszuarbeiten.

Als Gegenstand des Strafrechts im „weiteren“ Sinne sind gesellschaftliche Verhältnisse zu verstehen, die durch die Begehung einer strafrechtlich zu ahndenden Tat (Straftat oder Übertretung) entstehen sowie die Anwen-

dung von Sanktionen oder anderen Maßnahmen strafrechtlichen Charakters gegenüber dem Täter¹.

Diese gesellschaftliche Verhältnisse sind durch die strafrechtlichen Normen geregelt und aus diesem Grund strafrechtlich geschützte Verhältnisse. Ihre Subjekte sind einerseits die Person, die eine gesellschaftsgefährliche Tat begangen hat und der gegenüber strafrechtliche Sanktionen oder andere Maßnahmen strafrechtlichen Charakters verhängt werden und andererseits der Staat, vertreten durch seine bevollmächtigten Organe, die berechtigt sind, die Strafe oder andere Maßnahmen strafrechtlichen Charakters gegenüber der Person zu verhängen. Dabei haben die Verhältnisse keinen einseitig-verpflichtenden Charakter: Die Person hat das Recht, vom Staat gesetzlich, gerecht und human behandelt zu werden, und der Staat ist verpflichtet, nur auf dieser Weise zu handeln.

Wegen seiner strafrechtlichen Wurzeln muss dieses Rechtsgebiet im Strafkodez der RF geregelt sein, der einheitliche allgemeine Regelungen für alle Formen strafbarer Rechtsverstöße (Straftaten und Übertretungen) enthält. Den Besonderen Teil des Strafkodezes kann man dabei nur auf die Straftaten begrenzen und dadurch die Idee von einem „kleinen“, aber „harten“ Kodez verwirklichen. Der wesentliche Teil der bisherigen Verwaltungsstraftaten sollte dagegen als strafbare Übertretungen eingestuft werden. An die Stelle des KoAP sollte z. B. ein Kodez strafbarer Übertretungen (nach dem Vorbild des 1864 geschaffenen Ustav von Strafen, die durch Friedensrichter verhängt werden) eingeführt werden. Die prozessualen Normen des KoAP RF könnten in den Strafprozesskodez der RF übernommen werden. Allerdings sind die technischen Fragen zweitrangig. Am Wichtigsten erscheinen eine klare Abgrenzung zwischen den Straftaten und strafbaren Übertretungen, ein entsprechendes Sanktionsmechanismus sowie die Schaffung erforderlicher prozessualer Garantien für Personen, die zur Verantwortlichkeit herangezogen werden. Dies wird dem gesamten russischen Rechtssystem nutzen. Denn das Verwaltungsrecht wird sich von der – ihm fremden – sühnenden Ausrichtung befreien und sich auf seinen eigentlichen Gegenstand konzentrieren können. Falls es dennoch das Verlangen nach einem Rechtsinstitut der „Verantwortlichkeit“ in seinem eigenen Rahmen verspüren sollte, so gibt es dafür ein breites Betätigungsfeld. Die Verantwortungslosigkeit der öffentlich-rechtlichen Strukturen gegenüber denjenigen, deren Diener sie sein sollten, erfordert nämlich längst eine rechtliche Regulierung. Zum Strafrecht käme jedoch sein – bei der verwaltungsrechtlichen Stiefmutter etwas verwahrloster – „verlorener Sohn“ zurück.

¹ Das Ordnungswidrigkeitenrecht ist in Deutschland ein Bestandteil des Strafrechts. Neben dem Strafgesetzbuch (StGB) gibt es auch das Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG). Gem. § 46 Abs. 1 OWiG „gelten die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren (einschließlich StPO) sinngemäß, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt“. In Frankreich gibt es eine dreifache Gliederung strafrechtlicher Delikte: Verbrechen, Vergehen und Rechtsverstöße (Art. 111-1 Code pénal). Die russischen Verwaltungsstraftaten lassen sich mit den strafrechtlich relevanten Rechtsverstößen (les infractions pénales) nach dem französischen Recht vergleichen.

Уголовно-правовая сущность конфискации имущества

Т. Г. Понятовская, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Россия

Во всех российских уголовных кодексах (УК РСФСР 1922, 1926, 1960 годов, УК РФ 1996 г. до изменений, внесенных Федеральным законом от 08.12.2003 № 162-ФЗ) конфискация имущества предусматривалась как вид наказания, что существенно отличало ее значение от того, которое придается конфискации имущества в уголовном праве ФРГ. В действующей редакции УК РФ конфискация имущества предусматривается в разделе VI, введенном Федеральным законом от 27.07.2006 № 153-ФЗ («Иные меры уголовно-правового характера»), что, напротив, обуславливает сходство трактовок конфискации имущества в российском и германском уголовном праве. Однако является ли это сходство существенным?

По смыслу положений главы 7 Уголовного уложения ФРГ (§§ 73, 73d, 74, 74d и др.), в германском уголовном праве конфискация имущества призвана осуществлять восстановительную функцию: лишения исполнителя или участника преступления, а также третьих лиц той выгоды, которую они прямо или косвенно получили от совершения преступления¹. Эта функция отличает конфискацию имущества от мер безопасности (раздел третий, глава 6 УУ ФРГ), нацеленных на предупреждение преступлений, специальную превенцию.

По УК РФ сущность конфискации имущества ближе к мерам безопасности, которые выступают родовым (доктринальным) понятием, объединяющим ее значение с принудительными мерами медицинского характера (глава 15 УК РФ), схожими по содержанию с помещением в психиатрическую клинику (§ 63 УУ ФРГ). Сравнение сущности конфискации имущества с сущностью принудительных мер медицинского характера, законодательное объединение этих различных во всех отношениях мер в рамках одного раздела УК РФ, к сожалению, не разъясняет вопроса о природе рассматриваемой меры. Научная общественность, юристы-практики недоумевают по поводу природы и порядка применения конфискации, и часто проявляют ностальгию по ее прошлому как виду наказания, настаивая на восстановлении ее status quo.

Концепцию конфискации имущества можно строить на различных основаниях. Эту меру можно трактовать как наказание или как меру безопасности (иную меру уголовно-правового характера). При достаточной разработке и качественном юридическом оформлении она может эффективно функционировать в любом из указанных качеств, поскольку определение ее социально-политической функции – вопрос

¹ Научно-практический комментарий и перевод Уголовного уложения ФРГ, 2-е издание, М 2012: Dr. iur., ass. iur. П. В. Головненков, главный научный сотрудник кафедры уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета.

не уголовно-правовой, а политический. По этой причине вряд ли можно поддержать тех авторов, которые выступают под лозунгом: «Верните конфискацию имущества в систему наказаний!», – только потому, что в качестве иной меры уголовно-правового характера ее применение затруднительно.

Н. С. Таганцев отмечал, что среди дополнительных наказаний конфискация имущества имела наибольшее практическое значение. По дореволюционному российскому уголовному праву предусматривалось два ее вида.

Конфискация всего имущества «и в особенности недвижимого, в нашем праве, как и на Западе, была весьма распространена не только в древнейшем удельном периоде и в эпоху Судебников, но и в XVII веке. Формула «изъять все имущество и передать Государю» повторяется и в отдельных указах, и в Уложении 1649 г. Отобрание имущества назначалось и за специально служебные проступки, и за общие. Уложение, например, предписывало это и за разбой, и за взяточничество, и за политические преступления. Конфискация весьма часто употреблялась правительством и в XVIII веке, обыкновенно тогда, когда преступник приговаривался к смертной казни и вечной, а иногда и к срочной ссылке»².

По мере своего развития российское уголовное право стало постепенно ограничивать предмет конфискации. Так, Жалованной грамотой дворянству 1787 г. ограничивалось применение конфискации в отношении законно унаследованного имущества. Впоследствии это положение распространилось и на другие состояния (купеческое, мещанское и земледельческое), но не коснулось ответственности за «участие в бунте против государя и государства», заговор или измену.

В целом конфискацию всего имущества можно охарактеризовать как карательную меру, уголовно-политическая роль которой состояла, если можно так выразиться, в социальном (имущественном) уничтожении преступника. Со временем ее правовая несостоятельность стала общепризнанной, так что после 1871 г. в последующих редакциях Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. конфискация всего имущества уже не упоминалась.

Специальная конфискация распространялась на своего рода избранное имущество. Уложением о наказаниях уголовных и исправительных предусматривались *три вида предметов конфискации*. К первому виду относились предметы, изъятые из гражданского оборота. Второй вид предметов конфискации – вещи, предназначенные или служившие орудиями или средствами совершения преступления. Конфискации предметов этого вида придавалось двойное значение. Во-первых, она рассматривалась как превентивная мера (мера безопасности). Другое ее значение связывалось с особым видом имущественного взыскания. Третий вид предметов конфискации – имущество, специально указан-

² Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть Общая. Т. II. Тула, 2001. С. 217.

ное в уголовном законе. Как правило, к нему относилось имущество, добытое преступным путем. Подобная конфискация осуществлялась на основании принципа: «Никто не может обогащаться или доставлять себе выгоды посредством нарушения закона».

Поскольку конфискация предметов второго и третьего видов трактовалась, по существу, как лишение или ограничение имущественных прав, ее применение связывалось с законодательным велением и только в отношении лица, признанного обвинительным приговором суда виновным в совершении преступления.

Таким образом, специальной конфискации имущества по дореволюционному российскому уголовному праву отводилась роль наказания. Его специфика заключалась в том, что помимо кары (имущественное взыскание с виновного есть форма проявления его карательной сути) оно преследовало цель обеспечения безопасности общества путем устранения условий, способствующих совершению преступлений. *Предпочтение специальной конфискации означало, что этой мере придавалась позитивная социально-политическая функция, что, как представляется, являлось прогрессивным шагом на пути развития российского уголовного права.*

По УК РСФСР 1922, 1926 и 1960 годов в качестве дополнительного наказания предусматривалась *общая конфискация* имущества – *регресс с точки зрения позитивной социально-политической функции уголовного права*. Однако советская уголовная политика строилась на основе качественно иной концепции, согласно которой уголовное право рассматривалось как инструмент социального регулирования в соответствии с интересами власти. Поэтому *возврат к общей конфискации имущества как к карательной мере понятен: при помощи этого инструмента решались вопросы не только социальной изоляции преступника, но перераспределения общественного продукта, а также экспроприации ценностей*. Об этом свидетельствует феноменология конфискаций по УК 1922 и 1926 г. Не был исключением и УК РСФСР 1960 г. По этому УК политическая функция конфискации имущества как уголовно-правового средства экспроприации ценностей, может быть, и отошла на второй план, но две другие задачи решались успешно. Такой механизм уголовно-правового регулирования не предназначен для решения позитивных (созидательных) уголовно-политических задач и приспособить его каким-либо образом к этому невозможно.

Прежде, чем придать конфискации имущества то значение, которое придавалось ей в УК РСФСР, придется ответить на вопрос, в чем состоит причина возврата к уголовной политике России XVII, XVIII, XIX (первой половины) веков и как перераспределение общественного продукта (реальный социально-политический результат общей конфискации) согласуется с задачами уголовного права?

Специальная конфискация – предмет для перспективной уголовно-политической и уголовно-правовой разработки. Как уже отмечалось, она имеет двойственную природу: как имущественное взыскание

конфискация имущества содержит карательный элемент. Однако ее основная социально-политическая функция является предупредительной (в этом и заключается ее позитивное социально-политическое начало). Согласно этой функции, она должна являться, по своей сущности, мерой безопасности. Классики, отмечая двойственную природу конфискации, отвели ей роль наказания, преследующего особые цели. Представляется политически допустимым (может быть, оправданным) сместить акценты в пользу мер безопасности. Законодатель решил этот политический вопрос. Однако теория российского уголовного права по-прежнему возлагает на конфискацию имущества карательные надежды.

Ученые и практики имеют множество обоснованных претензий к положениям главы 15¹ УК (статьям 104¹, 104², 104³), несмотря на их коррекцию в 2008, 2011, 2012 годах сложностей с реальным применением конфискации имущества не уменьшилось. По-прежнему не ясен вопрос, является ее применение правом или обязанностью суда, в том числе по делам о преступлениях, указанных в перечне пункта «а» части 1 ст. 104¹ УК РФ³. Не выдерживает критики и сам перечень. Многие из указанных в нем преступлений не отвечают целям конфискации как меры, направленной на экономическую блокаду такой преступной деятельности, которая является затратной (нуждается в значительном финансировании), имеет организованный и длящийся характер. Эти и многие другие проблемы законодательного оформления и практического применения конфискации имущества могут быть решены только при условии решения вопроса о сущности этой меры.

³ В этом перечне указаны преступления, осуждение за которые допускает применение конфискации имущества, полученного в результате указанного в законе преступления или являющегося предметом незаконного перемещения через государственную границу РФ или таможенную границу Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС.

Wesen und strafrechtliche Bedeutung der Vermögenskonfiskation

Professorin Tatiana Ponyatovskaya, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Professorin an der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin-Universität (Russland)

Die Vermögenskonfiskation war in allen früheren sowjetischen und russischen Strafkodexen (UK RSFSR von 1922, 1926, 1960; UK RF von 1996 bis zu den durch Föderales Gesetz vom 08.12.2003 Nr. 162-Φ3 vorgenommenen Änderungen) als eine Art der Strafe vorgesehen. Darin bestand ein wesentlicher Unterschied zu der Einordnung von Verfall und Einziehung im Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland. Die geltende Fassung des Strafkodexes der Russischen Föderation (UK RF) regelt die Vermögenskonfiskation jedoch im Abschnitt VI¹, was darauf hinzuweisen scheint, dass die Vermögenskonfiskation im russischen Strafrecht und des Verfalls und die Einziehung im deutschen Strafrecht einen ähnlichen Charakter besitzen. Ob es sich um eine wesentliche Ähnlichkeit handelt, ist allerdings fraglich.

Die im Siebenten Teil des 3. Abschnitts des deutschen Strafgesetzbuches (StGB), u.a. in den §§ 73, 73d, 74, 74d enthaltenen Regelungen des Verfalls und der Einziehung erfüllen im deutschen Strafrecht eine wiederherstellende Funktion. D.h. dem Täter, dem Teilnehmer und ggf. einem Dritten werden die Vorteile entzogen, die direkt oder indirekt aus einer Straftat erlangt wurden². Diese Funktion grenzt den Verfall und die Einziehung von den Maßregeln der Besserung und Sicherung ab, da diese einen vorbeugenden Charakter haben und auf spezielle Prävention ausgerichtet sind.

Nach dem Strafkodex der Russischen Föderation scheint das Wesen der Vermögenskonfiskation eher zu den Sicherungsmaßregeln zu passen, die im russischen Strafrecht eine grundlegende Begrifflichkeit darstellen, die die Bedeutung der Vermögenskonfiskation mit den Zwangsmaßnahmen medizinischen Charakters vereint. Zu beachten ist dabei, dass die im Kapitel 15 des russischen Strafkodexes geregelten Zwangsmaßnahmen medizinischen Charakters inhaltlich der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus im Sinne des § 63 StGB ähneln. Leider vermögen weder der Vergleich des Wesens der Vermögenskonfiskation mit dem Wesen der Zwangsmaßnahmen medizinischen Charakters noch die gesetzliche Einordnung dieser gänzlich verschiedenen Rechtsinstitute in einem Abschnitt des Strafkodexes der Russischen Föderation Klarheit in die Natur der Vermögenskonfiskation zu bringen. Auch in der russischen Rechtswissenschaft und in der Rechtspraxis bestehen Unklarheit und Uneinigkeit im Bezug auf das Wesen und die Anordnungsregeln der Vermögenskonfiskation. Aus diesem Grund werden die Rufe nach der Wiedereinordnung dieser Maßnahme als eine Art der Strafe und somit nach der Wiederherstellung des früheren Status quo immer lauter.

¹ Eingeführt durch das Föderale Gesetz vom 27.07.2006 Nr. 153-Φ3 („Andere Maßnahmen des strafrechtlichen Charakters“).

² *Golovnenkov P. V.*, Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland. Text und wissenschaftlich-praxisorientierter Kommentar, 2. Aufl., 2012.

Das Konzept des Rechtsinstituts der Vermögenskonfiskation kann auf unterschiedliche Weise begründet werden. Diese Maßnahme kann als Strafe oder aber als Maßnahme der Sicherung (d. h. als eine andere Maßnahme strafrechtlichen Charakters) begriffen werden. Bei einer entsprechenden Ausgestaltung kann diese Maßnahme in jeder der genannten Funktionen effektiv eingesetzt werden, weil sie keinen strafrechtlichen, sondern einen politischen Schwerpunkt hat. Dies hat zur Folge, dass die Forderungen vieler Wissenschaftler nach der „Rückkehr der Vermögenskonfiskation ins Strafen-system“ nicht fundiert erscheinen, weil solche Vorschläge lediglich mit den Anwendungsschwierigkeiten der Vermögenskonfiskation als „eine andere Maßnahme strafrechtlichen Charakters“ begründet werden.

N. S. Tagancev wies darauf hin, dass im vorrevolutionären russischen Strafrecht die Vermögenskonfiskation als Zusatzstrafe eine herausragende praktische Bedeutung hatte. Dabei kannte das Strafrecht dieser Zeit zwei Arten der Vermögenskonfiskation.

Die Konfiskation des gesamten Vermögens „und insbesondere von Immobilien war sowohl im russischen Recht als auch im Westen nicht nur in der älteren Lehnswesenperiode und in der Epoche von Sudebniks [Судебники], der ersten Gesetzeskodexe von 1497 und 1550, sondern noch bis ins 17. Jahrhundert weit verbreitet. Die Formel von der „Entziehung des gesamten Vermögens und der Übergabe an den Monarchen“ wird sowohl in den einzelnen Ukasen [указ] als auch in Sobornoe Uloženie [Соборное уложение], einer 1649 in der Epoche des Zaren Alexey I. herausgegeben russischen Gesetzesammlung, wiederholt. Der Vermögensentzug wurde speziell für Dienstvergehen und für die allgemeinen Vergehen vorgesehen. So ordnete Uloženie den Vermögensentzug bei Raub, Bestechung und bei den politischen Straftaten an. Die Konfiskation wurde von der Regierung auch im 18. Jahrhundert oft angewendet, insbesondere wenn der Täter zur Todesstrafe oder zur ewigen – in manchen Fällen sogar auch zur zeitlichen – Verbannung verurteilt wurde“³.

In der weiteren Entwicklung des russischen Strafrechts wurde der Gegenstand der Konfiskation zunehmend eingeschränkt. So enthielt ein Offener Brief (letters patent) an den Adel von 1787 eine Einschränkung für die Anwendung der Konfiskation auf gesetzlich geerbtes Vermögen. Im weiteren Verlauf wurde diese Regelung auch auf andere (kaufmännische, bürgerliche, landwirtschaftliche) Vermögen ausgeweitet, berührte jedoch die Verantwortlichkeit wegen der „Beteiligung an der Meuterei gegen den Monarchen und den Staat“, Verschwörung oder Verrat nicht.

Im Ganzen kann die Konfiskation des gesamten Vermögens als eine strafende Maßnahme bezeichnet werden, derer strafpolitisches Ziel darin bestand, den Täter in sozialer (wirtschaftlicher) Hinsicht zu vernichten. Mit der Zeit wurde die rechtliche Haltlosigkeit der Regelung allgemein anerkannt, so dass nach 1871 in den nachfolgenden Fassungen des Gesetzes „Uloženie zu den

³ Таганцев Н. С. [Tagancev N. S.] Русское уголовное право. Часть Общая. Т. II. [Russisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 2], Tula 2001, S. 217.

strafrechtlichen Sanktionen und Besserungssanktionen“ von 1845 die Konfiskation des gesamten Vermögens nicht mehr erwähnt wurde.

Die spezielle Konfiskation erstreckte sich auf bestimmte Gegenstände des Vermögens. Das Gesetz „Uloženie zu den strafrechtlichen Sanktionen und Besserungssanktionen“ sah *drei Arten der Konfiskationsgegenstände* vor. Zur *ersten* Art gehörten Gegenstände, die aus dem zivilen Verkehr eingezogen wurden. Die *zweite* Art stellten Gegenstände dar, die als Tatwerkzeuge eingesetzt werden sollten bzw. eingesetzt wurden. Die Einziehung dieser Gegenstände hatte doppelte Bedeutung. Zum einen wurden mit der Maßnahme präventive Ziele verfolgt. Zum anderen wurde sie als besondere Art der Vermögensstrafe verstanden. Zur *dritten* Art der Konfiskationsgegenstände zählte das Vermögen, das im Strafgesetz ausdrücklich genannt wurde. In der Regel gehörte hierzu das Vermögen, welches aus einer Straftat erlangt wurde. Diese Art der Konfiskation wurde auf der Grundlage des Prinzips angewendet, dass „niemand sich durch einen Gesetzesbruch bereichern oder Vorteile erlangen darf“.

Da die Konfiskation der Gegenstände zweiter und dritter Art im Wesentlichen als Entzug oder Begrenzung von Vermögensrechten aufgefasst wurde, war ihre Anwendung nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen und ausschließlich gegen die Person, die durch ein Gerichtsurteil für schuldig befunden wurde, möglich.

Auf diese Weise stellte die spezielle Konfiskation im vorrevolutionären russischen Strafrecht eine Strafe dar. Ihre Besonderheit bestand darin, dass sie neben der Sühnefunktion (der Eingriff in das Vermögen des Schuldigen bringt den sühnenden Charakter zum Ausdruck) auch das Ziel der Sicherheitsgewährleistung in der Gesellschaft verfolgte, indem die Bedingungen beseitigt wurden, welche die Begehung von Straftaten begünstigen. *Die bevorzugte Anwendung der speziellen Konfiskation bedeutete, dass diese Maßnahme eine positive sozialpolitische Funktion besaß.* Eben dieser Umstand kann als großer Schritt in der Entwicklung des russischen Strafrechts betrachtet werden.

In den Strafkodexen der RSFSR (UK RSFSR) von 1922, 1926 und 1960 war die allgemeine Konfiskation des Vermögens als Zusatzstrafe vorgesehen. Aus der Sicht der positiven sozialpolitischen Funktion des Strafrechts stellte dies eine rückläufige Entwicklung dar. Jedoch lag der sowjetischen Strafpolitik eine ganz andere Konzeption zugrunde, denn das Strafrecht wurde als ein Instrument der sozialen Regulierung entsprechend den Machtinteressen des Staates, verstanden. *Deswegen ist die Rückkehr zur allgemeinen Vermögenskonfiskation als Sühnemaßnahme nachvollziehbar: Mithilfe dieses Instruments wurde nicht nur über die soziale Isolation des Täters, sondern auch über die Umverteilung des Gesellschaftsprodukts und die entschädigungslose Enteignung von Wertgegenständen entschieden.* Diese Aussage bestätigt die Phänomenologie der Konfiskation in den Strafkodexen von 1922 und 1926. UK RSFSR von 1960 stellte keine Ausnahme dar. Nach diesem Gesetz stellte die politische Funktion der Vermögenskonfiskation als strafrechtliches Mittel zur entschädigungslosen Enteignung zwar möglicherweise ein zweitran-

giges Ziel dar. Gleichwohl wurden die zwei anderen Anwendungsziele aber erfolgreich verfolgt. Ein solcher Mechanismus strafrechtlicher Regulierung ist nicht geeignet, positive (schöpferische) strafpolitische Aufgaben zu lösen und es ist nicht möglich, ihn für diesen Zweck einzusetzen.

Bevor der Vermögenskonfiskation die Bedeutung beigemessen wird, die sie im UK RSFSR hatte, müssen zunächst folgende Fragen beantwortet werden. Was war der Grund für die Rückkehr zur Kriminalpolitik Russlands des 17., 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts? Wie lässt sich die Umverteilung des gesellschaftlichen Produkts (des tatsächlichen sozialpolitischen Ergebnisses allgemeiner Konfiskation) in Einklang mit den Aufgaben des Strafrechts bringen?

Die spezielle Konfiskation stellt den Gegenstand für die weitere kriminalpolitische und strafrechtliche Entwicklung dar. Wie bereits erwähnt, besitzt sie eine doppelte Natur: Als Vermögensstrafe enthält sie ein sühnendes Element. Ihre wichtigste sozialpolitische Funktion besteht aber in der Prävention, was auch ihre positive sozialpolitische Grundlage ausmacht. In Übereinstimmung mit dieser Funktion muss die Konfiskation ihrem Wesen nach eine Maßnahme der Sicherung darstellen. Die klassische Strafrechtswissenschaft erkennt die doppelte Natur der Konfiskation an und betrachtet sie als Strafe, die besondere Ziele verfolgt. Es stellt sich als politisch zulässig (vielleicht sogar gerechtfertigt) dar, die Akzente in Richtung der Sicherungsmaßregeln zu verschieben. Der Gesetzgeber löste diese politische Aufgabe. Dennoch wird in der russischen Strafrechtswissenschaft weiterhin die Ansicht vertreten, dass bei der Konfiskation das sühnende Element überwiegt.

Die Kritik der Wissenschaftler und Rechtsanwender an den Normen des 15¹. Kapitels UK RF (Art. 104¹, 104², 104³ UK RF) ist begründet. Trotz der vorgenommenen Änderungen in den Jahren 2008, 2011 und 2012 wurden die Probleme bei der tatsächlichen Anwendung der Vermögenskonfiskation nicht beseitigt. Nach wie vor ist die Frage unklar, ob die Anwendung der Norm ein Recht oder eine Pflicht des Gerichts darstellt, auch beim Vorliegen der im Art 104¹ Pkt. 1 Lit. a aufgelisteten Straftaten⁴. Der in dieser Vorschrift enthaltene Straftatenkatalog ist ebenfalls umstritten. Viele der dort genannten Straftaten entsprechen nicht den Zielen der Konfiskation, denn diese stellt eine Maßnahme dar, die auf die wirtschaftliche Blockade solcher strafbaren Tätigkeiten ausgerichtet ist, die einen bedeutenden Finanzierungsbedarf haben, organisiert und dauerhaft sind. Dieses und viele andere Probleme (insbesondere die Probleme der Gesetzesausgestaltung und der praktischen Anwendung der Vermögenskonfiskation) können nur gelöst werden, wenn die Frage nach dem Wesen dieser Maßnahme beantwortet wird.

⁴ In diesem Katalog sind Straftaten genannt, die die Anwendung der Konfiskation zulassen. Der Konfiskation unterliegen das Vermögen, welches aus den genannten Straftaten erlangt wurde, oder Gegenstände, die gesetzeswidrig über die Grenze der RF oder die Grenze der Zollunion im Rahmen der Eurasischen Wirtschaftsgemeinschaft überführt wurden.

Internationale Abkommen zur Korruptionsbekämpfung, Bestechungsvorschriften des deutschen sowie des russischen Strafrechts und die Gastfreundschaft

Dr. Rainer Birke, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Düsseldorf, Deutschland

I. Einleitung

Lassen Sie mich zu einem aktuellen Brennpunkt aus dem Bereich des Korruptionsstrafrechts kommen, der in der Praxis ganz erhebliche Bedeutung hat – der Frage der Zulässigkeit von Einladungen an Amtsträger.

Als aktuelle Stichworte aus der deutschen Praxis möchte ich die Ticketkontingente bei der Fußball-WM 2006 in Deutschland, die Teilnahme von Beamten an gesellschaftlichen Veranstaltungen sowie auch der Bewirtung hierbei anführen. Die deutschen Staatsanwaltschaften neigen gerade in den letzten Jahren dazu, solche Vorgänge sehr aktiv auch unter dem Blickwinkel der strafbaren Vorteilsgewährung beziehungsweise Vorteilsannahme zu untersuchen. Die Einschätzung dessen, was zulässig ist und was die Grenzen überschreitet, ist in Deutschland bis heute nicht einheitlich¹.

Zu Recht interessieren diese Fragestellungen auch Wirtschaftsunternehmen, deren Mitarbeiter nicht nur in Deutschland, sondern auch in Russland tätig sind. Große Konzerne besitzen seit einiger Zeit eigene Verhaltenskodexe, um ihre Angestellten und sich selbst bei ihrer Tätigkeit vor Ort in Deutschland, Russland und oft auch noch in weiteren Staaten zu schützen. Die Frage ist, ob die Reaktion des Strafrechts einer Vielzahl von Staaten so vorhersehbar ist, dass eine zuverlässige Gestaltung solcher Regelwerke möglich ist.

Mittlerweile gibt es auch drei wichtige internationale Korruptionsbekämpfungsabkommen, welche Deutschland und Russland internationale Vorgaben dafür machen, was nach nationalem Strafrecht pönalisiert und verfolgt werden muss.

Woran muss sich der Mitarbeiter eines international tätigen Unternehmens nun messen lassen, das gleichzeitig in Deutschland und in Russland am Wirtschaftsverkehr teilnimmt? Schaffen die Abkommen vielleicht sogar einen gewissen internationalen Standard, der dem internationalen Wirtschaftsverkehr Rechtssicherheit gibt? Wohl jedenfalls heute noch nicht. Ein Vergleich des Ratifikationsstands der drei wichtigen strafrechtlichen Korruptionsbekämpfungsabkommen zeigt Überraschendes:

¹ Aus Sicht eines Staatsanwalts vgl. nur *Peters*, ZWH 2012, S. 262.

	Russland		Deutschland	
	Unterzeichnung	Ratifikation	Unterzeichnung	Ratifikation
OECD-Übereinkommen vom 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr	X	17.02.2012	X	10.11.1998
Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27.01.1999, ETS Nr. 173	27.01.1999	04.10.2006	27.01.1999	-
Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003 (UNCAC)	09.12.2003	09.05.2006	09.12.2003	-

Für Russland sind mittlerweile alle drei Abkommen in Kraft getreten und auch innerstaatlich umgesetzt worden. Deutschland hat sämtliche Abkommen schon frühzeitig unterzeichnet, aber nur die OECD-Konvention wurde ratifiziert und auch innerstaatlich umgesetzt. Auf den ersten Bericht der OECD zur Umsetzung in Russland darf ich inzwischen verweisen (Phase I Report 16. März 2012). Für Deutschland liegt der vorläufige Compliance-Bericht der GRECO² vom 19.10.2012 vor, der auf den vorherigen Compliance-Bericht für Deutschland aus dem Jahr 2009 aufbaut. Deutschland hatte in 2009 lediglich vier von 20 Empfehlungen umgesetzt, was die GRECO zu der bedauerlichen Einschätzung „globally unsatisfactory“ veranlasste. Nun – im Jahr 2012 – lautet die Bewertung „kein greifbarer Fortschritt.“ Insbesondere sei Deutschland einer der wenigen Unterzeichner, der ETS 173 und das Zusatzprotokoll immer noch nicht ratifiziert hat. Es gebe aber auch signifikante Lücken im materiellen Strafrecht. Von einer Standardisierung des Korruptionsstrafrechts ist man also offenbar noch weit entfernt, dem inter-

² GRECO RC-III (2012) 15 E.

national tätigen Unternehmen wird diese Hilfe wohl noch einige Zeit vorenthalten bleiben müssen.

Mir wird es im Folgenden nicht um die Bestechung von Amtsträgern sowie Parlamentariern mit großen Summen gehen, sondern um die eingangs genannten Zuwendungen im kleineren Bereich. Ich möchte zwei Sachverhalte vorstellen, bei denen es um die strafrechtliche Bewertung von Einladungen nach deutschem und russischem Strafrecht geht. Die Beispiele sind jeweils fast spiegelbildlich aufgebaut, der erste Fall spielt sich in Deutschland ab, der zweite in Russland. Was mir wesentlich scheint, ist insbesondere die Frage der Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Sanktionen, welche im Wirtschaftsverkehr ein wesentlicher Faktor sein kann.

II. Sachverhalt 1: Handlung in Deutschland

Der leitende Mitarbeiter M (russischer Staatsbürger) des russischen Bauunternehmens OOO ABC mit Niederlassung in Deutschland lädt den deutschen Bauamtsleiter B zu einer Galaveranstaltung mit Buffet in Bonn ein. Dem Beamten soll der Preis für den „unbürokratischsten Bauamtsleiter“ des Landes Nordrhein-Westfalen verliehen werden. Der Preis wurde der von der OOO ABC gestiftet. M will mit dem Preis – auch – für gutes Geschäftsklima bei späteren Bauanträgen seiner Firma sorgen. Die Verköstigung der Gäste der Gala hat einen Wert von 100,- EUR pro Person. Der verliehene Preis besteht aus einer Urkunde ohne feststellbaren finanziellen Wert. Der Bauamtsleiter lehnt aus Compliance-Gründen ab – hat sich einer der Beteiligten strafbar gemacht?

Lassen Sie mich auf einfachste Weise versuchen, die mögliche Entscheidung eines deutschen Gerichts und auch eines russischen Gerichts zu antizipieren.

1. Die Entscheidung des deutschen Gerichts

a) Bauamtsleiter B

Maßstab der Prüfung ist § 331 StGB, die Vorteilsannahme durch einen Amtsträger.

Vorteil im Sinne des § 331 StGB ist jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die ihn materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder auch nur persönlichen Lage objektiv besser stellt³. Dass der Vorteil der Ausübung der dienstlichen Aufgaben dient, entlastet den Amtsträger nicht⁴. Das Buffet der Veranstaltung mit einem Wert von 100,- EUR stellt einen solchen vermögenswerten Vorteil dar.

Ein Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit wegen allgemeiner Üblichkeit (Sozialadäquanz) kommt nicht in Betracht: Unter die sozialadäquaten Zuwendungen fallen nach deutscher Rechtsprechung gewohnheitsmäßig

³ BGHSt 31, 279.

⁴ BGH, 14.10.2008, 1 StR 260/08, Fußball-WM-Gutscheine an Regierungsmitglieder.

anerkannte, relativ geringwertige Aufmerksamkeiten aus gegebenen Anlässen⁵. Dafür werden Wertgrenzen erörtert. Beispielsweise wird vertreten, dass Zuwendungen unter 25,- EUR nicht tatbestandsmäßig sind. Der Wert kann jedoch nicht allein entscheidend sein. Wichtiger ist die soziale Üblichkeit bestimmter Zuwendungen wie kleine Geburtstags- und Weihnachtsgeschenke in bestimmten Fällen. Der vermögenswerte Vorteil der Bewirtung mit einem Wert von 100,- EUR kann nicht mehr als geringwertig angesehen werden.

Die Auszeichnung des „unbürokratischsten Beamten“ kann ebenfalls Vorteil im Sinne des Straftatbestandes sein. Die deutsche Rechtsprechung bejaht die Tatbestandsmäßigkeit nach § 331 StGB auch bei immateriellen Leistungen, die keinen finanziellen Wert haben, aber die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Zuwendungsempfängers objektiv verbessern⁶.

Eine Dienstbezogenheit der beabsichtigten Zuwendung ist ebenfalls zu bejahen: Ausreichend ist das Ziel der allgemeinen Klimapflege. Es ist nicht notwendig, dass die Zuwendung als Gegenleistung für eine bestimmte Diensthandlung gedacht ist⁷.

Jedoch liegt kein Sich-Versprechen-Lassen, Fordern oder Annehmen seitens des Beamten vor: Er lehnt ab, er wollte keine Zuwendung und wollte sie sich auch nicht versprechen lassen. Damit liegt bei ihm keine Strafbarkeit vor.

b) Mitarbeiter M

Für den Mitarbeiter kommt das spiegelbildliche Gegenstück zur Vorteilsannahme nach § 331 StGB in Betracht, die Vorteilsgewährung nach § 333 StGB.

Bereits das bloße Anbieten des Vorteils ist tatbestandsmäßig. Falls dies nicht so wäre, käme man im Fall 1 zur Strafflosigkeit: Denn Vorbereitungs-handlungen sind in Deutschland bekanntlich als solche nicht strafbar, es sei denn, es gibt einen Straftatbestand, der sehr früh eingreift. Eine Strafbarkeit des Versuchs wäre bei § 333 Abs. 1 StGB ebenfalls nicht vorgesehen.

Damit spricht vieles dafür, dass das Anbieten der Einladung mit dem Ziel der Klimapflege bereits als vollendete Vorteilsgewährung verfolgt werden könnte. Das Gericht hätte den Sachverhalt detaillierter zu untersuchen, da noch zahlreiche Wertungsfragen aufgeklärt werden müssen, bevor ein Urteil über die Strafbarkeit möglich ist. Wesentlich wäre etwa, ob der Beamte B auch sonst öffentlich Repräsentationsaufgaben wahrnimmt und dies zu seinem eigentlichen Aufgabenbereich dazugehört. Soweit der Beamte zugleich unmittelbar Einfluss auf Vergabeentscheidungen der Stadt nehmen kann, wäre größte Vorsicht geboten, da eine Beeinflussung dann verhältnismäßig nahe liegt. Von Interesse ist auch die Abendveranstaltung selbst: Ist es ein

⁵ BGH vom 26.05.2011, 3 StR 492/10.

⁶ Vgl. Oberlandesgericht Hamburg, 14.01.2000 – 2 Ws 243/99.

⁷ Vgl. die amtliche Begründung des Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 13.08.1997, BT-DrS. 13/8079, S. 15.

Termin, an dem üblicher Weise ein Vertreter der kommunalen Selbstverwaltung teilnehmen würde? Wie groß ist das öffentliche Interesse an dieser Veranstaltung, findet vielleicht eine sichtbare Berichterstattung in den Medien statt, die auch für eine gewisse Transparenz sorgt? Dass klare Grenzfines nicht existieren, mag im Bereich des Strafrechts als unbefriedigend angesehen werden. Es zwingt die Beteiligten auch zu Enthaltung und Transparenz.

Eine endgültige Gerichtsentscheidung ist mit den wenigen Informationen in Fall 1 schwerlich denkbar, einen Anfangsverdacht und die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens durch die deutsche Staatsanwaltschaft ist dagegen sehr wohl vorstellbar.

2. Die Entscheidung des russischen Gerichts

a) *Beamter B*

Hinsichtlich des Beamten B will ich an dieser Stelle das meiner Meinung nach relativ einfach zu findende Ergebnis vorwegnehmen, das dem Ergebnis nach deutschem Strafrecht gleicht. B lehnt die Einladung ab und macht sich nicht strafbar.

b) *Mitarbeiter M*

Das russische Strafrecht differenziert bei den Korruptionstatbeständen bekanntlich nach dem Wert der Zuwendung. Im Beispielfall könnte der Grundtatbestand des Art. 291 Abs. 1 UK RF mit einem Wert der Zuwendung bis 25.000 Rubel einschlägig sein. Er sieht Freiheitsstrafe bis 2 Jahre neben Geldstrafe für aktive Bestechung vor.

Zunächst wäre zu untersuchen, ob das Handeln des M in Deutschland vom räumlichen Geltungsbereich des russischen Strafgesetzes erfasst wird. Das aktive Personalitätsprinzip gemäß Art. 12 Abs. 1 UK RF könnte greifen, sofern nicht bereits eine ausländische Entscheidung vorliegt. Deren Fehlen soll hier unterstellt werden. Weiter müsste die Straftat gemäß Art. 12 Abs. 1 UK RF gegen die Interessen gerichtet sein, die durch den UK RF geschützt werden. Mir scheint, dass dies der Fall ist: Die RF hat auf Grund internationaler Abkommen die Bestrafung der Bestechung ausländischer Amtsträger ausdrücklich unter Strafe gestellt.

Damit will ich erneut nach der Tatbestandsmäßigkeit von Galaveranstaltung und Preisverleihung fragen.

Zur Preisverleihung als Vorteil: Diese Zuwendung im Namen der OOO ABC scheint nicht zur Strafbarkeit zu führen, da der Preis keinen messbaren finanziellen Wert hat und nach dem Wortlaut des Art. 291 UK RF jeweils Vorteile mit Vermögenswert tatbestandsmäßig sind. So wird die russische Rechtslage auch in der deutschen Literatur verstanden⁸.

⁸ Vgl. *Chebounov/Pelz*, Bestechung in Russland: Straf- und steuerrechtliche Folgen für deutsche Investoren, Teil 1, WiRO 2000, S. 279, 281.

Zur Teilnahme an der Veranstaltung mit Buffet im Wert von 100,- EUR: Die inbegriffene Verpflegung hat einen finanziellen Wert. In Deutschland geht man davon aus, dass Art. 291 UK RF keine untere Summengrenze hat⁹. Damit käme man zur Einschlägigkeit des Art. 291 UR KF. Die zivilrechtliche Geringfügigkeitsgrenze des Art. 575 Abs. 1 GK RF¹⁰, die bei 3.000 Rubeln liegt, dürfte auf Grund des Werts der Verpflegung von circa 4.000 Rubeln den Straftatbestand schon wegen der Überschreitung der Wertgrenze nicht ausschließen können.

Entscheidend ist weiter die Auswirkung der Tatsache, dass es nicht zur Vollendung kam, da der Beamte die Zuwendung nicht annahm:

Als Vorbereitungshandlung nach Art. 30 Abs. 1, 2 UK RF kann das Anbieten der Galaveranstaltung nicht strafbar sein, da die Vorteilsgewährung gemäß Art. 291 Abs. 1 UK RF kein schweres oder besonders schweres Delikt im Sinne des Art. 15 Abs. 4, 5 UK RF ist.

Sofern jedoch bereits davon auszugehen ist, dass ein Versuch im Sinne des Art. 30 Abs. 3 UK RF vorliegt, käme man aber zur Versuchsstrafbarkeit. Notwendig ist dazu eine Handlung des Täters, die unmittelbar auf die Vollendung des Straftatbestandes gerichtet ist, wenn es auf Grund von Umständen, die nicht in der Person des Täters liegen, nicht zur Vollendung kommt. Der Beamte lehnt die Annahme der Zuwendung ab, der Sachverhalt spricht für einen Versuch, der nicht mehr zum Erfolg führen kann. Auch ein freiwilliger Rücktritt nach Art. 31 UK RF wäre nicht mehr möglich und man käme wohl zur Strafbarkeit des M, sofern der Zusammenhang mit der allgemeinen Protektion oder Nachsicht im Dienst nachweisbar ist.

III. Sachverhalt 2: Handlung in Russland

Der leitende Mitarbeiter M eines deutschen Bauunternehmens (deutscher Staatsbürger, Mitarbeiter der deutschen DEF GmbH) mit Niederlassung in Russland lädt die Frau X des russischen Beamten B zu einer Vernissage mit hochwertigem Buffet und Sektempfang in Moskau ein, um bei deren Ehemann, dem Beamten B, für gutes Geschäftsklima bei späteren Bauanträgen zu sorgen. Die Verpflegung pro Gast hat einen Wert von umgerechnet 100,- EUR. X ist Hausfrau. Der Beamte B weiß von der Einladung seiner Frau. Er ist jedoch nicht Überbringer der Einladung und nimmt selbst an der Veranstaltung nicht teil.

1. Die Entscheidung des deutschen Gerichts

a) *Beamter B*

Unter den Amtsträgerbegriff des deutschen § 11 Nr. 2 StGB fallen ausländische Beamte grundsätzlich nicht. Daher ist die Vorteilsannahme durch einen ausländischen Beamten auch keine Straftat gemäß § 331 StGB. Das klingt

⁹ *Chebounov/Pelz*, WiRO 2000, S. 279, 281.

¹⁰ Zivilkodex der Russischen Föderation.

überraschend, da auch Deutschland die internationalen strafrechtlichen Antikorruptionsabkommen des Europarats, daneben auch jenes der UNO und der OECD, unterzeichnet hat.

Nur das OECD-Abkommen wurde jedoch ratifiziert. Es wurde auch bereits am 10.09.1998 durch das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung (IntBestG) umgesetzt. Dieses greift aber nur bei aktiver Auslands-Bestechung für den Schmiergeldzahler und auch nur dann, wenn zugleich eine rechtswidrige Diensthandlung durch Korruption erkaufte werden soll.

Die Annahme des Vorteils durch die Ehefrau des ausländischen Amtsträgers kann damit für diesen nicht zur Strafbarkeit nach § 331 StGB führen.

b) *Mitarbeiter M*

M handelt in Russland, Voraussetzung für die Strafbarkeit ist die Geltung des deutschen Strafrechts außerhalb Deutschlands. Die Strafbarkeit jenseits der Grenzen der Bundesrepublik kann hier durch das aktive Personalitätsprinzip nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB begründet werden, da M Deutscher ist. Weiter setzt das deutsche aktive Personalitätsprinzip voraus, dass die Tat auch im Ausland mit Strafe bedroht ist. Das wird zu bejahen sein, da Vorteilsgewährung auch in Russland eine Straftat ist¹¹.

Aber auch § 333 StGB verlangt die Vorteilsgewährung an einen *deutschen* Amtsträger (§ 11 Nr. 2 StGB). Nur dann, wenn die Bestechung dazu dienen soll, eine *rechtswidrige* Diensthandlung im Sinne des IntBestG zu erreichen, ist dies als Auslandsbestechung strafbar nach § 334 StGB. Die bloße Vorteilsgewährung im Sinne der Klimapflege reicht nicht aus. M kann daher nicht nach § 333 StGB strafbar sein.

2. Die Entscheidung des russischen Gerichts

Der Anknüpfungspunkt für das russische Strafrecht ist hier die Territorialität nach Art. 11 Abs. 1 UK RF.

Unter der Annahme, dass ein Drittverteil bei Kenntnis des Beamten von der Zuwendung an den Dritten tatbestandsmäßig sein kann¹², kommt für den *Mitarbeiter M* und auch für den *Beamten B* eine Strafbarkeit nach russischem Strafrecht gemäß Art. 290 Abs. 1 UK RF bzw. Art. 291 Abs. 1 UK RF in Betracht.

IV. Fazit: Welche Schlüsse sind aus Sicht der strafrechtlichen Compliance geboten?

Bei der präventiven anwaltlichen Beratung eines Unternehmens würde ich meine Empfehlung eher einfach ausgestalten. Ich würde dem Mandanten raten, sich doppelt abzusichern. Das heißt: Bevor der Mitarbeiter eines pri-

¹¹ Vgl. OLG Celle, 27.06. 2001 – 33 Ss 131/00, NJW 2001, 2734.

¹² Vgl. *Chebounov/Pelz*, WiRo 2000, S. 281.

vatrechtlichen Unternehmens beispielsweise einen Amtsträger zu einer Veranstaltung mit exquisiterer Bewirtung einlädt, sollte nicht nur der eigene Arbeitgeber gefragt werden. Die Annahme sollte im Zweifel auch immer unter den Vorbehalt der Zustimmung des Leiters der Behörde des Zuwendungsempfängers gestellt werden.

Die Einzelheiten der beiden unterschiedlichen Konzepte scheinen jedenfalls in beiden Ländern, Deutschland wie Russland, von der Rechtsprechung noch nicht bis in alle Details abgesteckt zu sein. Es kann nur empfohlen werden, sich von der schwer feststellbaren Trennlinie des Strafrechts weit fernzuhalten.

Международные конвенции по борьбе с коррупцией, законы о взяточничестве в немецком и российском уголовном праве и гостеприимство.

Бирке Райнер, доктор права (Dr. iur.), адвокат, адвокат-специалист по уголовному праву, Дюссельдорф (Германия)

I. Введение

Мне хотелось бы обратить Ваше внимание на один из актуальных уголовно-правовых вопросов в области борьбы с коррупцией, который имеет очень важное практическое значение. Речь идет о допустимости приглашений должностных лиц на какие-либо мероприятия. В качестве злободневных примеров из немецкой практики мне бы хотелось привести предоставление билетов на чемпионат мира по футболу в 2006 году в Германии, количество которых было ограничено, а также участие должностных лиц в светских мероприятиях, на которых им предоставляется бесплатное обслуживание и угощение. Подобные явления послужили причиной тому, что в течении последних лет в немецких прокуратурах при наличии схожих обстоятельств все чаще возбуждаются уголовные дела, в частности, по обвинению в уголовно-наказуемом предоставлении выгоды должностному лицу или получении выгоды должностным лицом. Оценка того, какие действия находятся в рамках допустимого поведения и какие выходят за его рамки, представляется сложной по причине того, что на сегодняшний день в Германии этот вопрос является крайне дискуссионным¹.

Не случайно эта проблема представляет интерес также для частных предприятий, в особенности, если сотрудники работают не только в Германии, но и в России. В больших концернах уже довольно длительное время действуют собственные кодексы деловой этики, целью существования которых является защита служащих и самого предприятия при осуществлении предпринимательской деятельности в Германии, России, а также и в других государствах. Возникает вопрос, насколько точно можно предвидеть государственные уголовные санкции в разных странах, чтобы надежно обеспечить возможность создания и введения подобных нормативных документов на предприятиях.

Тем временем уже существуют три важных международных соглашения по борьбе с коррупцией, которые на международном уровне определяют и для Германии, и для России, какие действия являются наказуемыми и должны преследоваться в соответствии с национальным уголовным правом.

В соответствии с какими нормами должен действовать сотрудник интернационального предприятия, участвующего в деловом обороте между Германией и Россией? Являются ли упомянутые выше соглашения определенным международным стандартом, гарантирующим

¹ См. мнение прокурора *Петерс*, ZWH 2012, С. 262.

надёжность международного делового оборота? На сегодняшний день, к сожалению, еще нет. Сравнение ратификаций трех важных уголовно-правовых конвенций по борьбе с коррупцией привело к неожиданным результатам:

	Россия		Германия	
	Подпись	Ратификация	Подпись	Ратификация
ОЭСР (- конвенция от 17.12.1997 по борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств при участии в международном деловом обороте	X	17.02.2012	X	10.11.1998
Конвенция об уголовной ответственности за <i>коррупцию</i> от 27.01.1999, СЭД № 173	27.01.1999	04.10.2006	27.01.1999	-
Конвенция Организации Объединённых Наций против коррупции от 31.10.2003 (UNCAC)	09.12.2003	09.05.2006	09.12.2003	-

Между тем в России вступили в силу и реализованы на внутригосударственном уровне все три конвенции. Еще раньше Германия подписала все эти соглашения, но только конвенция ОЭСР² была ратифицирована и применена на внутригосударственном уровне. Кроме того, стоит отметить первый отчёт ОЭСР о применении конвенции

² Организация экономического сотрудничества и развития.

в России (стадия 1, отчёт от 16 марта 2012 г.). В отношении Германии следует обратить внимание на предварительный отчет Compliance по вопросам выполнения правовых норм, составленного организацией ГРЕКО³ от 19.10.2012, который основывается на предыдущем отчете Compliance Германии за 2009 год. В 2009 году Германия реализовала всего лишь четыре из 20 рекомендаций, что послужило причиной для прискорбной оценки ГРЕКО: „globally unsatisfactory“ или «в целом неудовлетворительно». Ныне (в 2012 году) процесс реализации в Германии был описан как «отсутствие реального прогресса». Германия является одной из немногочисленных стран, подписавших конвенции, но которая до сих пор не ратифицировала СЕД⁴ 173 и дополнительный протокол. Далее необходимо учесть, что и в материальном уголовном праве также имеют место значительные недостатки. Очевидно, что мы находимся еще далеко от стандартизации уголовного права в области борьбы с коррупцией. Интернациональным предприятиям, по видимому, придется еще долго ждать помощи со стороны государства в этой области.

В следующей части доклада мне хотелось бы уделить внимание не подкупу должностных лиц и членов парламента большими денежными суммами, а именно ранее упомянутым подаркам или оказании определенных знаков внимания значительно меньшего масштаба. Для этого я опишу обстоятельства двух дел, а так же их уголовно-правовую оценку в соответствии с немецким и российским уголовным правом. Примеры в каждом случае являются практически симметричными, причем первый случай происходит в Германии, второй в России. При этом, особенно важным для меня является обстоятельство предвидения уголовно-правовых санкций при совершении определенных действий, что играет важную роль при участии в деловом обороте.

II. Дело 1: Действие происходит в Германии

Руководящий сотрудник М (гражданин России) российского строительного предприятия ООО АБВ, работающий в филиале данного предприятия в Германии, приглашает немецкого руководителя административного органа по надзору за строительством Б на торжественный вечер с ужином в Бонне. Должностному лицу должна быть вручена премия «самого небюрократичного начальника административного органа по надзору за строительством» Земли Северный Рейн-Вестфалия. Премия была учреждена ООО АБВ. С помощью этой премии М надеется обеспечить благоприятный деловой климат при обработке дальнейших заявлений своей фирмы о выдаче разрешений на строительство. Ужин гостей торжественного вечера оценивается в 100,- евро на человека. Врученная премия состоит из грамоты неопределимой денежной ценности. Начальник административного органа по надзору

³ Группа государств по борьбе с коррупцией, GRECO RC-III (2012) 15 E.

⁴ Серия европейских договоров.

за строительством отклоняет приглашение на ужин и премию по причинам Compliance. Совершило ли одно из действующих лиц уголовно-наказуемое деяние?

Разрешите мне попытаться предугадать возможное решение немецкого и российского суда.

1. Решение немецкого суда

а. Начальник административного органа по надзору за строительством Б Основой для правовой оценки является § 331 УУ ФРГ⁵, получение выгоды должностным лицом.

Согласно § 331 УУ ФРГ выгодой является любая услуга, на которую должностное лицо не имеет права требования и которая дает ему объективные материальные или нематериальные преимущества в его экономическом, правовом или даже только личном положении⁶. То обстоятельство, что выгода служит исполнению служебных обязанностей, не снимает вину с должностного лица⁷. Ужин на светском мероприятии на сумму 100,- евро представляет собой такую имущественную ценность.

О невыполнении состава деяния по причине общепринятости (социальной адекватности) не может быть и речи: термин «социально-адекватный подарок» охватывает, согласно толкованию в немецкой судебной практике, как правило, общественно признанные, относительно недорогие знаки внимания по какому-либо определенному поводу⁸. При этом рамки адекватности при определении ценности подарка дискуссионны. Некоторые ученые, например, придерживаются точки зрения, что подарки стоимостью ниже 25,- евро не являются предметом состава преступления. Тем не менее, одна лишь ценность не представляется определяющей. Важным фактором является также и социальная общепринятость определенных подарков, как например небольшой подарок к дню рождения или Рождеству. Угощение ужином стоимостью 100,- евро несомненно является выгодой в смысле материальной ценности.

Премия «самого небюрократичного чиновника» может также являться выгодой в смысле состава деяния. В немецкой судебной практике подтверждается возможность выполнения состава деяния по § 331 УУ ФРГ и при нематериальных услугах, т. е. не имеющих никакой

⁵ Уголовное уложение Германии – Strafgesetzbuch (StGB). См. Головенков П. В., Научно-практический комментарий и перевод Уголовного уложения ФРГ, 2-е издание, М 2012.

⁶ Решения Федерального Верховного суда ФРГ по уголовным делам, т. 31, С. 279 .

⁷ Федеральный Верховный суд Германии, 14.10.2008, 1 УП 260/08, решение о подарочных талонах для получения билетов на Чемпионат мира по футболу для членов правительства.

⁸ ВФС от 26.05.2011, 3 StR 492/10.

материальной ценности, но объективно улучшающих экономическое, правовое или личное положение получателя подарка⁹.

Кроме того, необходимо наличие связи между служебной деятельностью и делаемым подарком. При этом общая цель поддержания благоприятного делового климата достаточна для подтверждения наличия подобной связи. Не обязательным при этом является обстоятельство, что подарок заранее имел смысл оказания встречной услуги за определенное служебное действие¹⁰.

В данном случае должностное лицо не дает обещаний, не выставляет требований и не принимает подарков, а напротив, отклоняет принятие премии и приглашения. Следовательно, отсутствуют основания для привлечения Б к уголовной ответственности.

б. Сотрудник М

Сотрудник М может быть привлечен к уголовной ответственности в соответствии с § 333 УУ ФРГ за предоставление выгоды должностному лицу.

Уже одно лишь предложение выгоды охватывается составом преступного деяния. В противном случае это привело бы к безнаказанности действий М, ведь подготовительные действия в Германии не являются уголовно-наказуемыми. Исключение представляют случаи, в которых подготовительные действия охватываются составом преступного деяния, т.е. уже при их наличии состав преступного деяния выполнен. Кроме того, в § 333 (абз. 1) УУ ФРГ не предусмотрена наказуемость за покушение на совершение преступного деяния.

Следовательно есть веские доводы, чтобы рассматривать уже одно лишь предложение приглашения с целью поддержания благоприятного делового климата как действие, выполняющее состав деяния и преследуемое как оконченное предоставление выгоды должностному лицу. В похожем случае суд детально рассмотрел бы все обстоятельства дела и разъяснил бы вопросы по определению ценности, прежде чем вынести обвинительный приговор. Кроме того, важным является выяснение обстоятельств, исполняет ли чиновник Б еще и общественные представительные обязанности и относятся ли эти обязанности к кругу его непосредственной деятельности. В случае, если должностное лицо одновременно с этой деятельностью может оказывать непосредственное влияние на решения городских конкурсов по сдаче работ или заказов, необходима особенная осторожность, так как сам факт оказания влияния представляется достаточно очевидным. Интерес представляет и сам светский вечер. Идет ли в данном случае речь о мероприятии, участие в котором представитель коммунального самоуправления принимал бы в обычном порядке? Насколько большой общественный

⁹ См.: Верховный суд Земли Гамбург, 14.01.2000 – 2 Ws 243/99.

¹⁰ См.: официальное основание к Закону о борьбе с коррупцией от 13.08.1997, ВТ-Drs. 13/8079, С. 15.

интерес привлекает к себе это мероприятие, освещается ли это событие в средствах массовой информации таким образом, что обеспечена определенная прозрачность мероприятия? Конечно, некоторые сложности при определении четких границ не облегчают уголовно-правовую оценку. Однако это обстоятельство принуждает задействованных лиц к сдержанности и прозрачности их действий.

Каким будет окончательное решение суда, располагающего недостаточной информацией в первом случае, предсказать трудно. Но возникновение подозрения в совершении преступного деяния и возбуждение немецкой прокуратурой уголовного дела вполне вероятно.

2. Решение российского суда

а. Должностное лицо Б

В отношении должностного лица Б решение суда, по моему мнению, не представляется сложным. Оно похоже на исход дела в соответствии с немецким уголовным правом. Б отклоняет приглашение и не совершает уголовно-наказуемого деяния.

б. Сотрудник М

Как известно, российское уголовное право различает в составах преступлений в области коррупции ценность подарков. В приведенном примере мог бы найти применение основной состав преступного деяния по ч. 1 ст. 291 УК РФ, охватывающий подарки стоимостью до 25.000 рублей. Диспозиция данной нормы предусматривает наказание в виде лишения свободы до двух лет и денежный штраф за активное взяточничество.

Во-первых, следует проверить, подпадают ли действия сотрудника М в Германии под территориальную сферу действия российского уголовного права. Активный принцип уголовной ответственности (принцип гражданства) мог бы найти применение в соответствии с ч. 1 ст. 12 УК РФ вне зависимости от территории, на которой было совершено преступление, в случае, если по данному преступлению не существует решения иностранного государства. В приведенном примере такого решения нет. Во-вторых, в соответствии с ч. 1 ст. 12 УК РФ уголовно-наказуемое деяние должно быть направлено против интересов, охраняемых уголовным законодательством РФ. Представляется, что в данной ситуации имеет место и этот признак. Подкуп иностранных должностных лиц подлежит уголовной ответственности в РФ на основании заключенных международных соглашений.

При правовой оценке произошедшего хотелось бы еще раз поднять вопрос о возможности применения состава преступного деяния.

Если речь идет о предоставлении выгоды путем вручения премии, то этот подарок от имени ООО АБВ вероятно не повлечет за собой уголовного преследования, так как премия не имеет никакой измеримой

денежной ценности. В соответствии с текстом ст. 291 УК РФ, состав преступления охватывает любую выгоду, имеющую имущественную ценность. Такое толкование данной нормы российского уголовного закона распространено также в немецкой юридической литературе¹¹.

Что касается участия в мероприятии с ужином, оцениваемым в 100,- евро, то предложенный ужин имеет определяемую денежную ценность. Ученые в Германии придерживаются мнения, что ст. 291 УК РФ не определяет нижней границы соответствующей денежной суммы¹². Следовательно, названное действие может соответствовать составу ст. 291 УК РФ. Гражданско-правовая граница малозначительности по ч. 1 ст. 575 Гражданского кодекса Российской Федерации, составляющая 3.000 рублей, не исключает применение состава преступного деяния, поскольку в данном случае ценностная граница превышена и стоимость ужина составляет около 4.000 рублей.

Кроме этого, важную роль играет не выполнение состава преступления по причине отказа чиновника принять приглашение на ужин:

Как подготовительное действие, в соответствии со ч. 1, 2 ст. 30 УК РФ, приглашение принять участие на торжественном вечере не является наказуемым, так как дача взятки должностному лицу (ч. 1 ст. 291 УК РФ) не является тяжким или особо тяжким преступлением в соответствии с ч. 4, 5 ст. 15 УК РФ.

Если все же исходить из того, что имеет место покушение на дачу взятки в соответствии с ч. 3 ст. 30 УК РФ, то это приводит к наказуемости действий М. Условием наказуемости является действие исполнителя, непосредственно направленное на выполнение состава деяния, недоведённое до конца по независящим от этого лица обстоятельствам. Если должностное лицо отказывается принять приглашение, обстоятельства дела свидетельствуют о наличии покушения, так как действие М не привело к выполнению состава деяния. Также не имеет места добровольный отказ от покушения в соответствии со ст. 31 УК РФ, что влечет за собой привлечение к уголовной ответственности сотрудника М в том случае, если связь между общим покровительством или попустьительством по службе будет доказана.

III. Дело 2: Действие происходит в России

М является руководителем немецкого строительного предприятия (гражданин Германии, сотрудник немецкого предприятия DEF GmbH) и работает в филиале этого предприятия в России. Он приглашает супругу российского должностного лица Б, госпожу Х, на вернисаж с дорогим буфетом и фуршетом в Москве с целью обеспечить в сотруд-

¹¹ *Chebounov/Pelz [Чебоунов/Пельц], Bestechung in Russland: Straf- und steuerrechtliche Folgen für deutsche Investoren [Взятничество в России: уголовно-правовые и налогово-правовые последствия для немецких инвесторов], часть 1, WiRO 2000, С. 279, 281.*

¹² См.: Там же. С. 279, 281.

ничестве с ее мужем, должностным лицом Б, благоприятный деловой климат при обработке дальнейших заявлений на разрешение строительства. Ужин гостей оценивается в 100,- евро на человека. Х не работает и занимается домашним хозяйством. Должностное лицо Б знает о приглашении его жены. Однако Б лично не сообщает жене о приглашении и не принимает участия в мероприятии.

1. Решение немецкого суда

а. Должностное лицо Б

Термин «должностное лицо», предусмотренный в § 11 (№ 2) УУ ФРГ, не охватывает иностранных должностные лица. Поэтому получение выгоды иностранным должностным лицом не выполняет состав уголовного деяния по § 331 УУ ФРГ. Это может показаться странным, так как и Германия подписала международные уголовно-правовые конвенции по борьбе с коррупцией Европейского Совета, а также конвенции ООН¹³ и ОЭСР.

Однако лишь конвенция ОЭСР была ратифицирована и вступила в действие 10 сентября 1998 года с принятием Закона о борьбе с международным взяточничеством. Кроме того, названный выше закон действует лишь в случае активного взяточничества за границей по отношению к лицу, давшему взятку, и только если дача взятки имела целью выполнение какого-либо противозаконного служебного действия, т.е. выполнение служебного действия должно было быть достигнуто путем коррупции.

По этим причинам получение выгоды женой иностранного должностного лица не влечет за собой привлечение чиновника к уголовной ответственности в соответствии с § 331 УУ ФРГ.

б. Сотрудник М

Поскольку М действует в России, условием привлечения к уголовной ответственности в Германии является действие немецкого уголовного права вне пределов ФРГ. Уголовная наказуемость за совершение действия за границей ФРГ может быть обоснована в данном случае согласно § 7 (абз. 2 № 1) УУ ФРГ активным принципом уголовной ответственности (принципом гражданства), который действует вне зависимости от территории, на которой было совершено преступление, поскольку М является гражданином Германии. Кроме того, в соответствии с данной нормой действие немецкого уголовного права распространяется на деяние, если уголовное наказание за совершение этого деяния предусмотрено законодательством государства его совершения. Наличие этого обстоятельства можно установить, так как подкуп должностного лица является уголовным наказуемым и в России¹⁴.

¹³ Организация Объединенных Наций.

¹⁴ См.: Высший Суд Земли Целле, 27.06. 2001 - 33 Ss 131/00, NJW 2001, 2734.

Для выполнения состава § 333 УУ ФРГ необходимо наличие признака предоставления выгоды *немецкому* должностному лицу (§ 11 № 2 УУ ФРГ). Только в случае, если предоставленная выгода предназначалась для выполнения незаконного служебного действия по смыслу Закона о борьбе с международным взяточничеством предусматривается уголовная ответственность за взяточничество за пределами Германии в соответствии с § 334 УУ ФРГ. Предоставление выгоды должностному лицу с целью поддержания делового климата не достаточно для выполнения состава деяния. Следовательно М не может быть привлечен к уголовной ответственности по § 333 УУ ФРГ.

2. Решение российского суда

Точкой соприкосновения с российским уголовным правом в данном случае является территориальный принцип в соответствии с ч. 1 ст. 11 УК РФ.

Если исходить из того, что полученная третьим лицом выгода с введома должностного лица соответствует составу преступного деяния¹⁵, возможен вывод, что к уголовной ответственности может быть привлечен *сотрудник М* и *должностное лицо Б* по положениям ч. 1 ст. 290 УК РФ и ч. 1 ст. 291 УК РФ соответственно.

IV. Итог и выводы с точки зрения уголовно-правового Compliance

При проведении превентивной адвокатской консультации предприятия я бы предпочел дать несложные рекомендации. Я бы посоветовал клиенту застраховаться вдвойне. Это означает, что прежде чем сотрудник частного предприятия пригласит, например, должностное лицо на какое-либо мероприятие с изысканным угощением, ему следует сначала проконсультироваться со своим работодателем. Кроме того, принятие приглашения должностным лицом должно быть одобрено начальником государственного органа, где служит приглашаемый.

В судебной практике России и Германии пока не прослеживается детальной разработанности по всем проблемам, связанным с вышеописанными различными правовыми концепциями. Поэтому приходится лишь рекомендовать держаться как можно дальше от трудно определенной разграничительной линии уголовного права.

¹⁵ См.: *Chebounov/Pelz [Чебоунов/Пельц], Bestechung in Russland: Straf- und steuerrechtliche Folgen für deutsche Investoren [Взяточничество в России: уголовно-правовые и налогово-правовые последствия для немецких инвесторов]*, часть 1, WiRO 2000, С. 281.

Heranwachsende im deutschen Strafrecht

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Lehrstuhl für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie an der Universität Potsdam, Deutschland

I. Begriff

Als Heranwachsender wird im Strafrecht ein Mensch bezeichnet, der eine Straftat begangen hat, als er schon achtzehn (18) Jahre, aber noch nicht einundzwanzig (21) Jahre alt war, § 1 Abs. 2 JGG. Maßgeblich ist das Alter zur Zeit der Tat. Keine Rolle spielt, wie alt der Täter zur Zeit des Strafverfahrens oder der gerichtlichen Entscheidung ist. Tatzeit ist gem. § 2 Abs. 2 JGG iVm § 8 S. 1 StGB die Zeit des Tathandlungsvollzugs. Bei Taten, deren Handlung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt (Dauerdelikte, z. B. unerlaubter Waffenbesitz) und die vom Täter nahe einer strafrechtlich relevanten Altersgrenze (18, 21 Jahre) begangen worden sind, kann es sein, dass der Täter sowohl Jugendlicher als auch Heranwachsender (17/18 Jahre) bzw. sowohl Heranwachsender als auch Erwachsener (20/21) gewesen ist. Zu dem Rechtsanwendungskonflikt, der dadurch entstehen könnte, unten III 1 a.

II. Geschichte

In den Jugendgerichtsgesetzen von 1923 und 1943 war die Altersgruppe der Heranwachsenden noch nicht berücksichtigt. Erst mit dem JGG von 1953 wurden die Heranwachsenden in den Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts einbezogen. Historischer Hintergrund war die besondere Situation der Nachkriegszeit, in der viele junge Menschen zum einen die Erlebnisse des Krieges verarbeiten und zudem ohne den im Krieg gefallenen oder in Gefangenschaft geratenen Vater aufwachsen mussten. Obwohl diese Umstände inzwischen längst weggefallen sind, wurde die Einbeziehung der Heranwachsenden in das JGG beibehalten. Denn auch unabhängig von den besonderen Gegebenheiten bei Einführung der Regelung macht die strafrechtliche Sonderbehandlung für junge volljährige Straftäter, die zur Zeit der Tat noch nicht voll ausgewirkt und somit erzieherischer Einwirkung zugänglich waren, Sinn.

III. Strafrechtliche Behandlung

1. Allgemeines Strafrecht

a) Grundsätzliches

Die Einbeziehung der Heranwachsenden in den Geltungsbereich des JGG ist zweifach beschränkt: Zum einen findet sie im konkreten Fall nur unter den Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 JGG statt und zum anderen erstreckt sie sich auch dann nur auf einen Teil der jugendstrafrechtlichen Regelungen des JGG. Die Tat eines Heranwachsenden, der nach den Kriterien des § 105 Abs. 1 JGG nicht einem Jugendlichen gleichsteht (dazu unten 2 a), wird also einschränkungslos nach allgemeinem Strafrecht behandelt. Zudem findet ein erheblicher Teil des JGG auf Heranwachsende auch dann keine Anwendung,

wenn die Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 JGG erfüllt sind. Bei Taten, deren Begehung eine relevante Altersgrenze überschreitet, ist zudem § 32 JGG zu beachten: Jugendstrafrecht kommt auf den gesamten Tatkomplex nur dann zur Anwendung, wenn der Teil der Tat, der per se dem Regime des Jugendstrafrechts unterfällt, das „Schwergewicht“ der Gesamttat bildet. Ist das nicht der Fall, kommt insgesamt ausschließlich allgemeines Strafrecht zur Anwendung.

b) Materielles Strafrecht

Im Bereich des materiellen Strafrechts unterfallen selbstverständlich alle Regelungsgegenstände dem Reglement des allgemeinen Strafrechts, die auch in Bezug auf Jugendliche (14- bis 17-jährige) nicht speziell jugendstrafrechtlich normiert sind, vgl. § 2 Abs. 2; § 4 JGG. Das betrifft fast den gesamten Allgemeinen Teil des Strafrechts (z.B. Vorsatzerfordernis gem. § 15 StGB; Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens gem. § 13 StGB; Strafbarkeit des Versuchs gem. § 23 Abs. 1 StGB) mit Ausnahme des Sanktionenrechts und den vollständigen Besonderen Teil des Strafrechts. Bei Heranwachsenden kommt noch hinzu, dass die besondere Verantwortlichkeitsregelung des § 3 JGG, die den Jugendlichen im Vergleich zum Erwachsenen einer strafbarkeitseinschränkenden Schulddefinition unterstellt, auf Heranwachsende generell unanwendbar ist. Denn § 3 JGG ist in der Verweisungskette des § 105 Abs. 1 JGG nicht erwähnt. Im Bereich des Sanktionenrechts, das die Domäne des besonderen Jugendstrafrechts bildet, sind einige Sanktionsarten des allgemeinen Strafrechts auch Jugendlichen gegenüber möglich (z.B. Nebenstrafe Fahrverbot, Verfall, Einziehung, einige Maßregeln der Besserung und Sicherung). Diese sind dann selbstverständlich auch gegenüber Heranwachsenden anwendbar, egal, ob diese die Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 JGG erfüllen oder nicht.

c) Strafprozessrecht

Auch die rechtliche Regelung des Strafverfahrens gegen einen Heranwachsenden basiert in größerem Umfang auf allgemeinem Strafprozessrecht als dies bei einem Verfahren gegen einen Jugendlichen der Fall ist. Viele Verfahrensvorschriften des JGG sind gegenüber Heranwachsenden generell unanwendbar, vgl. § 109 Abs. 1 JGG. Daher ist z.B. die Hauptverhandlung gegen einen Heranwachsenden grundsätzlich öffentlich, vgl. § 48 JGG, § 169 S. 1 GVG. Andere JGG-Verfahrensvorschriften sind nur unter der Bedingung gegenüber einem Heranwachsenden anwendbar, dass die Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 JGG erfüllt sind, vgl. § 109 Abs. 2 JGG. Das trifft z.B. auf die Unzulässigkeit des Strafbefehlsverfahrens (§§ 407 ff. StPO) zu, § 79 Abs. 1 JGG.

2. Jugendstrafrecht

a) Jugendstrafrechtliche Sanktionen

Die Sanktionenvorschriften des JGG – mit Ausnahme der §§ 9 Nr. 2, 12 JGG – kommen gegenüber dem Heranwachsenden zur Anwendung, wenn der

Reifegrad seiner Persönlichkeitsentwicklung in sittlicher und geistiger Hinsicht zur Zeit der Tat noch dem eines Jugendlichen entsprach. Dies ist gem. § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG durch eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters unter Berücksichtigung der Umweltbedingungen festzustellen. Orientierungshilfe bei der Durchführung dieser Würdigung sind immer noch die aus dem Jahr 1954 stammenden „Marburger Richtlinien“. Danach kommt es z. B. darauf an, ob der Heranwachsende „eine gewisse Lebensplanung und eine ernsthafte Einstellung zur Arbeit vermissen lässt“ oder zum „Hineinleben in selbstwerterhöhende Rollen“ neigt und einen „Hang zu abenteuerlichem Handeln“ erkennen lässt. Zur Erleichterung dieser Befunderhebung und Diagnose stellt das Gesetz in § 105 Abs. 1 Nr. 2 JGG die unwiderlegliche Vermutung auf, dass es sich um einen Heranwachsenden mit Reifeverzögerung handelt, wenn die von ihm begangene Tat nach ihrer Art, ihren Umständen oder den zugrunde liegenden Beweggründen eine typische „Jugendverfehlung“ ist. Hält das Gericht einen Fall des § 105 Abs. 1 JGG für gegeben, reagiert es auf die Tat des Heranwachsenden nicht mit den Sanktionen des StGB (Freiheitsstrafe, Geldstrafe), sondern mit Erziehungsmaßnahmen (§ 9 JGG), Zuchtmitteln (§ 13 JGG) oder mit Jugendstrafe (§ 17 JGG).

b) Jugendstrafverfahren

Eine generelle Anwendung von Jugendstrafrecht auf Heranwachsende im Bereich des Prozessrechts ordnet das JGG in Bezug auf die Gerichtsverfassung (§ 107 JGG) und die gerichtliche Zuständigkeit (§ 108 JGG) an. Auch wenn der Heranwachsende letztlich strafrechtlich wie ein über 21-jähriger Erwachsener behandelt wird, geschieht dies immer im Rahmen eines Jugendstrafverfahrens vor einem Jugendgericht. Im Übrigen sind von den speziellen Verfahrensvorschriften des JGG gegenüber einem Heranwachsenden nur die in § 109 Abs. 1 JGG erwähnten, sowie unter den Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 JGG auch die in § 109 Abs. 2 JGG erwähnten anwendbar.

IV. Reformen

Die strafrechtliche Behandlung von Heranwachsenden ist ein permanenter Hauptstreitpunkt in der politischen Debatte um eine Reform und Fortentwicklung des Jugendstrafrechts. Dies hat seinen Grund auch darin, dass die Altersgruppe der 18- bis 21-jährigen in der Kriminalstatistik als Tatverdächtige stark repräsentiert ist. Deswegen ist der Druck auf Politik und Gesetzgebung, der z. B. auch durch eine verzerrende Berichterstattung in den Medien entfaltet wird, in diesem Bereich sehr hoch.

1. Vollständige Einbeziehung ins Jugendstrafrecht

Vor allem in der Strafrechtswissenschaft wird die nur partielle Geltung des Jugendstrafrechts für Heranwachsende als halbherzig und kriminalpolitisch unklug kritisiert. Zudem bereitet die wenig geglückte Fassung des § 105 Abs. 1 JGG den Gerichten praktische Rechtsanwendungsprobleme. Als Lösung wird daher die völlige rechtliche Gleichstellung der Heranwachsenden mit den Jugendlichen empfohlen. Einher geht dies mit Vorschlägen, die

Altersgrenze für den persönlichen Geltungsbereich des JGG heraufzusetzen, also z. B. auch noch 25-jährige Straftäter („Jungtäterrecht“) einem strafrechtlichen Sonderrecht für Jungkriminelle zu unterstellen.

2. Vollständige Herausnahme aus dem Jugendstrafrecht

Die diametral entgegengesetzte Position wird von Politikern vertreten, die die starke und angeblich wachsende Belastung der Gesellschaft mit schweren Straftaten Heranwachsender der angeblich zu milden Behandlung dieser Tätergruppe durch das Jugendstrafrecht zuschreiben. Sie halten es für geboten, den Gerichten die Behandlung Heranwachsender mit den Instrumenten des Jugendstrafrechts zu verbieten und § 105 JGG abzuschaffen. Die Anwendung von Jugendstrafrecht auf Heranwachsende soll es dann überhaupt nicht mehr geben.

3. Sonderregelung § 105 Abs. 3 S. 2 JGG

Keine der beiden skizzierten Extrempositionen konnte sich bisher durchsetzen. Aber eine gewisse Tendenz zur allmählichen Ausgrenzung der Heranwachsenden aus dem Jugendstrafrecht ist gegenwärtig erkennbar. Als Beleg für diese Einschätzung kann die neue Regelung des § 105 Abs. 3 S. 2 JGG angeführt werden. Danach kann ein Heranwachsender, auf den gem. § 105 Abs. 1 JGG das Sanktionenrecht des JGG anzuwenden ist, mit einer Jugendstrafe von bis zu 15 Jahren bestraft werden, wenn er einen Mord begangen hat, dessen besonders schwere Schuld mit einer Jugendstrafe von bis zu 10 Jahren nicht angemessen geahndet werden könnte. Mit diesem extremen Strafmaß und dem speziellen Kriterium der „besonders schweren Schuld“ entfernt sich das Jugendstrafrecht hier deutlich von der Grundkonzeption eines vom Erziehungsgedanken geprägten Strafrechts. Der Sache nach bedeutet die Regelung des § 105 Abs. 3 S. 2 JGG die Abschaffung des Jugendstrafrechts für Heranwachsende, die einen Mord begangen haben.

Лица молодого возраста в немецком уголовном праве

Митч Вольфганг, доктор права (Dr. iur. habil.), профессор, заведующий кафедрой уголовного права, ювенального уголовного права и криминологии юридического факультета Потсдамского университета (Германия)

I. Определение

Уголовное право называет лицами молодого возраста тех, кому на момент совершения деяния уже исполнилось восемнадцать лет, но еще нет двадцати одного года, § 1 (абз. 2) Закона о судопроизводстве по делам несовершеннолетних (далее: ЗоСН). Определяющим является возраст в момент совершения деяния. При этом не имеет значения, какого возраста исполнитель достиг во время проведения уголовного процесса или вынесения судебного приговора. Временем совершения деяния является в соответствии с § 2 ЗоСН и § 8 (предл. 1) Уголовного уложения ФРГ (УУ ФРГ) то время, в которое исполнитель действовал. В отношении деяний, которые продолжают определяемый промежуток времени (т. н. длящиеся деликты, например, незаконное владение оружием) и были совершены исполнителем на рубеже возраста, релевантного в уголовно-правовом смысле (18 лет, 21 год), исполнитель может рассматриваться как в качестве подростка, так и в качестве лица молодого возраста (17/18 лет), или же – как в качестве лица молодого возраста, так и в качестве взрослого (20/21 год). Подробнее о возникающем правовом конфликте речь будет идти в разделе III 1 а).

II. Исторический контекст

В законах о судопроизводстве по делам несовершеннолетних от 1923 и 1943 годов не была предусмотрена возрастная группа лиц молодого возраста. Только с введением ЗоСН в 1953 году эта группа была включена в область применения ювенального уголовного права. Историческим контекстом являлась особая ситуация послевоенного времени и обстоятельство, что многие молодые люди были психически травмированы пережитыми событиями и многие из них выросли без отцов, попавших в плен или погибших на войне. Несмотря на то, что эта ситуация уже давно не актуальна, законодательное регулирование данной возрастной группы было сохранено. Особый подход к молодым, совершеннолетним преступникам целесообразен и не зависит от особых обстоятельств, имевших место при введении названного правового регулирования. Данный подход обоснован неполным моральным и духовным развитием лиц молодого возраста, а так же тем, что эта возрастная группа еще поддается воспитательному воздействию.

III. Уголовно-правовые механизмы

1. Общие положения уголовного права

а. Основное

Распространение области применения ЗоСН на группу лиц молодого возраста ограничено вдвойне. Во-первых, это возможно только при

наличии предпосылок, установленных в § 105 (абз. 1) ЗоСН. Во-вторых, по отношению к этой возрастной группе применяются не все, а лишь некоторые нормы Закона о судопроизводстве по делам несовершеннолетних. В соответствии с § 105 (абз. 1) ЗоСН правовой статус лица молодого возраста, совершившего преступное деяние, не приравнивается к статусу несовершеннолетнего (об этом в разделе 2 а). Иначе говоря, по отношению к нему применяется без ограничений общее уголовное право. При этом большая часть норм ЗоСН не может применяться по отношению к лицам молодого возраста также в случае, если все предпосылки § 105 (абз. 1) ЗоСН выполнены. При наличии нескольких преступных деяний, во время совершения которых исполнитель перешагнул значимый в смысле дифференциации уголовной ответственности возрастной рубеж, необходимо учитывать § 32 ЗоСН. В соответствии с этой нормой ювенальное уголовное право может применяться по отношению к данному исполнителю только в случае, если большая часть деяний, имеющих существенное значение для привлечения к уголовной ответственности, была совершена им до достижения 21-летнего возраста. В противном случае применяется исключительно общее уголовное право.

б. Материальное уголовное право

В области материального уголовного права применяются правовые институты, установленные в общем уголовном праве, поскольку в данной связи по отношению к подросткам (от 14-ти до 18-ти лет) специального регулирования не существует (см.: §§ 2 (абз. 2), 4 ЗоСН. За исключением уголовно-правовых санкций, это касается почти всей Общей части уголовного права (например, требование наличия умысла, § 15 УУ ФРГ; совершение деяния путем бездействия, § 13 УУ ФРГ; наказуемость покушения, § 23 (абз. 1) УУ ФРГ) и всех положений Особенной части уголовного права. По отношению к лицам молодого возраста необходимо также учитывать, что положение § 3 ЗоСН об ограниченной виновности несовершеннолетних по сравнению со взрослыми, не распространяется на эту возрастную группу, поскольку § 105 (абз. 1) ЗоСН на данную норму не ссылается. В области уголовно-правовых санкций, которые являются центральным элементом ювенального уголовного права, возможно применение некоторых видов санкций общего уголовного права по отношению к подросткам (например, дополнительное наказание в виде запрета управления транспортным средством, конфискация приобретенного преступным путем, изъятие предметов и средств совершения деяния, а так же некоторые меры исправления и безопасности). Разумеется, перечисленные виды санкций применяются также по отношению к лицам молодого возраста, независимо от наличия предпосылок § 105 (абз. 1) ЗоСН.

в. Уголовно-процессуальное право

Правовое регулирование уголовного процесса по делам лиц молодого возраста основывается в большем объеме на общем уголовно-процес-

суальном праве, чем это имеет место в процессе по делам несовершеннолетних. Многие уголовно-процессуальные положения ЗоСН не могут применяться по отношению к лицам молодого возраста (см.: § 109 (абз. 1) ЗоСН). Поэтому основное судебное разбирательство в отношении лиц молодого возраста является, как правило, публичным (см.: § 48 ЗоСН, § 169 (предл. 1) Закона о судебной системе ФРГ). Возможность применения других норм ЗоСН к лицам молодого возраста имеет место только в случае, если все предпосылки § 105 (абз. 1) ЗоСН осуществлены (см.: § 109 (абз. 2) ЗоСН). Так, в соответствии с § 79 (абз. 1) ЗоСН это касается недопустимости суммарного производства (§§ 407 и след. УПК ФРГ).

2. Ювенальное уголовное право

а. Ювенальные уголовные санкции

Закрепленные в положениях ЗоСН санкции, за исключением §§ 9 (№ 2), 12 ЗоСН, могут применяться к лицам молодого возраста, если уровень их духовного и морального развития во время совершения деяния соответствовал уровню развития подростка. В соответствии с § 105 (абз. 1) ЗоСН для определения уровня развития необходимо объективно оценить личность исполнителя и учесть влияние социальной среды на его развитие. При данной оценке учитывается существующая с 1954 года т. н. «марбургская директива». В соответствии с названной директивой главное внимание уделяется таким обстоятельствам, как например, «отсутствовали ли у исполнителя определенные жизненные планы и серьёзное отношение к профессиональной деятельности» или «стремился ли исполнитель овладеть жизненной позицией, укрепляющей чувство его собственного достоинства». Кроме этого, учитывается «склонность исполнителя к приключениям». Для облегчения определения уровня развития лица молодого возраста закон устанавливает в § 105 (абз. 1) ЗоСН не подлежащую опровержению презумпцию, что лицо молодого возраста имеет дефицит в развитии, если вид совершенного им деяния, обстоятельства деяния и мотивы исполнителя представляют собой «проступок, типичный для подростка». В случае, если суд установит наличие предпосылок § 105 (абз. 1) ЗоСН, реакцией на действия исполнителя является не применение санкций по Уголовному уложению ФРГ (наказание в виде лишения свободы, денежный штраф), а назначение мер воспитательного характера (§ 9 ЗоСН), принудительных мер воспитательного характера (§ 13 ЗоСН) или ювенального уголовного наказания (§ 17 ЗоСН).

б. Ювенальный уголовный процесс

В области процессуального права Закон о судопроизводстве по делам несовершеннолетних предписывает обязательное применение ювенального уголовного права к лицам молодого возраста в отношении организации судопроизводства (§ 107 ЗоСН) и подсудности (§ 108 ЗоСН). Даже в случае, если к лицу молодого возраста применяются

общие нормы, это происходит всегда в рамках ювенального процесса и только ювенальным судом. Из других специальных норм Закона о судопроизводстве по делам несовершеннолетних, применяемых к лицам молодого возраста, заслуживает внимания § 109 (абз. 1) ЗюСН, а так же § 109 (абз. 2) ЗюСН, применение которых возможно при наличии предпосылок § 105 (абз. 1) ЗюСН.

IV. Реформы

Сфера применения уголовного права в отношении лиц молодого возраста представляет собой остро дискуссионную тему в политических дебатах о реформировании и развитии ювенального уголовного права. Причиной этому является обстоятельство, что возрастная группа от 18-ти лет до 21-го года широко представлена в криминальной статистике. Значительное число преступных деяний совершается представителями именно этой возрастной группы, что оказывает большое давление на политику и законодателя. К тому же это давление усиливается средствами массовой информации, часто представляющими в репортажах и публикациях картину происходящего, не соответствующую действительности.

1. Всестороннее распространение сферы применения ювенального уголовного права на лиц молодого возраста

Дискуссионным в юридической литературе является факт частичного распространения ювенального уголовного права на лиц молодого возраста. Многие ученые придерживаются мнения, что частичное применение не целесообразно и не соответствует целям уголовной политики. Кроме этого, неудавшаяся редакция § 105 (абз. 1) ЗюСН затрудняет практическое применение данной нормы. Некоторые ученые предлагают решить эту проблему путем полного отождествления правового статуса лиц молодого возраста и правового статуса подростков. Это можно сделать подняв возрастную границу сферы применения Закона о судопроизводстве по делам несовершеннолетних с тем следствием, что, например, и по отношению к 25-летнему преступнику будут применяться специальные нормы для подростков (т. н. «судопроизводство по делам молодых преступников»).

2. Полное исключение лиц молодого возраста из сферы применения ювенального уголовного права

Другой точки зрения придерживаются некоторые политики. Они подчеркивают возрастание опасности для общества, которая исходит от особо тяжких преступлений, совершенных лицами молодого возраста. Применение ювенального уголовного права приводит к назначению им слишком «мягкого» наказания. Поэтому представляется необходимым запретить судам применение правовых институтов ювенального уголовного права к лицам молодого возраста и исключить положение § 105 из Закона о судопроизводстве по делам несовершеннолетних. Эта мера приведет к исключению возможности применения ювенального уголовного права к лицам молодого возраста.

3. Специальное положение § 105 (абз. 3, предл. 2) ЗоСН

Ни одно из представленных выше мнений не смогло на сегодняшний день окончательно утвердиться. Однако очевидным является процесс постепенного ограничения применения ювенального уголовного права к лицам молодого возраста. Доказательством данного утверждения может служить нововведенное положение § 105 (абз. 3 предл. 2) ЗоСП, в соответствии с которым совершившим тяжкое убийство лицам молодого возраста, по отношению к которым в соответствии с § 105 (абз. 1) ЗоСН применяются санкции по ЗоСП, может быть назначено ювенальное уголовное наказание в виде лишения свободы на срок до 15 лет. Приведенная санкция обосновывается тем, что назначение ювенального наказания в виде лишения свободы на срок до 10 лет не соответствует особой тяжести вины при совершении тяжкого убийства. Путем применения общей меры наказания и особого признака «особой тяжести вины» ювенальное право все больше удаляется от изначальной концепции, направленной на применение уголовного права в воспитательных целях. В действительности, положение § 105 (абз. 3 предл. 2) ЗоСП представляет собой отмену возможности применения ювенального уголовного права по отношению к лицам молодого возраста, совершившим тяжкое убийство.

Уголовно-правовая защита конституционных (основных) прав и свобод человека и гражданина по законодательству Российской Федерации и Германии: общее и особенности

А. В. Серебренникова, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова (МГУ), Россия

Охрана конституционных прав и свобод человека и гражданина является приоритетной задачей любого современного государства и мирового сообщества в целом. Она основывается на таких международно-правовых документах, как Всеобщая декларация прав человека 1948 года, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года и Протоколы к ней, Декларация прав ребенка 1959 года, Европейская социальная хартия 1961 года, Международные пакты «О гражданских и политических правах», «Об экономических, социальных и культурных правах» 1966 года, Хартия Европейского Союза об основных правах 2000 года и многих других.

На основании этих правовых предписаний в Федеративной Республике Германия (ФРГ) и в Российской Федерации (РФ) установлена уголовно-правовая защита конституционных (основных)¹ прав и свобод человека и гражданина. Базисом для ее осуществления являются соответственно Основной закон ФРГ 1949 года² и Конституция РФ 1993 года.

Конституция Российской Федерации 1993 года является первым в российской практике правовым документом, который провозгласил широкий перечень прав и свобод человека. Она сформировалась под влиянием законодательства демократических зарубежных государств и международных норм и стандартов в области прав человека. В данном документе впервые в нашей стране был признан приоритет и значимость прав и свобод человека и гражданина.

¹ В данном научном исследовании используется термин как основные права (Grundrechte), так и конституционные права (Verfassungsrechte). По смыслу данной работы эти термины являются синонимами. Использование данной терминологии объясняется, прежде всего, тем, что применительно к России данные права закреплены в Конституции РФ (т.е. являются конституционными), а в Германии – в Основном законе Германии (Grundgesetz, т.е. являются основными (Grundrechte)), который по своей сущности является Конституцией. В этой связи следует согласиться со справедливым мнением Козловой Е. Н. и Кутафина О. Е. о том, что «в Конституции РФ понятие «основные права» и «конституционные права» используются как идентичные (ср. ст. 55 и 125). Однако в теории высказываются суждения о том, что понятие «конституционные права» применимо к тем, которые закреплены в Конституции, а понятие «основные права» применяются к указанным в международных декларациях и пактах о правах. // Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. Издание третье, переработанное и дополненное. М., 2004. С. 257.

² Об Основном законе ФРГ 1949 г. подробнее см.: Арбузкин А. М. Конституционное право зарубежных стран. М., 2005. С. 263–266.

Основной закон ФРГ был принят значительно ранее. Он сформировался под воздействием Всеобщей декларации прав человека 1948 г. Свидетельством этому является тот факт, что в послевоенных Конституциях ряда стран (в том числе ФРГ, Италии, Японии) права человека представлены в этих правовых документах в качестве самостоятельных разделов о правах граждан. В этой связи следует заметить, что опыт Германии по защите основных прав и свобод человека и гражданина как демократического правового государства имеет богатую историю и представляет особый интерес для исследования российскими правоведами.

В ст. 2 Конституции РФ 1993 г. человека, его права и свободы провозглашаются высшей ценностью государства и общества. Это означает, что «все остальные общественные ценности ... располагаются по отношению к ней на более низкой ступени и не могут ей противоречить».³ На основании ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека определяют смысл, содержание и применение законов, а также «основные цели, стратегические и текущие задачи внутренней и внешней политики государства».⁴

Говоря о правах и свободах человека и гражданина, и российский, и германский законодатель имеют в виду следующее: под правами человека следует понимать те конкретные правомочия, которые возникают у человека как у индивидуально определенного субъекта права, под свободами – по существу, те же права, имеющие, однако, некоторую специфику. Она заключается, прежде всего, в том, что в некоторых сферах общественной жизни, обладая той или иной свободой, человек более свободно и самостоятельно может ее реализовать.⁵

Напомним, что отличие между основными правами человека и гражданина состоит в следующем: права гражданина принадлежат только гражданам соответствующего государства (т.е. применительно к нашей работе – гражданам Германии либо гражданам РФ), а права человека принадлежат любому человеку от его рождения, независимо от его государственной принадлежности. «По своему происхождению это «естественные» права, т.е. присущие по своей природе каждому человеку, независимо от государства, а по характеру – личные».⁶

³ Комментарий к Конституции Российской Федерации. Под общей ред. Кудрявцева Ю. В. М., 1996. С. 19.

⁴ Концепция национальной безопасности Российской Федерации Утв. Указом Президента РФ от 12 декабря 1997 г. № 1300 в ред. Указа Президента РФ от 10 января 2000 г. № 24 // СЗ РФ. 1997. № 52. Ст. 5909; 2000. № 2. Ст. 170. Цит. по: Уголовно-правовая охрана личности и ее оптимизация. Научно-практическая конференция, посвященная памяти профессора Красикова А. Н. (20–21 марта 2003 года). Саратов, 2003. С. 253.

⁵ В доктрине германского уголовного права преимущественно используется термин «основные права» (Grundrechte), который включает в себя понятие «основные свободы» (Grundfreiheiten).

⁶ Хартия Европейского Союза об основных правах. Комментарий. М., 2001.

В Германии уголовно-правовой защите подлежат, прежде всего, те основные права человека и гражданина (*Grundrechte*), которые предусмотрены в разделе 1 Основного закона ФРГ. По мнению большинства германских правоведов, ст. ст. 1–19 данного раздела представляют собой специфический каталог основных прав. По оценке германских государствоведов,⁷ раздел 1 Основного закона с содержащимися в нем нормами об основных правах образует наиболее важную часть документа. Федеральный конституционный суд ФРГ, охарактеризовал данный раздел Основного закона как «неотъемлемую структурную часть Основного закона, выражающую сущность самой Конституции».⁸

Следует также отметить, что, по мнению германских правоведов, перечень основных прав и свобод, закрепленный в разделе 1 Основного закона, не является исчерпывающим. Эта точка зрения базируется на том, что в других разделах Основного закона ФРГ предусмотрены иные права гражданина. Поэтому доктрина германского государственного права также относит их к основным правам⁹, но особого вида, т.к. нормы, их закрепляющие, не расположены в разделе 1 Основного закона, обозначая их термином «права, равнозначные основным правам» (*grundrechtsgleiche Rechte*).

Анализируя содержание данных прав, можно сделать вывод о том, что эти права равноценны по своей значимости с основными правами, предусмотренными в разделе 1 Основного закона, и в соответствии с предписаниями ст. 93, абз. 1 п. 4а Основного закона ФРГ приравняются к основным правам. Данная норма содержит следующее предписание:

«(1) Федеральный конституционный суд выносит решения:

(...)

4а. по конституционным жалобам, которые могут быть поданы любым лицом, утверждающим, что государственная власть нарушила одно из его основных прав или одно из прав, указанных в абзаце 4, статьи 20, статьях 33, 38, 101, 103 и 104».

Применительно к Российской Федерации уголовно-правовой защите подлежат, в первую очередь, права и свободы человека и гражданина, предусмотренные Главой 2 Конституции РФ («Права и свободы человека и гражданина», ст. ст. 17–64). Заметим, что, несмотря на это, российский законодатель в названии главы 19 Особенной части УК РФ не использует термин «основные права». Применительно к обозначению данных прав в российской уголовно-правовой доктрине, используется

⁷ См., например, *Grundgesetz-Kommentar*. Band 1. (Präambel bis Art. 19). Bgrd. I. von Münch. Hrsg. P. Kunig. Beck, München, 2000. S. 21.

⁸ BVerfGE 37, 271 (280).

⁹ Подробнее см. Н. v. Mangold, F. Klein, Ch. Stark. *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*. In 3 Bänden. 4. Auflage. Beck, München, 1999. Band 1: Präambel. Artikel 1 bis 19, S. 100–101.

термин «конституционные», означающий права и свободы, закрепленные в Конституции РФ.

Статья 2 Конституции Российской Федерации 1993 г. устанавливает, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью. На основании данной конституционной нормы на государство возложена обязанность признания, соблюдения и защиты этих прав и свобод. Аналогичное предписание содержится и в ст. 1 Основного закона ФРГ 1949 г.: «(1) Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его – обязанность всей государственной власти».

Сходство законодательства обеих рассматриваемых стран – ФРГ и Российской Федерации – состоит в том, что права и свободы человека и гражданина охраняются различными отраслями права, а наиболее тяжкие посягательства на них признаются преступными.

Следует отметить, что в отличие от уголовного законодательства Германии, российское уголовное законодательство является полностью кодифицированным. Единственным источником уголовного права России является Уголовный кодекс Российской Федерации, принятый Государственной Думой 24 мая 1996 г. и одобренный Советом Федерации 05.06.1996 г. Он был введен в действие с 1 января 1997 г. Заметим, что Особенная часть УК Германии, как и Особенная часть УК РФ, структурно делится на разделы. Разделы Особенной части УК ФРГ, в отличие от УК РФ, не делятся на главы, за исключением 1 раздела Особенной части УК ФРГ.

Исходя из предписаний Конституции РФ и учитывая специфику родового и видового объектов, российский законодатель выделяет специальную главу в Особенной части УК РФ, в которой помещены нормы, направленные на охрану конституционных прав и свобод человека и гражданина от преступных посягательств (глава 19 УК РФ, ст.ст. 136-149). В отличие от уголовного законодательства Германии, существенной особенностью которого является то, что нормы о преступных деяниях против основных прав и свобод человека и гражданина содержатся не только в УК, но и в так называемом дополнительном уголовном праве (*Nebenstrafrecht*), в 19 главе УК РФ содержатся все те общественно-опасные посягательства на конституционные права и свободы человека и гражданина, которые по российскому уголовному праву признаются преступными. Данная глава называется «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина» и расположена в разделе VII «Преступления против личности».

К источникам уголовного права ФРГ относится не только УК ФРГ 1871 года в ред. 13.11.1998 г., но и иные федеральные законы. Особенностью уголовного права ФРГ является то, что составы преступных деяний, посягающих на основные права и свободы человека и гражданина, расположены не только в Уголовном кодексе ФРГ, но и иных законах. Последние регулируют различные отношения, не являющиеся уголовно-правовыми, но включают в себя и уголовно-правовые нормы, запрещающие под угрозой наказания определенные деяния.

Эти законы относятся к так называемому дополнительному уголовному праву (*Nebenstrafrecht*).¹⁰ Наиболее значимыми из них являются Закон о регулировании публичного права на объединение (Закон об объединениях) от 5.08.1964 г.,¹¹ Закон о собраниях и шествиях (Закон о собраниях) от 24.07.1953 г.,¹² Закон о порядке предоставления убежища от 26.06.1992 г.,¹³ Закон о телекоммуникациях от 25.07.1996 г.¹⁴

Если обратиться к Особенной части УК ФРГ, то следует подчеркнуть то, что она (в отличие, например, от УК РФ 1996 г.)¹⁵ не содержит самостоятельного раздела о преступных деяниях против основных прав и свобод человека и гражданина. На наш взгляд, это является принципиальной позицией германского законодателя. Основные права человека и гражданина, в том числе и предусмотренные в 1 разделе Основного закона, защищаются всесторонне. Ряд разделов Особенной части УК ФРГ содержит такие традиционные для УК всех современных государств составы преступных деяний, посягающие на конституционные права и свободы человека и гражданина, как, например, право на жизнь – раздел 16 «Преступные деяния против жизни», право на физическую неприкосновенность – раздел 17 «Преступные деяния против телесной неприкосновенности», право на личную свободу – раздел 18 «Преступные деяния против личной свободы» и др. Многие преступные деяния, посягающие на основные права и свободы человека и гражданина, расположены и в иных разделах Особенной части (например, в разделе 15 «Преступные деяния, нарушающие неприкосновенность и тайну частной жизни», в разделе 7 «Преступные деяния против общественного порядка»). Пересекаются с преступными деяния против основных прав и свобод человека и гражданина и некоторые преступные деяния, расположенные с учетом специфики правоохраняемого блага (*Rechtsgut*) в других разделах Особенной части УК ФРГ (к примеру, в разделе 4 «Преступные деяния против конституционных органов, а также связанные с выборами и голосованием» и в разделе 11 Особенной части УК ФРГ «Преступные деяния, затрагивающие религию и мировоззрение»).

Еще одной специфичной чертой Особенной части УК ФРГ является и то, что в ней не содержится таких традиционных для УК многих стран, в том числе УК Российской Федерации, составов преступных деяний,

¹⁰ В данной работе подробно не рассматриваются все законы, относящиеся к так называемому дополнительному уголовному праву, которые в уголовно-правовом порядке защищают основные права и свободы человека и гражданина. Подробнее см.: *Erbs G., Kohlhaas M. Strafrechtliche Nebengesetze. München, 2001. Goehler E., Buddendiek H., Lenzen H. Lexikon des Nebenstrafrechts. München, 2001.*

¹¹ BGI. I S. 593, BGI. I S. 164, BGI. III S. 2180-1.

¹² BGI. I S. 684, BGI. I S. 1789, BGI. I S. 1818, BGI. III S. 2180-4.

¹³ BGI. I S. 1126, в ред. от 27.07.1993 г. (BGI. I S. 1361), с изм. и доп., внесенными ст. 2 Закона от 29.10.1997 г. (BGI. I S. 2584).

¹⁴ BGI. I S. 1120, BGI. I S. 3108, BGI. I S. 2544. §§ 94–96.

¹⁵ Имеется в виду глава 19 УК РФ «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина».

посягающих на конституционные права, как, к примеру, нарушение равенства прав и свобод человека и гражданина. Это можно объяснить рядом причин. Германские правоведы придерживаются точки зрения, что регулирование этого вопроса в ФРГ отнесено к различным отраслям права. Так, к примеру, если нарушается равенство граждан при приеме на работу, то это относится к предмету регулирования трудового права (Arbeitsrecht).¹⁶ Правовой основой для реализации принципа равенства служит статья 3 Основного закона ФРГ, которая провозглашает:

«(1) Все люди равны перед законом.

Мужчины и женщины равноправны. Государство способствует действительному осуществлению равноправия мужчин и женщин и содействует устранению возникающих вредных последствий его нарушения.

Никому не может быть причинен ущерб или оказано предпочтение по признакам его пола, происхождения, расы, языка, его отечества и места рождения, его вероисповедания, религиозных или политических взглядов. Никто не должен ущемляться из-за своих недостатков (физических или умственных)».¹⁷

В доктрине российского конституционного права дается следующее понятие конституционных прав и свобод: Конституционные (основные) права и свободы человека и гражданина – это его неотъемлемые права и свободы, принадлежащие ему от рождения (в надлежащих случаях в силу его гражданства), защищаемые государством и составляющие ядро правового статуса личности».¹⁸

В связи с этим под преступлениями против конституционных прав и свобод человека и гражданина следует понимать предусмотренные УК РФ 1996 г. общественно-опасные деяния, посягающие на важнейшие права и свободы человека и гражданина, закрепленные Конституцией РФ 1993 г.

Какой-либо дефиниции преступных деяний против конституционных прав и свобод человека и гражданина в доктрине германского уголовного права не дается. Правоведы ФРГ, в отличие от российских, вообще не выделяют данные преступные деяния в самостоятельную группу как подсистему Особенной части УК Германии.

Выделим некоторую специфику УК РФ при регулировании данного правового института. Так особенностью законодательной конструкции преступлений против конституционных прав и свобод человека

¹⁶ В российской уголовно-правовой литературе встречается точка зрения, что при классификации преступлений, предусмотренных главой 19 УК РФ норму о нарушении равенства прав и свобод человека и гражданина (ст. 136 УК РФ), которая относится к преступлениям против политических прав, можно одновременно посягать и на социально-экономические и личные права граждан. // См.: Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть. Учебник. / Под ред. Рарога А. И. М., 2001. С. 106.

¹⁷ Основной закон Федеративной республики Германия. Бонн, 1998. С. 13.

¹⁸ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Указ. соч. С. 257.

и гражданина, предусмотренных в главе 19 УК РФ, является и то, что при применении ряда данных норм необходимо прибегать как к распространительному, так и к ограничительному толкованию. Поясним это. Например, в ст.ст. 138, 140 УК РФ необходимо расширительно толковать употребляемое в данных нормах понятие «гражданин», т.к. потерпевшим от преступлений, предусмотренных данными нормами, могут быть не только граждане России, но и иностранные граждане и лица без гражданства. Поэтому можно сказать, что данными нормами защищаются в уголовно-правовом порядке права и свободы не только гражданина, но и человека.

Относительно вопроса о том, кто может быть потерпевшим от иных преступлений, предусмотренных главой 19 УК РФ, следует заметить, что им, по нашему мнению вообще может быть любой человек независимо от его государственной принадлежности. Этой же точки зрения придерживался Красиков А.Н., который считал, что в этой связи «нельзя согласиться с мнением, что потерпевшим могут быть только граждане Российской Федерации, чьи права нарушены.¹⁹ Конституция РФ, регламентирующая в главе 2 права и свободы человека и гражданина, употребляет слово «каждый» (ст.ст. 22, 23 и др.), под которым подразумевается любой человек: россиянин, иностранец, либо лицо без гражданства, бипатриды²⁰».

В этой связи следует заметить, что при законодательном конструировании норм о преступных деяниях, против основных прав и свобод человека и гражданина, германский законодатель использует терминологию следующим образом: к примеру, если используется термин «Bürger» (гражданин), то имеется в виду гражданин Федеративной Республики Германия, а если термин «jeder» (каждый), то им может быть любой человек, вне зависимости от его государственной принадлежности.

Для иллюстрации данной точки зрения приведем в качестве примера нормы из германского законодательства, закрепляющие такое основное право человека и гражданина, как свобода собраний, и нормы, устанавливающие уголовную ответственность за посягательства на данную свободу.

Свобода собраний относится к естественному и неотъемлемому праву человека и является одним из основных демократических прав, закрепленных в Основном законе ФРГ 1949 года. Статья 8 (абз. 1) Основного закона ФРГ провозглашает, что все граждане Федеративной Республики Германия имеют право собираться мирно и без оружия, без предварительного извещения или разрешения. Таким образом, Основной закон использует термин «Bürger».

¹⁹ См.: Уголовное право. Особенная часть. Учебник для вузов. / Под ред. Козаченко И. Я. и Незнамовой З. А. М., 1997. С. 146.

²⁰ См.: Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий. / Под ред. акад. Б.Н. Топорнина. М., 1997. С. 194, 201–202.

Статья 1 Закона о собраниях и шествиях²¹ устанавливает, что каждый человек имеет право организовывать публичные собрания и шествия и участвовать в таких мероприятиях. Поэтому в отличие от ст. 8 Основного закона ФРГ, провозглашающей право собираться только для граждан ФРГ, рассматриваемый закон распространяет это право и на иных лиц, не являющихся гражданами ФРГ. Таким образом, нормы данного закона действуют в отношении всех участников собраний и шествий независимо от их принадлежности к какому-либо государству.

Отметим также, что российский законодатель очень удачно, на наш взгляд, сконструировал в новой редакции, принятой в 1999 г., ст. 136 УК РФ, устанавливающую уголовную ответственность за нарушение равенства прав и свобод человека и гражданина.²²

Возвращаясь к толкованию норм УК РФ о преступлениях против конституционных прав и свобод человека и гражданина, следует отметить, что при их применении, к примеру, ст. ст. 140, 145 УК РФ, следует прибегать и к ограничительному толкованию. Так в ст. 140 (отказ в предоставлении гражданину информации) в качестве обязательного последствия называется причинение вреда правам и законным интересам граждан (термин используется во множественном числе). Однако данный состав преступления будет наличествовать и при причинении вреда правам и законным интересам одного гражданина. В ст. 145 УК РФ (необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей в возрасте до трех лет) речь идет, как следует из названия нормы, о женщине, имеющей детей (термин используется во множественном числе, т.е. при буквальном толковании имеющей не менее двух детей) в возрасте до трех лет. Однако, на наш взгляд, является очевидным, что потерпевшей может быть женщина, имеющая только одного ребенка указанного возраста.

Отметим, что в УК РСФСР 1960 г. также была глава, содержащая составы преступлений против конституционных прав и свобод: глава 4 «Преступления против политических и трудовых прав граждан».²³ В УК РФ 1996 г. часть прежних составов была декриминализована вследствие утраты данными деяниями общественной опасности и редкого применения на практике (например, ст. 137 – нарушение закон-

²¹ Подробнее см. Закон о собраниях и шествиях (в дальнейшем – Закон о собраниях) от 24.07.1953 г. Данный закон, как отмечалось выше, является источником так называемого дополнительного уголовного права (*strafrechtliche Nebengesetze*) и содержит норму, устанавливающую уголовную ответственность за посягательства на свободу собраний (к примеру, норма о воспрепятствовании проведению собраний (§ 21)).

²² Заметим, что первоначально (имеется в виду в УК РФ, принятом в 1996 г.), данная норма носила название «Нарушение равноправия граждан», хотя здесь опять нужно было прибегать к распространительному толкованию, т.к. она защищала равенство прав и свобод человека и гражданина.

²³ Заметим, что Особенная часть УК РСФСР 1960 г. делилась только на главы (деление на разделы отсутствовало).

ных прав профсоюзов, ст. 138 – нарушение законодательства о труде, ст. 139 (1) – преследование граждан за критику и др.). Ряд норм были приняты в новой редакции. С принятием в 1996 г. УК РФ в российском уголовном законодательстве появились новые составы преступлений, к примеру, отказ в предоставлении гражданину информации, нарушение неприкосновенности частной жизни, воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов и др. Изменения в нормах о преступлениях рассматриваемой группы были обусловлены усилением гарантий и расширением прав и свобод человека и гражданина, провозглашенных Конституцией РФ 1993 г.

Еще одним отличием российского УК от УК Германии является также и то, что в первом в ст. 15 предусмотрен такой правовой институт, как категории преступлений.

В соответствии с категоризацией преступлений, предусмотренных в УК РФ, большинство преступлений главы 19 УК РФ являются преступлениями небольшой тяжести, а часть из них – преступлениями средней тяжести. Ими являются, как правило, квалифицированные виды рассматриваемых деяний.

Как известно, в УК РФ, в отличие от УК Германии, отсутствует деление преступного деяния на преступление и проступок. На основании § 12 УК ФРГ преступлениями являются противоправные деяния, за которые предусмотрено в качестве минимального наказания лишение свободы на срок не менее одного года или более строгое наказание, а проступками являются противоправные деяния, за которые предусмотрено в качестве минимального наказания лишение свободы на более короткий срок или денежный штраф.

В отличие от УК ФРГ, который воспринял двучленную конструкцию преступного деяния (проступок и преступление), все предусмотренные УК РФ деяния являются преступлениями. Напомним понятие преступления, закрепленное в ст. 14 УК РФ: «Преступлением признается виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания». Этим российское уголовное право также отличается от германского: в УК ФРГ дается формальное понятие преступления, а понятие «категория преступлений», как отмечалось выше, отсутствует вообще.

Таким образом, можно сделать вывод, что законодатели РФ и Германии сходно конструируют преступные деяния против конституционных прав и свобод человека и гражданина, не относя их к категории тяжких преступлений. Поясним это. По уголовному законодательству ФРГ большинство преступных деяний против основных прав и свобод человека и гражданина являются проступками, а по российскому уголовному законодательству, в котором, как уже отмечалось, отсутствует категория проступков, – преступлениями небольшой тяжести.

Является бесспорным, что в основе классификации преступлений против конституционных прав и свобод человека должна быть глава 2 Конституции РФ «Права и свободы человека и гражданина».

В соответствии с ней преступления, предусмотренные 19 главой УК РФ, принято классифицировать по трем группам: 1) преступления, посягающие на политические права и свободы человека и гражданина (ст.ст. 136, 141, 141.1, 142, 142.1., 149), преступления, посягающие на социально-экономические права и свободы человека и гражданина (ст.ст. 143, 144, 145, 145.1, 146, 147), преступления, посягающие на личные права и свободы человека и гражданина (ст.ст. 137, 138, 139, 140, 148).

По указанным выше основаниям можно было бы составить классификацию преступных деяний против основных прав и свобод человека и гражданина, содержащихся в уголовном законодательстве Германии, которая в уголовно-правовой литературе Германии отсутствует вообще.

На наш взгляд, было бы возможным провести такую классификацию по двум различным основаниям:

Во-первых, исходя из социального назначения прав и свобод человека и гражданина, уголовная ответственность за посягательства на которые предусмотрена УК ФРГ и иными законами, относящимися к так называемому дополнительному уголовному праву (*Nebenstrafrecht*). По этому основанию можно было бы выделить три группы: преступные деяния, посягающие на личные права и свободы (например, свобода совести и вероисповедания), преступные деяния, посягающие на политические права и свободы (например, свобода собраний и объединений), преступные деяния, посягающие на социально-экономические, в т.ч. культурные, права и свободы (например, право собственности, свобода искусства и науки). Данная классификация была бы подобной той, что выделяется в доктрине российского уголовного права.

Во-вторых, возможна классификация преступных деяний, посягающих на основные права и свободы человека и гражданина, и по другому основанию – источнику их закрепления. По данному критерию преступные деяния, посягающие на основные права и свободы человека и гражданина, можно разделить на две группы: преступные деяния, предусмотренные УК ФРГ, и преступные деяния, предусмотренные иными законами, относящимися к так называемому дополнительному уголовному праву (*Nebenstrafrecht*). В доктрине германского уголовного права классификации преступных деяний против основных прав и свобод человека и гражданина не проводится. Это можно объяснить, прежде всего, тем, что преступные деяния данной группы не образуют самостоятельной подсистемы Особенной части УК ФРГ, а содержатся не только в нескольких разделах Особенной части, но и в иных федеральных законах. Подобная классификация не может быть воспринята в российском уголовном праве, т.к. в нашей стране, в отличие от Германии, все нормы преступлений против конституционных прав и свобод человека и гражданина расположены только в УК РФ.

Если с систематической точки зрения сравнить нормы уголовного законодательства России и Германии, содержащие составы преступных

деяний, посягающие на конституционные (основные) права человека и гражданина, то можно сделать вывод о существенных различиях в системе данных норм в законодательстве рассматриваемых стран.

Во-первых, нормы о преступных посягательствах на основные (конституционные) права человека и гражданина в российском уголовном законодательстве содержатся только в УК РФ, а в Германии – не только в УК ФРГ, но и в иных законах, являющихся источниками так называемого дополнительного уголовного права (*strafrechtliche Nebengesetze*).

Во-вторых, все преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина расположены в Особенной части УК РФ в самостоятельном разделе 19, носящем одноименное название, а в УК ФРГ – соответствующие нормы расположены в различных разделах Особенной части УК ФРГ.

Strafrechtlicher Schutz der Verfassungs- (Grund-) Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers nach der Gesetzgebung der Russischen Föderation und Deutschlands: Gemeinsamkeiten und Unterschiede¹

Professorin Anna Serebrennikova, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Professorin an der Juristischen Fakultät der Moskauer Staatlichen M. V. Lomonosov-Universität (Russland)

Der Schutz der Grundrechte und der Freiheiten des Menschen und des Bürgers gehört zu den vorrangigen Aufgaben jedes modernen Staates und der Weltgemeinschaft im Ganzen.

Den Schutz dieser Rechte und Freiheiten bezwecken zahlreiche völkerrechtliche Bestimmungen, unter anderem die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, die Europäische Konvention über die Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950, die Kinderrechtsdeklaration von 1959, die Europäische Sozialcharta von 1961, internationale Verträge „Über die bürgerlichen und politischen Rechte“, „Über die Wirtschafts-, Sozial- und Kulturrechte“ von 1966 und die Charta der Europäischen Union über die Grundrechte aus dem Jahr 2000.

In der Bundesrepublik Deutschland und der Russischen Föderation (RF) sowie in anderen modernen Staaten besteht ein strafrechtlicher Schutz der Grundrechte (Verfassungsrechte)² und der Freiheiten des Menschen und des Bürgers. Als Grundlage für die Gewährleistung dieses Schutzes fungieren entsprechend das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland von 1949 und die Verfassung der RF von 1993.

Das Hauptziel dieser Untersuchung liegt im Aufzeigen der Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei dem strafrechtlichen Schutz der Grundrechte und der Freiheiten des Menschen und des Bürgers anhand der deutschen und russischen Rechtsvorschriften.

Geht es um Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers, definiert sowohl der russische als auch der deutsche Gesetzgeber diese wie folgt: Unter den Rechten des Menschen werden die konkreten subjektiven Rechte verstanden, die bei einem Menschen als einem individuell bestimmten Rechtssubjekt entstehen. Unter den Freiheiten sind praktisch die gleichen Rechte zu verstehen, die aber eine Besonderheit aufweisen. Diese besteht vor allem darin, dass in einigen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens der Mensch in der Lage ist, die eine oder die andere Freiheit frei und selbständig zu verwirklichen.

Bekanntlich besteht der Unterschied zwischen den Grundrechten des Menschen und den Grundrechten des Bürgers darin, dass die Rechte des

¹ Dem Beitrag liegt die eigene Übersetzung der Autorin zugrunde.

² Vorliegend wird sowohl der Begriff „Grundrechte“ als auch der Begriff „Verfassungsrechte“ verwendet. Der Verständnis dieser Begriffe als Synonyme beruht darauf, dass in Deutschland diese Rechte im Grundgesetz und in Russland in der Verfassung (ebenfalls ein Grundgesetz) verankert sind.

Bürgers nur den Bürgern des entsprechenden Staates (d. h. vorliegend entweder den deutschen oder den russischen Bürgern) zustehen, während die Menschenrechte jeder Mensch seit seiner Geburt unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit besitzt. „Ihrer Herkunft nach sind es „Naturrechte“. Mit anderen Worten geht es um die – grundsätzlich persönlichen – Rechte, die jedem Menschen unabhängig vom Staat zustehen“².

In Deutschland unterliegen dem Strafrechtsschutz vor allem die Grundrechte des Menschen und des Bürgers, die im Abschnitt I des Grundgesetzes verankert sind. In Art. 1–19 GG ist ein spezieller Katalog der Grundrechte und der Freiheiten enthalten. Bemerkenswert ist, dass nach einer Auffassung in der deutsche Rechtsliteratur diese Auflistung der Grundrechte und der Freiheiten, die im Abschnitt I des Grundgesetzes verankert sind, nicht erschöpfend ist. Dieser Standpunkt basiert darauf, dass in den anderen Abschnitten des Grundgesetzes weitere Rechte des Bürgers vorgesehen sind. Die deutsche Staatsrechtslehre betrachtet diese als besondere Art der Grundrechte³, da die Normen, die diese verankern, nicht im Abschnitt I des Grundgesetzes enthalten sind. Sie werden deshalb „grundrechtsgleiche“ Rechte genannt.

Analysiert man den Inhalt dieser Rechte, so kann daraus gefolgert werden, dass diese Rechte aufgrund ihrer Bedeutung den Grundrechten, die im Abschnitt I des Grundgesetzes geregelt sind, gleichwertig sind und sie werden auch in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG den Grundrechten gleichgestellt. Diese Norm enthält folgende Bestimmung:

„(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

...

4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein.“

Im russischen Recht unterliegen dem Strafrechtsschutz in erster Linie die Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers, die im Abschnitt 2 der Verfassung der RF („Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers“, Artikel 17–64) vorgesehen sind. Da der russische Gesetzgeber in der Überschrift dieses Abschnitts nicht den Begriff „Grundrechte“ verwendet, wird in der russischen Rechtslehre von dem Begriff „Verfassungsrechte“ (Rechte und Freiheiten, die in der Verfassung der RF verankert sind) ausgegangen.

Art. 2 der Verfassung der Russischen Föderation von 1993 legt fest, dass der Mensch, seine Rechte und Freiheiten das höchste Gut ist. Aufgrund dieser Verfassungsnorm ist der Staat verpflichtet, diese Rechte und Freiheiten anzuerkennen, zu wahren und zu schützen. Eine ähnliche Bestimmung ist auch in Art. 1 GG von 1949 enthalten. Dort heißt es: „(1) Die Würde des

³ Näher hierzu H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Stark. Das Bonner Grundgesetz. Kommentar in 3 Bänden. 4. Auflage. Beck, München, 1999. Band 1: Präambel. Artikel 1 bis 19. S. 100–101.

Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

Die Ähnlichkeit der deutschen und russischen Rechtsvorschriften besteht darin, dass die Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers durch verschiedene Rechtsgebiete geschützt werden. Schwere Eingriffe in die Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers stellen in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften beider Staaten strafbare Handlungen dar.

Zu beachten ist, dass die einzige Quelle des Strafrechts der Russischen Föderation das Strafgesetzbuch der Russischen Föderation (UK RF), das am 24. Mai 1996 durch die Staatsduma verabschiedet wurde, ist. Es trat am 1. Januar 1997 in Kraft. Der besondere Teil des UK RF sowie auch der besondere Teil des StGB sind in Abschnitte unterteilt. Alle Abschnitte des besonderen Teils des UK RF bestehen ihrerseits aus Titeln⁴.

Geht man von den Vorschriften der Verfassung der RF aus und berücksichtigt man die Besonderheit des Rechtsguts, so hebt die russische Gesetzgebung einen speziellen Titel im Besonderen Teil des UK RF hervor, in welchem sich Normen befinden, die sich auf den Schutz der Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers vor strafbaren Eingriffen beziehen (19. Titel des UK RF, Art. 136–149). Alle allgemeingefährlichen Eingriffe in die Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers werden im 19. Titel des UK RF als strafbare Handlungen angesehen.

Im Unterschied dazu sind in der deutschen Strafgesetzgebung die Normen, die Verletzungen der Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers mit Strafe bedrohen, nicht nur im StGB, sondern auch in den Quellen des Nebenstrafrechts enthalten. Im UK RF wird dieser Titel als „Straftaten gegen Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers“ bezeichnet und im Abschnitt VII „Straftat gegen die Person“ eingeordnet.

Eine Besonderheit des deutschen Strafrechts ist, dass die Straftatbestände, die die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers schützen, nicht nur im StGB, sondern auch in anderen Gesetzen enthalten sind. Die Letzteren regeln unterschiedliche Verhältnisse, die selbst nicht strafrechtlicher Natur sind, aber strafrechtliche Normen beinhalten, die unter Strafan drohung die Begehung bestimmter Taten verbieten. Diese Gesetze gehören zum sog. Nebenstrafrecht⁵, z. B. das Gesetz, das das öffentliche Recht zur Vereinigung regelt (Vereinigungsgesetz) vom 05.08.1964⁶, das Gesetz über Versammlungen und Demonstrationen (Versammlungsgesetz) vom 24.07.1953⁷, das Gesetz über die Gewährung von Asylrecht vom 26.06.1992⁸, das Gesetz über die Telekommunikation vom 25.07.1996⁹ usw.

⁴ Im Besonderen Teil des StGB ist nur der 1. Abschnitt in Titel unterteilt.

⁵ Eingehend hierzu Erbs G., Kohlhaas M. Strafrechtliche Nebengesetze. München, 2001; Göhler E., Buddendiek H., Lenzen H. Lexikon des Nebenstrafrechts. München, 2001

⁶ BGBl. I S. 593, BGBl. I S. 164, BGBl. III S. 2180-1.

⁷ BGBl. I S. 684, BGBl. I S. 1789, BGBl. I S. 1818, BGBl. III S. 2180-4.

Wendet man sich dem Besonderen Teil des StGB zu, so muss unterstrichen werden, dass dieser (z. B. im Unterschied zum UK RF von 1996)⁸ keinen selbständigen Abschnitt über die Straftaten gegen die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers enthält. Aus unserer Sicht ist das eine prinzipielle Position des deutschen Gesetzgebers. Die Grundrechte des Menschen und des Bürgers, die auch im Abschnitt I des Grundgesetzes vorsieht, werden allseitig geschützt. Eine Reihe der Abschnitte des Besonderen Teils des StGB beinhaltet solche für die Strafgesetzgebung moderner Staaten traditionell strafbare Handlungen, die in die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers eingreifen (z. B. das Recht auf Leben – 16. Abschnitt „Straftaten gegen das Leben“, das Recht auf körperliche Unversehrtheit – 17. Abschnitt „Körperverletzungen“, das Recht auf persönliche Freiheit – 18. Abschnitt „Straftaten gegen die persönliche Freiheit“ u. s. w.)⁹

Viele Straftaten, die in die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers eingreifen, sind auch in den anderen Abschnitten des Besonderen Teils (z. B. im 15. Abschnitt „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“, im 7. Abschnitt „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“) enthalten. Handlungen, die in die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers eingreifen, können unter Berücksichtigung der Besonderheit des geschützten Rechtsguts Straftatbestände, die in anderen Abschnitten des Besonderen Teils des StGB enthalten sind (z. B. im 4. Abschnitt „Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen“ und im 11. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB „Straftaten, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen“), erfüllen.

Eine weitere Besonderheit des Besonderen Teils des StGB besteht darin, dass er – anders als die Strafgesetzbücher vieler Staaten, darunter auch der UK RF – keine Straftatbestände wegen Verstöße gegen die Gleichheit der Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers enthält. Dies lässt sich dadurch erklären, dass die Regelung dieses Bereichs zu verschiedenen Rechtsgebieten gehört. Wenn z. B. die Gleichberechtigung der Bürger bei der Einstellung verletzt wird, so gehört dies in den Bereich des Arbeitsrechts.

Als Grundlage für die Lösung dient Art. 3 GG, der folgendes verkündet:

„(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.

(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner

⁸ Es ist der 19. Titel des UK RF gemeint „Straftaten gegen Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers“.

⁹ Für die russische Rechtswissenschaft kann sich diese Position der deutschen Gesetzgebung als strittig erweisen. Im Rahmen dieser Arbeit werden allerdings die Abschnitte 16 und 17 des Besonderen Teils des StGB nicht untersucht, da dies zur weiten Auslegung des Begriffs „Straftaten gegen die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers“ führen würde und diese auf keinen Fall mit der Position der russischen Rechtswissenschaft übereinstimmt.

religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung (körperlicher oder geistiger) benachteiligt werden.“

In der Lehre des russischen Strafrechts versteht man unter den Straftaten gegen die Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers, alle im UK RF von 1996 enthaltenen allgemein gefährlichen Handlungen, die in die wichtigsten Rechte und Freiheiten des Menschen eingreifen und die in der Verfassung der RF von 1993 verankert sind.

Als Besonderheit der Gesetzgebungskonstruktion bei Straftaten gegen die Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers, die im 19. Titel des UK RF enthalten sind, erweist sich auch, dass es bei der Anwendung einer Reihe dieser Normen notwendig ist, sowohl auf die Auslegung im weiteren Sinne als auch im engeren Sinne zurückzugreifen. Z. B. muss der in den Art. 138, 140 UK RF verwendete Begriff „Bürger“ weiter ausgelegt werden, da die Verletzten aufgrund der Straftaten, die in diese Normen enthalten sind, nicht nur Bürger der RF, sondern auch Ausländer und Staatenlose sein können. Deshalb kann man sagen, dass durch diese Normen nicht nur die Rechte und Freiheiten des Bürgers, sondern auch des Menschen strafrechtlich geschützt werden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass bei der gesetzlichen Gestaltung der Normen, die die strafbaren Handlungen gegen die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers betreffen, der deutsche Gesetzgeber die Terminologie auf eine besondere Weise gebraucht. Wenn der deutsche Gesetzgeber z. B. den Begriff „Bürger“ verwendet, so ist damit der deutsche Staatsbürger gemeint, und wenn er den Begriff „jeder“ gebraucht, so kann damit eine beliebige Person gemeint sein.

Um diesen Gesichtspunkt zu veranschaulichen werden Normen aus der deutschen Gesetzgebung, die ein Grundrecht des Menschen und des Bürgers verkünden, wie das der Versammlungsfreiheit, als Beispiel dienen und es werden Normen, die die strafrechtliche Verantwortung für den Eingriff in diese Grundfreiheit beinhalten, dargestellt.

Die Versammlungsfreiheit ist ein unabdingbares Naturrecht des Menschen sowie eines der wichtigsten demokratischen Rechte, die im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschlands von 1949 verankert sind. Art. 8 Abs. 1 GG verkündet, dass alle Deutschen das Recht haben, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Auf diese Weise gebraucht das Grundgesetz den Begriff „Bürger“. Art. 1 des Gesetzes über die Versammlungen und Demonstrationen¹⁰ legt fest, dass jeder Mensch das Recht hat, öffentliche Versammlungen und Demonstrationen zu organisieren und an solchen Veranstaltungen teilzunehmen. Obwohl Art. 8 GG ausschließlich das Recht auf Versammlung der deutschen Staatsbürger begrün-

¹⁰ Das Gesetz über die Versammlungen und Demonstrationen (Versammlungsgesetz) vom 24.07.1953 erweist sich als Quelle der nebenstrafrechtlichen Straftatbestände und beinhaltet einige Normen, die die strafrechtliche Verantwortung bei Eingriffen in die Versammlungsfreiheit festlegen (z. B. die Regelung über die Verhinderung von Versammlungen in § 21).

det, dehnt das Versammlungsgesetz dieses Recht auch auf andere Personen, die nicht deutsche Staatsbürger sind, aus. Auf diese Weise gelten die Normen dieses Gesetzes für alle Teilnehmer an den Versammlungen und Demonstrationen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.

Es muss auch darauf hingewiesen werden, dass unserer Ansicht nach dem russischen Gesetzgeber die Gestaltung des Art. 136 UK RF, der die strafrechtliche Verantwortung bei Verletzung der Gleichheit der Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers festlegt, in der neuen Fassung, die im Jahre 1999 verabschiedet wurde, gut gelungen ist.¹¹

Bei der Auslegung einer Reihe der Normen des UK RF, die die Straftaten gegen Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers betreffen, ist zu beachten, dass es bei der Anwendung dieser Vorschriften (z. B. Art. 140, 145 UK RF) notwendig ist, auf die Auslegung im engeren Sinne auszuweichen. So wird in Art. 140 (Verweigerung der Informationserteilung an den Bürger) die Schädigung gesetzlicher Rechte und Interessen der Bürger als Folge genannt. Aber der Straftatbestand wird auch bei Schädigung gesetzlicher Rechte und Interessen eines Bürgers erfüllt sein. In Art. 145 UK RF (unbegründete Einstellungsverweigerung oder unbegründete Kündigung einer schwangeren Frau oder einer Frau, die Kinder hat, die das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet haben) ist die Rede – wie es aus der Überschrift der Norm ersichtlich ist – von einer Frau, die Kinder hat, die das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (der Begriff wird in der Mehrzahl verwendet, d. h., bei einer wörtlichen Auslegung muss es sich um eine Frau handeln, die nicht weniger als zwei Kinder hat). Es ist aber nach unserer Auffassung offensichtlich, dass die Verletzte auch eine Frau sein kann, die nur ein Kind im angegebenen Alter hat.

In dem bis zum 31. Dezember 1996 geltenden UK RSFSR von 1960 gab es einen Abschnitt, der die Straftatbestände gegen die Verfassungsrechte und Freiheiten beinhaltete, nämlich Abschnitt 4 „Straftaten gegen politische Rechte und Arbeitsrechte der Bürger“.¹² Im UK RF von 1996 war ein Teil der früheren Straftatbestände mangels gesellschaftlicher Gefahr und wegen der seltenen Anwendung in der Praxis entkriminalisiert worden (z. B. Art. 137 – Verletzung der gesetzlichen Rechte der Gewerkschaften, Art. 138 – Verletzung der Arbeitsgesetzgebung, Art. 139 (1) – Verletzung der Rechte der Bürger aufgrund von Ausübung der Kritik und andere). Einige Straftatbestände wurden neugefasst. Mit dem Inkrafttreten des UK RF sind im russischen Strafrecht neue Straftatbestände entstanden, wie z. B. die Verweigerung der Informationserteilung an den Bürger, Verletzung der Unantastbarkeit des

¹¹ Anzumerken ist, dass ursprünglich (gemeint ist, dass im UK RF, das im Jahre 1996 verabschiedet wurde) diese Norm die Überschrift „Verstoß gegen die Gleichberechtigung der Bürger“ trug, obwohl man hier auch wieder auf die Auslegung im weiteren Sinne hätte zurückgreifen müsse, da sie die Gleichheit der Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers schützte. In der vorliegenden Arbeit wird dieser Straftatbestand erörtert.

¹² Der Besondere Teil des StGB der RSFSR von 1960 war nur in Titel unterteilt (eine Unterteilung in Abschnitte fehlte).

Privatlebens, Verhinderung der Ausübung der gesetzlichen Berufstätigkeit der Journalisten usw.

Die Veränderungen der Normen der untersuchten Gruppe, die die Straftaten betreffen und die in der Verfassung der RF von 1993 enthalten sind, wurden durch die Verstärkung der Sicherheiten und durch die Erweiterung der Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers hervorgerufen. Nach der Einteilung der Straftaten in Kategorien, die das UK RF vorsieht, stellen die meisten Straftaten des 19. Titels des UK RF Straftaten geringer Schwere, z. T. aber auch Straftaten mittlerer Schwere dar. Das sind in der Regel die Qualifikationen der untersuchten Straftaten.

Anzumerken ist ferner, dass im Unterschied zum deutschen StGB im UK RF eine Einteilung der Straftaten in Verbrechen und Vergehen fehlt. Alle Straftaten, die im UK RF enthalten sind, sind Verbrechen. Der Verbrechensbegriff ist in Art. 14 UK RF verankert: „Verbrechen, ist eine schuldhaft begangene, allgemein gefährliche Tat, die unter Strafandrohung durch das Strafgesetzbuch verboten ist“. *Die Kategorien der Straftaten* sind in Art. 15 UK RF definiert. Alle Straftaten, die im UK RF enthalten sind, werden abhängig vom Charakter und der Stufe der allgemeinen Gefährlichkeit in vier Gruppen eingeteilt, und zwar in Verbrechen geringer Schwere, mittlerer Schwere, in schwere und besonders schwere Verbrechen.

Daraus kann gefolgert werden, dass die Gesetzgeber Russlands und Deutschlands die Straftaten gegen die Verfassungsrechte (Grundrechte) und Freiheiten des Menschen und des Bürgers ähnlich gestalten, ohne diese zu der Kategorie der schweren Verbrechen zu zählen. Die Strafgesetzgebung der Bundesrepublik Deutschlands stuft die meisten Straftaten gegen die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers als Vergehen ein, während sie nach der Strafgesetzgebung der Russischen Föderation, in der die Kategorie des Vergehens fehlt, wie erwähnt, als Verbrechen geringer Schwere klassifiziert sind.

Unbestritten werden im russischen Strafrecht die Straftaten, die in dem 19. Titel des UK RF enthalten sind, in folgende drei Gruppen klassifiziert:

1. Straftaten, die in die politischen Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers eingreifen (Artikel 136, 141, 142, 149),
2. Straftaten, die die sozialen und wirtschaftlichen Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers verletzen (Artikel 143, 144, 145, 145¹, 146, 147),
3. Straftaten, die die persönlichen Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers beeinträchtigen (Artikel 137, 138, 139, 140, 148).

Diese Einteilung geht von einer sozialen Zweckbestimmung der Rechte und Freiheiten aus. Bei Eingriffen in die Rechte und Freiheiten sieht das UK RF eine strafrechtliche Verantwortung vor. Allerdings ist in vielen Bereichen eine solche Klassifizierung der Straftaten gegen Verfassungsrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers ausreichend, da diese Straftaten in die gleichartige Gruppe sozialer Verhältnisse eingreifen. Auf dieser Grundlage hätte man auch die Einteilung der Straftaten gegen die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers, die im StGB enthalten sind, vornehm-

men können. Nach unserer Auffassung wäre eine Klassifizierung nach verschiedenen Grundlagen möglich, unter anderem ausgehend von der sozialen Zweckbestimmung der Rechte und Freiheiten, deren Verletzung durch das StGB sowie andere Gesetze unter Strafe gestellt wird. Zu beachten ist erneut die Besonderheit des deutschen Strafrechts, dass einige Straftatbestände auch hier im Nebenstrafrecht zu finden sind.

Auf dieser Grundlage könnten drei Gruppen gebildet werden:

- Straftaten, die die persönlichen Rechte und Freiheiten verletzen (z. B. Gewissens- und Glaubensfreiheit),
- Straftaten, die in die politischen Rechte und Freiheiten eingreifen (z. B. Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit),
- Straftaten, die die sozialen und wirtschaftlichen Rechte, unter anderem auch in die kulturellen Rechte beeinträchtigen (z. B. Recht auf Eigentum, Freiheit von Kunst und Wissenschaft).

Es ist auch eine Klassifizierung der Straftaten gegen die Grundrechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers nach einer anderen Grundlage möglich, nämlich nach der Quelle der Straftatbestände. Danach können die Straftaten, die die Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers verletzen in zwei Gruppen eingeteilt werden: Straftaten, die das StGB vorsieht, und Straftaten, die andere Gesetze vorsehen, die zum sogenannten Nebenstrafrecht gehören.

Wenn man aus dem systematischen Standpunkt heraus die Normen der russischen und der deutschen Strafgesetzgebung in Bezug auf die strafbaren Handlungen, die die Grundrechte (Verfassungsrechte) und Freiheiten des Menschen und des Bürgers verletzen, vergleicht, kann man auf diese Weise zu der Schlussfolgerung gelangen, dass es grundlegende Unterschiede in der Systematik dieser Normen gibt.

Erstens befinden sich diese Normen im russischen Recht nur im UK RF, während sie im deutschen Recht nicht nur im StGB, sondern auch in den anderen nebenstrafrechtlichen Gesetzen zu finden sind. Zweitens sind alle Straftaten gegen die Verfassungsrechte des Menschen und des Bürgers im Besonderen Teil des UK RF im eigenständigen 19. Titel (der auch die gleiche Bezeichnung trägt) enthalten. Im deutschen Strafrecht befinden sich die entsprechenden Normen dagegen in verschiedenen Abschnitten des Besonderen Teils des StGB.

Der Täter hinter dem Täter

Prof. Dr. Georg Küpper, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Potsdam, Deutschland

Nach § 25 I StGB ist Täter nicht nur, wer die Tat selbst ausführt, sondern auch, wer sie durch einen anderen begeht. Es gibt also eine unmittelbare und eine mittelbare Täterschaft. Letztere Erscheinungsform war zwar schon vor der gesetzlichen Regelung anerkannt, hatte aber lediglich eine Ergänzungsfunktion zur Ausfüllung von Strafbarkeitslücken. Eine solche Lücke entsteht vor allem, wenn der tatusführende Vordermann ohne Vorsatz handelt; dieser Tatmittler wird dann als undoloses Werkzeug bezeichnet. Eine Anstiftung scheidet aus, weil sie eine vorsätzliche Haupttat voraussetzt. Die ehemals vertretene strenge Akzessorietät verlangt dafür sogar eine schuldhaft Tat, so dass sich insoweit ein weiterer Anwendungsfall ergab. Die jetzige Regelung folgt dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät, wonach jeder Beteiligte – ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen – nach seiner Schuld bestraft wird (§ 29 StGB). Von daher kann die Einflussnahme auf einen schuldlos handelnden Täter auch als Anstiftung erfasst werden.

Schon früh hat die mittelbare Täterschaft manche Ausweitung erfahren. Sie ist zunächst auf den Fall des qualifikationslosen Werkzeugs übertragen worden. Davon spricht man, wenn der Tatmittler den Tatbestand wegen des Fehlens einer strafbegründenden Eigenschaft nicht verwirklichen kann. Ein Beispiel bildet die Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB), sofern der Amtsträger die falsche Urkunde durch eine Privatperson ausstellen lässt. Außerdem geht es um das absichtslos-dolose Werkzeug, wo der Ausführende zwar mit Vorsatz, aber ohne die tatbestandlich vorausgesetzte Absicht handelt. Fraglich bleibt allerdings, ob der Hintermann die Tat eines vorsätzlich Handelnden wirklich beherrscht. Es ist deshalb von normativer oder sozialer Tatherrschaft die Rede.

Als typisches Kennzeichen der mittelbaren Täterschaft lässt sich jedenfalls angeben, dass es auf Seiten des Tatmittlers regelmäßig an einer Strafbarkeitsvoraussetzung fehlt. Dieses Manko kann auf allen drei Deliktsstufen auftreten, also Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld. Fraglich und bis heute umstritten ist jedoch die Konstellation, dass der Ausführende volldeliktisch handelt. Kann man ihn dann noch als Werkzeug des Hintermannes ansehen? Wir hätten nun sowohl einen unmittelbaren als auch einen mittelbaren Täter; letzteren nennt man deshalb den *Täter hinter dem Täter*. Diese Rechtsfigur hat anfangs noch grundsätzliche Ablehnung erfahren. Der namhafte Strafrechtler *Hans Welzel* hielt mittelbare Täterschaft durch einen unmittelbar Handelnden, der selbst Täter ist, sogar für einen „Unbegriff“. Dennoch war der Vormarsch des Täters hinter dem Täter anscheinend nicht mehr zu stoppen.

In der Literatur werden schon seit längerer Zeit verschiedene Fallgruppen erörtert, von denen ich zwei herausgreifen möchte.

Zum einen geht es um das Hervorrufen eines error in persona. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der A hat erfahren, dass ihm B mit Tötungs-

vorsatz auflauert; deshalb verabredet sich A zum Schein an der vorgesehenen Stelle mit X. Wie von A erwartet, unterliegt B einer Personenverwechslung und erschießt X, den er für A hält. Dem B fällt ein vorsätzliches Tötungsdelikt zur Last, weil sein Irrtum nach allgemeiner Ansicht unbeachtlich ist. Mangels eines gemeinsamen Tatentschlusses ist A nicht Mittäter. Er soll aber mittelbarer Täter sein, weil er den Kausalverlauf gesteuert und dazu einen die Sachlage nicht überschauenden Menschen eingesetzt hat. Die Gegenmeinung will hier eine – im Gesetz nicht geregelte – Nebentäterschaft annehmen. Die Alternative lautet also: Täter *hinter* dem Täter oder Täter *neben* dem Täter.

Die zweite Fallgruppe betrifft die Täuschung über Unrechtsmerkmale, sei es quantitativer oder qualitativer Art. Quantifizierbar ist etwa die Größe des angerichteten Schadens. Als Beispiel wird genannt, dass A den B veranlasst, ein wertvolles Gemälde zu zerstören, indem er ihm vorspiegelt, es handle sich um eine wertlose Kleckserie. In qualitativer Hinsicht unterscheiden sich dagegen Mord und Totschlag. Unter Hinweis auf das erhebliche Unwertgefälle zwischen den §§ 211, 212 StGB wird deshalb der „Mörder hinter dem Totschläger“ angeführt, wenn nur der Hintermann ein Mordmerkmal verwirklicht. Es kommt dann aber auch eine Anstiftung zum Mord in Betracht, weil über § 28 II StGB das strafschärfende Merkmal ebenfalls für den Teilnehmer gilt, bei dem es vorliegt.

Auch in die Rechtsprechung hat der Täter hinter dem Täter Eingang gefunden. Dazu sollen zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vorgestellt werden.

Dem sog. „Katzenkönig-Fall“ lag ein skurriler Sachverhalt zugrunde: Die Hinterleute hatten dem Tatmittler eingeredet, der fürchterliche Katzenkönig bedrohe die Welt; um ihn zu besänftigen müsse ein Opfer dargebracht werden, wodurch viele Menschen gerettet würden. In Wirklichkeit wollten sie einen Rivalen beseitigen. Infolge ihrer Einflussnahme führte der Täter einen Mordversuch am vorgesehenen Opfer aus. Der BGH billigt ihm einen vermeidbaren Verbotsirrtum zu, der die Schuld nicht ausschließt, sondern lediglich zu einer Strafmilderung führt (§ 17 Satz 2 StGB). Die Hinterleute wurden als Täter hinter dem Täter beurteilt, weil sie diesen Irrtum hervorgehoben und ausgenutzt hätten. Demgegenüber will ein großer Teil des Schrifttums eine mittelbare Täterschaft nur bei Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums annehmen, sonst liege Anstiftung vor.

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH die Befehlsgeber im Rahmen staatlicher Machtapparate als mittelbare Täter eingestuft. Konkret ging es um die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR, die für die Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze verantwortlich waren. Die Bestrafung als Anstifter würde der Rolle eines „Schreibtischtäters“ nicht gerecht, der die Organisationsherrschaft innehat. Dem ist die Literatur mehrheitlich gefolgt. So vermeldet *Friedrich-Christian Schroeder*, der eine maßgebliche Monographie zum Thema verfasst hat, den Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis. Andere Autoren wollen Mittäterschaft annehmen. Dagegen spricht jedoch die hierarchische

Befehlsstruktur in einem Über-/Unterordnungsverhältnis, während Mittäter als gleichberechtigte Partner agieren.

Nach den bisherigen Ausführungen könnte nun leicht der Eindruck entstehen, als sei der Siegeszug des Täters hinter dem Täter unaufhaltsam; er habe sich fast schon zur „Allzweckwaffe“ entwickelt. Jedoch ist in neuerer Zeit eine Trendwende zu beobachten. In der Literatur mehren sich kritische Stimmen, die der ständigen Ausdehnung ablehnend gegenüberstehen. Manche wollen sogar ganz auf diese Kunstfigur verzichten. Sie beklagen die Liebe der Strafrechtler zum dogmatischen „Glasperlenspiel“ und weisen darauf hin, dass sich alle genannten Fälle mit Hilfe der gesetzlichen Beteiligungsformen erfassen ließen.

Geboten erscheint es, wieder am Ausgangspunkt anzuknüpfen: Ursprünglich hatte die mittelbare Täterschaft ja die Funktion, Strafbarkeitslücken zu schließen und zu vermeiden, dass es Taten ohne Täter gibt. Die Eigenverantwortlichkeit des unmittelbaren Handelnden schloss die Tatherrschaft eines etwaigen Hintermannes von vornherein aus. Folgerichtig ist deshalb eine eher zurückhaltende Anwendung, was erst recht für zwei ohnehin strafbare Beteiligte gilt.

Eine Besonderheit dürfte die Organisationsherrschaft bilden, die heute als eigenständige Erscheinungsform neben Wissens- und Willensherrschaft angesehen wird. Jedoch sollte auch sie nicht ausufern und auf den Missbrauch staatlicher Machtbefugnisse beschränkt bleiben. Seiner Tendenz folgend hat indes der BGH gleich in der einschlägigen Entscheidung die Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen als weiteren Fall in Betracht gezogen und später dementsprechende Urteile gefällt. Dagegen wird überwiegend eingewandt, dass es im Wirtschaftsbetrieb weder eine beliebige Austauschbarkeit der handelnden Personen noch eine völlige Lösung von den Normen des Rechts gebe.

Nach alledem lautet mein Ergebnis: Es gibt zwar den Täter hinter dem Täter, aber nur in eng begrenzten Ausnahmefällen. Sein Anwendungsbereich darf somit nicht endlos ausgeweitet werden.

Исполнитель за спиной исполнителя

Кюппер Георг, доктор права (Dr. iur. habil.), профессор, заведующий кафедрой уголовного права и уголовно-процессуального права юридического факультета Потсдамского университета (Германия)

В соответствии с § 25 (абз. 1) УУ ФРГ исполнителем является не только тот, кто совершает преступное деяние сам, но и тот, кто совершает деяние посредством использования другого лица. Следовательно, существуют непосредственное и посредственное исполнительство. Существование посредственного исполнительства было признано еще до законодательного регулирования, однако эта форма имела вспомогательный характер для восполнения пробелов наказуемости. Подобный пробел может возникнуть прежде всего в случае, когда выполняющий деяние непосредственный исполнитель действует без умысла. Такой «посредник» в совершении деяния считается неумышленно действующим инструментом исполнения деяния. Институт подстрекательства не может быть применен в отношении лица, руководящего неумышленно действующим непосредственным исполнителем, поскольку подстрекательство требует наличия умышленного преступного деяния непосредственного исполнителя. Более того, распространенное в прошлом мнение о строгой акцессорности участия в чужом преступном деянии требовало наличия виновности непосредственного исполнителя в совершенном им деянии, что предоставляло правовому институту посредственного исполнительства дополнительную сферу применения. Действующее на сегодняшний день правовое регулирование следует принципу лимитированной акцессорности, в соответствии с которым каждое участвующее в деянии лицо подлежит уголовному наказанию в соответствии со своей виной, независимо от вины других лиц (§ 29 УУ ФРГ). Таким образом, оказание влияния на невиновно действующего непосредственного исполнителя может расцениваться как подстрекательство.

Границы посредственного (косвенного) исполнительства были расширены довольно давно. Изначально этот правовой институт стал применяться в случаях исполнения деяния «неквалифицированным инструментом». Такого рода ситуация имеет место, если непосредственный исполнитель (он же «посредник» или «инструмент») не может выполнить состав преступного деяния по причине отсутствия у него признака, являющегося обоснованием наказания. Примером может служить ложное засвидетельствование при исполнении должностных обязанностей по § 348 УУ ФРГ в тех случаях, когда должностное лицо поручает частному лицу подделать и выдать поддельный документ. Кроме того, непосредственно действующий исполнитель может представлять собой т. н. «не преднамеренно, но умышленно действующий инструмент», т. е. действовать умышленно, но без необходимого для выполнения состава преступного деяния намерения. Дискуссионным остается однако вопрос, насколько лицо, «стоящее за спиной» умышленно действующего исполнителя, действительно господствует над

деянием. В этом контексте идет речь о нормативном или социальном господстве над деянием.

Типичным признаком посредственного (косвенного) исполнительства является, как правило, невыполнение «посредником» определенной предпосылки наказуемости. Этот «дефект» может иметь место в любом из трех элементов преступного деяния, т.е. и в составе преступного деяния, и в элементе противоправности, и на уровне вины. Дискуссионной и до сих пор до конца не решенной является ситуация, когда непосредственный исполнитель преступного деяния не имеет дефектов ни в одном из элементов. Возможно ли в таких случаях расценивать его в качестве инструмента в руках руководящего им лица, т.е. лица, образно говоря, «стоящего у него за спиной»? Итак, налицо как посредственный, так и посредствомный исполнитель. Последнего принято называть в этих случаях «исполнителем за спиной исполнителя». С момента возникновения данная правовая конструкция категорично отрицалась. Известный немецкий пеналист Ханс Вельцель [Hans Welzel] называл косвенное исполнительство, совершаемое посредством лица, которое само является исполнителем, и вовсе «искаженным понятием». Однако, судя по всему, признание и развитие правовой конструкции «исполнителя за спиной исполнителя» было уже не остановить

В данной связи в немецкой юридической литературе уже долгое время обсуждаются различные категории случаев, две из которых мне хотелось бы представить.

В первой категории речь идет о введении непосредственного исполнителя в заблуждение в виде так называемого «error in persona». Примером может служить следующий случай: Б намеревается убить А и с этой целью затаился в засаде и ждет его появления. А, зная об этом, договаривается о мнимой встрече с Х на том самом месте, где его ждет Б. Как А и предполагал, Б принимает Х за А, стреляет в него и убивает Х. Б подлежит уголовной ответственности за умышленное причинение смерти, поскольку его ошибка, в соответствии с общепризнанным мнением, не учитывается. По причине отсутствия совместного формирования умысла, направленного на осуществление состава деяния, А не является соисполнителем. Но он может быть косвенным исполнителем, потому что он управлял развитием причинной связи и использовал для этого человека, не обладающего общим обзором ситуации. Однако существует и другое мнение, в соответствии с которым данная конструкция расценивается как (не урегулированное в законе) исполнительство наряду с исполнительством. Итак, имеет место следующая альтернатива: исполнитель *за спиной* исполнителя или исполнитель *наряду* с исполнителем.

Ко второй категории принадлежат случаи введения в заблуждение о признаках противоправности, как количественного так и качественного вида. Количественным введением в заблуждение является, например, обман о величине причиненного ущерба. Например, А побуждает Б уничтожить ценную картину, обманывая и убеждая его в том, что

картина не имеет абсолютно никакой ценности. С качественной точки зрения, напротив, отличаются друг от друга убийство и тяжкое убийство. С учетом существенной разницы в содержании противоправности между § 211 и § 212 УУ ФРГ возникает правовая конструкция «тяжкий убийца за спиной убийцы», если признак тяжкого убийства наличествует только у косвенного исполнителя. Однако так же может иметь место и подстрекательство к тяжкому убийству, потому что § 28 (абз. 2) УУ ФРГ применяется лишь по отношению к тому из соучастников, у которого наличествует отягчающий наказание признак.

Правовая конструкция «исполнитель за спиной исполнителя» применяется так же и в судебной практике. В качестве примеров хотелось бы привести два решения Федерального Верховного суда ФРГ.

В основе так называемого дела «короля кошек» лежали довольно гротескные события: Инспираторы убедили посредника в том, что ужасный король кошек угрожает миру и для того, чтобы умиротворить его нужно принести человеческую жертву и этим спасти много людей. В действительности же инспираторы хотели избавиться от соперника. Вследствие их воздействия исполнитель совершил покушение на тяжкое убийство по отношению к выбранной инспираторами жертве. Федеральный Верховный суд ФРГ признал наличие у исполнителя ошибки в запрете, которой можно было избежать. Однако эта ошибка не исключает вину, а приводит лишь к смягчению наказания (§ 17 предл. 2 УУ ФРГ). Инспираторы были приговорены как «исполнители за спиной исполнителя», потому что они ввели непосредственного исполнителя в заблуждение и использовали его заблуждение в своих целях. Большая часть ученых, напротив, признают наличие косвенного исполнительства лишь в тех случаях, когда ошибки в запрете невозможно было избежать; в противном случае имеет место подстрекательство.

В другом решении Федеральный Верховный суд ФРГ расценил действия лиц, отдававших приказы в рамках их деятельности в государственном аппарате власти как косвенное исполнительство. В конкретном случае речь шла о действиях членов Национального совета безопасности ГДР, которых привлекли к уголовной ответственности за убийство людей, бежавших в ФРГ и пытавшихся пересечь границу между двумя немецкими государствами. Привлечение к ответственности в качестве подстрекателей не соответствовало роли так называемого «исполнителя за письменным столом», который обладает организационным господством над деянием. Большая часть ученых разделяла это мнение. *Фридрих-Кристьян Шрёдер [Friedrich-Christian Schroeder]*, написавший фундаментальную монографию на эту тему, провозгласил прыжок «исполнителя за спиной исполнителя» из теории в практику. Другие ученые придерживаются мнения, что деятельность лиц, участвующих в данном деянии, следует квалифицировать как соисполнительство. Против этой точки зрения приводится факт наличия в данной категории дел иерархической структуры отдачи приказов в отношении начальство-подчиненные, а соисполнители действуют как равноправные партнеры.

Приведенные примеры могут произвести впечатление, что парадное шествие уголовно-правового института «исполнителя за спиной исполнителя» невозможно остановить и что эта правовая конструкция превратилась практически в «универсальное оружие». Однако в последнее время можно наблюдать некоторое изменение курса. В юридической литературе все чаще встречаются критические отзывы о постоянном расширении области применения. Некоторые ученые предлагают вовсе отказаться от применения этой конструкции. Они с беспокойством наблюдают за склонностью уголовного права играть в «теоритически-абстрактные умственные игры» и указывают, что все приведенные правовые проблемы могли бы быть решены с помощью законодательно урегулированных форм участия в деянии.

Представляется необходимым снова вернуться к исходной точке. Изначально косвенное исполнительство несомненно служило лишь восполнению пробелов в законе и предотвращению возникновения ситуаций наличия деяния при отсутствии исполнителя. Ответственность непосредственно действующего лица однозначно исключала возможность господства над деянием со стороны стоящего за его спиной лица. Последовательным было бы поэтому сдержанное применение, что тем более должно соблюдаться с учетом наличия двоих подлежащих уголовной ответственности участников.

Тем не менее, одна особенность имеет место в случае организационного господства над деянием, которое (наряду с информационным и волевым господством) на сегодняшний день представляет собой самостоятельную форму косвенного исполнительства. Однако и в этом случае сфера применения данного правового института не должна расширяться, а напротив, она должна быть ограничена лишь случаями злоупотребления полномочиями государственной власти. Не смотря на это и подчиняясь установившейся тенденции Федеральный Верховный суд ФРГ рассмотрел возможность расширения сферы применения данного уголовно-правового института для привлечения к ответственности за совершение соответствующих деяний на предприятиях и принял соответствующие решения. В опровержение этих решений следует заметить, что на предприятии не существует не только возможности произвольной замены действующих лиц, но и абсолютного обособления от всех правовых норм.

В итоге следует отметить, что уголовно-правовая конструкция «исполнителя за спиной исполнителя» существует, но лишь в исключительных случаях и узко ограниченных рамках. Поэтому сфера применения этой правовой конструкции не должна бесконечно расширяться.

Значение совершенствования уголовной политики для охраны биоразнообразия и его компонентов

Т. В. Редникова, кандидат юридических наук, младший научный сотрудник сектора эколого-правовых исследований Института государства и права Российской академии наук, Россия

Основными целями Конвенции о биологическом разнообразии, принятой в Рио-де-Жанейро 5 июня 1992 года¹, являются сохранение биологического разнообразия, устойчивое использование его компонентов и совместное получение на справедливой и равной основе выгод, связанных с использованием генетических ресурсов, в том числе путем предоставления необходимого доступа к генетическим ресурсам и путем надлежащей передачи соответствующих технологий с учетом всех прав на такие ресурсы и технологии, а также путем должного финансирования.

Для реализации цели сохранения биологического разнообразия² в рамках национального законодательства должен быть предусмотрен ряд мер, в частности создание системы охраняемых районов или районов, в которых необходимо принимать специальные меры для сохранения биологического разнообразия; регулирование численности и рациональное использование биологических ресурсов, имеющих важное значение для сохранения биологического разнообразия в охраняемых районах или за их пределами, для обеспечения их сохранения и устойчивого использования; содействие защите экосистем, естественных мест обитания и сохранению жизнеспособных популяций видов в естественных условиях.

Поставленная в 2002 году цель «достичь к 2010 году значительного снижения нынешних темпов утраты биоразнообразия в глобальном, региональном и национальном масштабах в виде вклада в борьбу с нищетой и на благо всех форм жизни на Земле»³ к настоящему времени не была реализована. Наблюдаются многочисленные признаки продолжающейся утраты биоразнообразия по всем трем основным компонентам – генам, видам и экосистемам: виды, которым согласно оценкам угрожает риск исчезновения, в среднем приблизились к границе исчезновения, в большинстве регионов мира продолжается сокращение размеров и ухудшение целостности природных сред обитания, наблю-

¹ Российская Федерация подписала Конвенцию о биологическом разнообразии в 1992 г. и ратифицировала ее в 1995 г. См.: Федеральный закон от 17 февраля 1995 г. № 16-ФЗ «О ратификации Конвенции о биологическом разнообразии» // СЗ РФ. 2005. № 8. Ст. 601.

² Биоразнообразие конвенцией определяется как «вариабельность живых организмов из всех источников, включающих, *inter alia* (лат. «среди прочих») наземные, морские и прочие водные экосистемы и экологические комплексы, частью которых они являются: это включает разнообразие в пределах вида, разнообразие видов и разнообразие экосистем».

³ Более подробно см.: «Программа ООН по защите окружающей среды» URL: <http://www.unep.org>.

дается существенная фрагментация и деградация лесов, рек и других экосистем, которые также приводят к утрате биоразнообразия, в сельскохозяйственных системах продолжается сокращение генетического биоразнообразия культурных растений и скота. Следует отметить, что сохраняется или увеличивается интенсивность основных факторов негативного воздействия на окружающую среду, непосредственно влекущих за собой утрату биоразнообразия, таких как изменение сред обитания, чрезмерная эксплуатация, загрязнение, распространение инвазивных чужеродных видов и изменение климата. Помимо того, что утрата биоразнообразия сама по себе является проблемой, вызывающей глубокую озабоченность, оно лежит в основе функционирования экосистем. Данная проблема актуальна и для таких сфер деятельности человеческого общества, как обеспечение продовольствием, волокном, лекарствами и пресной водой, опыление культурных растений и многих других.

Уголовный закон Российской Федерации предусматривает ответственность за преступные посяательства как на компоненты биологического разнообразия, так и на среду их обитания. Согласно нормам главы 26 УК РФ объектами охраны от преступных посятельств являются такие компоненты биологического разнообразия, как водные биологические ресурсы (ответственность за незаконную добычу (ст. 256 УК РФ), нарушение правил охраны (ст. 257 УК РФ)), объекты животного мира (ответственность за незаконную охоту (ст. 258 УК РФ)), компоненты растительного мира (ответственность за уничтожение или повреждение лесных насаждений (ст. 258 УК РФ)). Помимо этого УК РФ содержит нормы, которые косвенно охраняют компоненты биологического разнообразия. К ним можно отнести ст. 246 УК РФ, предусматривающую ответственность за нарушение правил охраны окружающей среды при производстве работ, в том числе в случае, если это вызвало массовую гибель животных; ст. 248 УК РФ, предусматривающую ответственность за нарушение правил безопасности при обращении с микробиологическими либо другими биологическими агентами или токсинами; и ст. 249 УК РФ, предусматривающую ответственность за нарушение ветеринарных правил и правил, установленных для борьбы с болезнями и вредителями растений, в том числе в случае, если эти деяния повлекли за собой распространение эпизоотий.

К нормам УК РФ, охраняющим от преступных посятельств среду обитания компонентов биологического разнообразия, можно отнести ст. 250 УК РФ, предусматривающую ответственность за загрязнение, засорение, истощение поверхностных или подземных вод, источников питьевого водоснабжения либо иное изменение их природных свойств в случае, если эти деяния повлекли причинение существенного вреда животному или растительному миру, рыбным запасам, лесному или сельскому хозяйству; ст. 252 УК РФ, предусматривающую ответственность за загрязнение морской среды из находящихся на суше источников либо вследствие нарушения правил захоронения или сброса с транспортных средств или возведенных в море искусственных остро-

вов, установок или сооружений веществ и материалов, вредных для здоровья человека и водных биологических ресурсов; ст. 259 УК РФ, предусматривающую ответственность за Уничтожение критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ, повлекшее гибель популяций этих организмов; и ст. 262 УК РФ, предусматривающую ответственность за нарушение режима особо охраняемых природных территорий и природных объектов. К категории деяний, нарушающих среду обитания компонентов биологического разнообразия, можно также отнести порчу земли (ст. 254 УК РФ).

Как видно из приведенного выше анализа содержания норм УК РФ, круг объектов охраны биологического разнообразия и среды их обитания средствами уголовного закона достаточно широк. Однако следует отметить, что при наличии адекватных ресурсов и соответствующей политической воли необходимо изыскать дополнительные механизмы, позволяющие обеспечить более масштабное сокращение утраты биоразнообразия.

Учитывая не только карательную, но и превентивную функцию уголовно-правовых мер, для более эффективного достижения целей охраны биологического разнообразия уголовно-правовая политика должна развиваться в направлении разработки дополнительных мер, включающих в себя новые объекты охраны, такие как, например, генетические ресурсы⁴, а также экосистемы (для охраны их не только от загрязнения, но и внедрения чужеродных видов). При разработке концепции развития уголовно-правовой политики РФ в области охраны биологического разнообразия и его компонентов необходимо также подумать о расширении круга оказывающих негативное воздействие на биоразнообразие и его компоненты деяний, ответственность за которые может быть предусмотрена в рамках уголовного закона. К примеру, уголовное законодательство государств участников Европейского Союза предусматривает уголовную ответственность за незаконную торговлю охраняемыми видами флоры и фауны, их компонентами, частями и производными продуктами⁵.

В работе над совершенствованием уголовно-правовой политики Российской Федерации в сфере охраны биологического разнообразия целесообразно учесть опыт стран членов ЕС в данной области. Необходимо проанализировать какие из применяемых средств и методов уголовно-правовой охраны биологического разнообразия являются наиболее эффективными, а от использования каких стоит отказаться по причине их неэффективности.

⁴ Понятие «генетические ресурсы» определено в Конвенции о биологическом разнообразии как генетический материал, представляющий фактическую или потенциальную ценность. В свою очередь «генетический материал» означает любой материал растительного, животного, микробного или иного происхождения, содержащий функциональные единицы наследственности.

⁵ См.: часть «h» статьи 3 Директивы 2008/99/ЕС «Об охране окружающей среды уголовным законом» / OJ L 328/28 2008.

Weiterentwicklung von Strafrechtspolitik und ihre Bedeutung für den Schutz der biologischen Vielfalt und derer Bestandteile

Tatiana Rednikova, Kandidat der Rechtswissenschaften (к. ю. н.), wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Abteilung Umweltrechtforschung, Institut für Staat und Recht an der Russischen Akademie der Wissenschaften (Russland)

Bei der Biodiversitäts-Konvention¹ handelt es sich um das auf der Konferenz der Vereinten Nationen zu Umwelt und Entwicklung (UNCED) am 5. Juni 1992 in Rio de Janeiro beschlossene internationale Umwelt-Vertragswerk². Die Hauptziele der Konvention stellen die Erhaltung der biologischen Vielfalt, die nachhaltige Nutzung ihrer Komponenten und die gemeinsame Erlangung genetischer Ressourcen auf der Grundlage des gerechten Ausgleichs von Vorteilen, welche aus der Nutzung genetischer Ressourcen entstehen, dar. Diese Ziele sollen durch die Gewährleistung des notwendigen Zugangs zu den genetischen Ressourcen, die notwendige Weitergabe entsprechender Technologien (unter der Berücksichtigung aller mit diesen Ressourcen verbundenen Rechten und Technologien) sowie die erforderliche Finanzierung erreicht werden.

Zur Umsetzung des ersten Vorhabens (Erhalt der biologischen Vielfalt³) muss im Rahmen der nationalen Gesetzgebung eine Reihe von Maßnahmen durchgeführt werden. Diese sollen insbesondere die Schaffung eines Systems der Schutzgebiete oder Gebiete, in denen besondere Maßnahmen zur Erhaltung der biologischen Vielfalt notwendig sind, umfassen. Dabei ist innerhalb eines solchen Systems die Einführung von besonderen Rechtsnormen zum Schutz des Erhalts der biologischen Vielfalt erforderlich. Zum anderen muss der nationale Verbrauch von biologischen Ressourcen rationalisiert und quantitativ reguliert werden. Es geht insbesondere um solche Ressourcen, die von Bedeutung für die Erhaltung der biologischen Vielfalt sowohl innerhalb als auch außerhalb der Schutzgebiete bedeutsam sind. Deren Erhaltung und nachhaltige Nutzung müssen gewährleistet werden. Außerdem muss die Erhaltung der biologischen Vielfalt unterstützt werden, indem der Schutz von Ökosystemen und natürlichen Lebensräumen sowie die Bewahrung lebensfähiger Populationen von Arten in ihrer natürlichen Umgebung gefördert wird.

¹ Übereinkommen über die biologische Vielfalt, englisch Convention on Biological Diversity, CBD, (Anm. des Übersetzers).

² Russland unterzeichnete die Biodiversitäts-Konvention 1992 und ratifizierte diese 1995; vgl. Федеральный закон от 17 февраля 1995 г. № 16-ФЗ «О ратификации Конвенции о биологическом разнообразии» [Föderales Gesetz Nr. 16-ФЗ vom 17.02.1995 „Zur Ratifizierung der Biodiversitäts-Konvention“] // СЗ РФ. 2005. № 8. Ст. 601 [SZ RF 2005 Nr. 8 Pos. 601].

³ Biodiversität oder biologische Vielfalt bezeichnet gemäß der Biodiversitäts-Konvention (Convention on Biological Diversity, CBD) „die Variabilität unter lebenden Organismen jeglicher Herkunft, darunter unter anderem Land-, Meeres- und sonstige aquatische Ökosysteme und die ökologischen Komplexe, zu denen sie gehören“. Damit umfasst sie die Vielfalt innerhalb von Arten und die Vielfalt zwischen den Arten sowie die Vielfalt der Ökosysteme. Nach dieser Definition besteht die Biodiversität auch aus der genetischen Vielfalt.

Das in 2002 gesetzte Ziel der „wesentlichen Verlangsamung des aktuell ablaufenden Prozesses des Verlustes der Biodiversität im globalen, regionalen und nationalen Maßstab im Sinne des Beitrages zur Bekämpfung der Armut und zum Wohl aller Lebensformen auf Erde im Jahr 2010“ wurde bis heute nicht verwirklicht. Es sind viele Anzeichen des fortlaufenden Verlustes von Biodiversität in allen drei Grundbestandteilen (Gen-, Arten- und Ökosystemvielfalt) zu beobachten. Die als gefährdet eingestuftten Arten sind mittlerweile akut vom Aussterben bedroht. In den meisten Weltregionen schreiten die Schrumpfung und Zustandsverschlechterungen von einheitlichen Lebensräumen voran. Es sind wesentliche Fragmentierungen und Verschlechterungen von Wäldern, Flüssen und anderen Ökosystemen zu verzeichnen, die zum Verlust der biologischen Vielfalt führen. In agrarwirtschaftlichen Systemen wird die Schrumpfung der genetischen Biovielfalt der Kulturpflanzen und der Nutztiere deutlich.

Bemerkenswert ist, dass die Intensität der wesentlichen die Umwelt negativ beeinflussenden Faktoren konstant bleibt oder sich gar verstärkt. Diese Faktoren führen unmittelbar zum Verlust der biologischen Vielfalt durch Veränderungen der Lebensräume, Ausbeutung, Verschmutzung, Verbreitung invasiver gebietsfremder Arten und Klimawandel. Nicht nur, dass der Verlust der biologischen Vielfalt als solcher ein eigenständiges und besorgniserregendes Problem darstellt, die Biodiversität ist die Funktionsgrundlage von Ökosystemen. Deshalb ist dieses Problem auch für solche Tätigkeitsbereiche der Gesellschaft aktuell, z. B. Lebensmittel-, Fasergut-, Medikamenten- und Trinkwasserversorgung, Bestäubung von Kulturpflanzen und viele andere.

Das Strafgesetz der Russischen Föderation (UK RF) stellt kriminelle Übergriffe sowohl auf die Bestandteile der Biodiversität als auch auf ihre Lebensräume unter Strafe. Die in Kapitel 26 UK RF enthaltenen Straftatbestände schützen solche Bestandteile der Biodiversität wie biologische Wasserressourcen (Strafbarkeit der Fischwilderei, Art. 256 UK RF), Objekte der Tierwelt (Verstoß gegen Jagdvorschriften, Art. 257 UK RF, Strafbarkeit der Jagdwilderei, Art. 258 UK RF), Bestandteile der Pflanzenwelt (Strafbarkeit der Vernichtung oder Beschädigung der Wälder, Art. 258 UK RF) gegen kriminelle Übergriffe. Darüber hinaus enthält der Strafkodex der Russischen Föderation Normen, die mittelbar Bestandteile der biologischen Vielfalt schützen. Zu solchen Normen zählt Art. 246 UK RF, der die Strafbarkeit des Verstoßes gegen die Umweltschutzvorschriften beim Produktionsprozess vorsieht. Einbezogen sind dabei die Fälle, in denen ein solcher Verstoß zum Massensterben von Tieren führt. In Art. 248 UK RF ist die Verantwortlichkeit für den Verstoß gegen die Sicherheitsvorschriften beim Umgang mit mikrobiologischen oder anderen biologischen Substanzen oder Toxinen verankert. Art. 249 UK RF stellt den Verstoß gegen tierärztliche Vorschriften sowie Vorschriften unter Strafe, die zur Bekämpfung von Krankheiten und Pflanzenschädlingen eingeführt wurden. Zum Anwendungsbereich dieser Norm gehören auch die Fälle der Verursachung von Tierseuchen.

Zu den Normen des Strafkodexes der Russischen Föderation, die den Lebensraum von Bestandteilen der biologischen Vielfalt schützen, zählt Art. 250 UK RF. Diese Vorschrift sieht die Strafbarkeit für die Verunrei-

nigung, Verschmutzung, das Austrocknen von ober- oder unterirdischen Gewässern, Wasserversorgungsquellen oder andere Veränderungen der natürlichen Eigenschaften vor, wenn diese inkriminierten Handlungen einen wesentlichen Schaden der Tier- und Pflanzenwelt, den Fischbeständen, der Wald- oder Forstwirtschaft zugefügt haben. Art. 252 UK RF stellt die Verunreinigung des Meeres durch sich auf dem Festland befindende Quellen, Verstöße gegen Lagerungsvorschriften, das Ablassen von Treibstoffen, die Erzeugung künstlicher Inseln im Meer, die Herstellung von Anlagen oder Einrichtungen bzw. von Stoffen und Materialien, die für die Gesundheit des Menschen und biologischen Wasserressourcen schädlich sind, unter Strafe. Eine weitere Norm zum Schutz des Lebensraumes von Komponenten der Biodiversität stellt Art. 259 UK RF dar, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Vernichtung von gefährdeten Lebensräumen begründet. Die Strafbarkeitsvoraussetzung ist dabei, dass die Vernichtung dieser Lebensräume zum Aussterben von Organismen geführt hat, die im *Red Data Book of the Russian Federation (RDBRF)*⁴ eingetragen sind. Des Weiteren ist Art. 262 UK RF zu nennen, der die Strafbarkeit wegen des Verstoßes gegen die in besonders geschützten Naturgebieten oder Naturobjekten geltenden Vorschriften vorsieht sowie die Strafbarkeit wegen Bodenverunreinigung, Art. 254 UK RF.

Aus der oben durchgeführten Auswertung der Norminhalte kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass viele Objekte der Biodiversität und ihr Lebensraum unter dem Schutz des Strafgesetzes stehen. Dennoch ist zu beachten, dass neben dem Vorhandensein geeigneter Ressourcen und Vorliegen des entsprechenden politischen Willens auch die Suche nach weiteren, zusätzlichen Mechanismen notwendig ist, die die Vornahme umfassenderer Maßnahmen gegen Verlust von Biodiversität ermöglichen.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die strafrechtlichen Maßnahmen nicht nur eine sühnende, sondern auch eine präventive Funktion haben, muss die Strafrechtspolitik in die Richtung einer Ausarbeitung zusätzlicher Maßnahmen weiterentwickelt werden, um das Ziel des Schutzes von Biodiversität effektiv zu erreichen. Die zusätzlichen Maßnahmen sollen auch neue Schutzobjekte umfassen. Genannt seien hier z. B. genetische Ressourcen⁵ und Ökosysteme (zum Schutz nicht nur vor Verunreinigung, sondern auch vor dem Eindringen von Fremdarten). Bei der Ausarbeitung der Konzeption zur Entwicklung der russischen Strafrechtspolitik im Bereich des Schutzes von Biodiversität und ihrer Bestandteile ist außerdem notwendig, die Erweiterung der Kriminalisierung auf solche Handlungen in Betracht zu ziehen, die die Biodiversität und ihre Bestandteile negativ beeinflussen. Die Verantwortlichkeit für solche Handlungen kann im Rahmen des Strafgesetzes geregelt

⁴ Das Red Data Book of the Russian Federation (RDBRF) ist ein staatliches Dokument, in welches seltene oder vom Aussterben bedrohte Tier-, Pflanzen- und Pilzarten eingetragen werden (Anm. des Übersetzers).

⁵ In der Konvention sind die genetischen Ressourcen als „genetisches Material von tatsächlichem oder potentiell Wert“ und genetisches Material als „jedes Material pflanzlichen, tierischen, mikrobiellen oder sonstigen Ursprungs, das funktionale Erbinheiten enthält, definiert“

werden. Als Beispiel sind die Strafgesetze der EU-Mitgliedstaaten zu nennen, die eine Strafbarkeit für den verbotenen Handel mit geschützten Tier- und Pflanzenarten, ihren Bestandteilen oder hergestellten Erzeugnissen normieren.

Bei den Bemühungen, die russische Strafrechtspolitik im Bereich des Schutzes von Biodiversität weiter zu entwickeln und zu verbessern, erscheint es zweckgemäß, die Erfahrung der EU-Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet zu berücksichtigen. Des Weiteren muss der Frage nachgegangen werden, welche der zum Schutz der Biodiversität angewendeten strafrechtlichen Mittel und Maßnahmen wirksam und welche ineffizienten Maßnahmen obsolet sind.

Основные направления развития уголовного законодательства Российской Федерации¹

А. И. Рарог, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, Заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Россия

I. Вступление

Ограниченные рамки доклада не позволяют глубоко проанализировать все направления развития российского уголовного законодательства, поэтому вынуждают коснуться наиболее существенных из них и при этом ограничиться их конспективным обзором. Хотя тема доклада ограничена законодательством Российской Федерации, ее невозможно изолировать от предшествующих уголовных законов.

II. Уголовные кодексы РСФСР 1922, 1926 и 1960 годов

Идеологической основой первого советского Уголовного кодекса – УК РСФСР 1922 г. – была идея диктатуры пролетариата, которая применительно к праву характеризовалась как «неограниченная, внезаконная, опирающаяся на силу в самом прямом смысле слова, власть»². Уголовное законодательство рассматривалось идеологами социализма и теоретиками уголовного права как вспомогательное средство укрепления социалистических общественных отношений³. Из-за явного классового приоритета и провозглашения цели подавления свергнутых классов уголовный закон не смог служить средством охраны прав и свобод. Вместо этого он превратился в инструмент социального регулирования новых общественных отношений в области экономики, распределения общественного продукта, средство защиты незыблемости и неприкосновенности интересов пролетарского государства⁴. Целями обеспечения классового господства пролетариата и укрепления социалистического государства оправдывалось ни чем не ограниченное уголовно-правовое вмешательство во все сферы общественного бытия и личной жизни граждан. Закон (ст. 7 УК) позволял применять меры уголовно-правового воздействия не только к лицам, совершившим преступление, но и к тем, кто представлял опасность для государства по своей связи с преступной средой или по своей прошлой (противоречащей целям революции) деятельности. Одним из тягчайших государственных

¹ Настоящий доклад был представлен автором на торжественной церемонии присуждения ему степени *Dr. honoris causa* (УР), которая состоялась 12 июня 2012 года в рамках Дня юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

² Маньковский Б. С. Положение на фронте теории социалистического уголовного права. М., 1938. С. 3.

³ См.: Эстрин А. Я. Начала советского уголовного права (сравнительно с буржуазным). М., 1930. С. 3.

⁴ Понятовская Т. Г. Концептуальные основы уголовного права России: история и современность. Ижевск, 1994. С. 63.

ных преступлений объявлялась направленная против революционного движения деятельность на службе у царского правительства или других контрреволюционных правительств.

30 декабря 1922 года был образован Союз ССР, а 31 января 1924 года была принята его Конституция, которая к общесоюзной компетенции отнесла принятие основных начал уголовного законодательства, а к компетенции союзных республик – принятие республиканских уголовных кодексов. Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик, составившие основу Общей части республиканских уголовных кодексов, были приняты в том же году, а Уголовный кодекс РСФСР был принят в 1926 году и вступил в силу с января 1927 года. Будучи по своей сущности социалистическим уголовным законом, основанным на концепции диктатуры пролетариата, он во многом воспроизводил нормативное содержание предыдущего УК РСФСР, поэтому назывался «Уголовный кодекс РСФСР в редакции 1926 года».

В 1959 году на XXI Съезде КПСС была провозглашена полная и окончательная победа социализма в СССР, означавшая постепенный переход к этапу развернутого строительства коммунистического общества. Был объявлен курс на построение общенародного социалистического государства, на сужение сферы государственного (прежде всего – уголовно-правового) принуждения и на передачу части функций государственных органов, в том числе функции обеспечения общественного порядка, общественным организациям и трудовым коллективам. В соответствии с этими партийными указаниями был подготовлен и в 1960 году принят Уголовный кодекс РСФСР, основанный на концепции общенародного социалистического государства.

Последний УК РСФСР выгодно отличался от двух предшествующих: преступление определялось как деяние, предусмотренное уголовным законом и, таким образом, был закреплен принципиальный отказ от аналогии; более совершенными стали формулировки норм о формах вины, о соучастии, невменяемости, необходимой обороне и крайней необходимости, упорядочена система наказаний⁵. Вместе с тем, УК 1960 года имел существенный недостаток, вытекающий из партийной установки на широкое привлечение общественности к борьбе с преступностью. Он позволял освободить лицо, совершившее преступление, от уголовной ответственности с передачей материалов дела на рассмотрение товарищеского суда (ст. 51), с передачей виновного на поруки общественной организации или трудовому коллективу (ст. 52) либо с передачей материалов дела на рассмотрение комиссии по делам несовершеннолетних (ст. 10). На самом деле эти формы освобождения от уголовной ответственности воспринимались населением как безнаказанность за совершенное преступление, да таковыми они, по сути, и являлись, поэтому правоохранительные органы вскоре отказа-

⁵ См.: Полный курс уголовного права в 5 томах. Т. 1. Преступление и наказание / под ред. А. И. Коробеева. Владивосток, 2008. С. 177.

лись от такой практики. На смену ей пришли такие новые институты, как отсрочка исполнения приговора (ст. 46¹), условное осуждение к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду (ст. 24²) и условное освобождение из мест лишения свободы с обязательным привлечением осужденного к труду (ст. 53²), которые были введены в 1977 году и получили в целом положительную оценку на практике и в теории уголовного права⁶.

Уголовный кодекс РСФСР 1960 года формально действовал до конца 1996 года, но уже со второй половины 1980-х годов он идеологически перестал соответствовать процессам демократизации социальных отношений и формирующейся рыночной экономике. А с принятием в 1993 году Конституции Российской Федерации его положения о приоритете интересов государства над интересами личности, об усиленной уголовно-правовой охране государственной и общественной собственности вступили в прямое противоречие с Основным законом страны.

III. Принятие Уголовного кодекса Российской Федерации и его концепция

В 1987 году было принято решение о разработке проекта новых Основ уголовного законодательства Союза ССР и республик, которые в 1991 году были приняты Верховным Советом СССР, но в связи с распадом Советского Союза так и не стали законом.

В 1992–1996 годах шла кропотливая и сложная работа по разработке проекта Уголовного кодекса Российской Федерации. Наконец, он был принят Государственной Думой 24 мая 1996 года и с 1 января 1997 года вступил в силу. Его идеологической основой явилась сформулированная в Конституции России концепция демократического правового государства, в обязанность которого входит признание, соблюдение и защита человека, его прав и свобод как высшей ценности.

Уголовный кодекс Российской Федерации был основан на принципах законности, равенства граждан перед законом, вины, справедливости и гуманизма и своими задачами ставил охрану прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя Российской Федерации от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений (ч. 1 ст. 2).

После вступления в силу Уголовного кодекса Российской Федерации в стране весьма интенсивно проходили процессы дальнейшей демократизации общественных отношений, появления и совершенствования новых социальных институтов, развития рыночных отношений в экономике, интеграции России в мировое сообщество.

⁶ См.: Советское уголовное право. Часть Общая / под ред. П.И. Гришаева и Б.В. Здравомыслова. М., 1982. С. 336, 360.

Эти процессы потребовали от законодателя совершенствования уголовно-правовых средств защиты социальных ценностей. За 15 лет с момента вступления в силу Уголовного кодекса Российской Федерации было принято свыше ста законов о внесении изменений в Уголовный кодекс.

IV. Важнейшие направления развития российского уголовного законодательства

1. Приведение национального уголовного законодательства в соответствии с международным правом

После принятия Шанхайской конвенции 2001 года «О борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом» УК России 25 июля 2002 года был дополнен статьями 282¹ (организация экстремистского сообщества) и 282² (организация деятельности экстремистской организации); ст. 280, которая ранее называлась «Публичные призывы к изменению конституционного строя Российской Федерации», получила новое название «Публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности». Совершение преступления по экстремистским мотивам было включено в ряд статей Особенной части УК как квалифицирующий признак, а при совершении остальных преступлений экстремистские мотивы признаются обстоятельством, отягчающим наказание (п. «е» ч. 1 ст. 63).

В соответствии с международными конвенциями, запрещающими рабство, долговую кабалу, крепостное состояние и любые сходные с ними институты и обычаи, а также торговлю людьми, 8 декабря 2003 года УК РФ был дополнен статьями 127¹ (торговля людьми) и 127² (использование рабского труда), в которые впоследствии неоднократно вносились изменения. В связи с появлением этих норм была исключена из УК РФ ст. 152 – «Торговля несовершеннолетними».

Следуя международным конвенциям, направленным на борьбу с терроризмом и его отдельными видами, Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации в 2006 году приняла закон «О противодействии терроризму» и в том же году дополнила Уголовный кодекс статьями 205¹ (содействие террористической деятельности) и 205² (Публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публичное оправдание терроризма). В эти статьи, как и в ст. 205 (террористический акт), неоднократно вносились изменения, однако далеко не все из них получили позитивную оценку в теории уголовного права и правоприменительной практике.

Например, Федеральным законом от 9 декабря 2010 года ст. 205¹, была дополнена частью 3 (пособничество совершению террористического акта), которая принципиально меняет отношение законодателя к роли пособника.

Во-первых, непонятно, зачем действиям пособника придавать значение самостоятельного состава преступления, если институт соучастия и без того позволяет обосновать уголовную ответственность

пособника. Во-вторых, невозможно объяснить, по каким соображениям законодатель установил более строгое наказание для пособника террористическому акту (от 8 до 20 лет лишения свободы), если для исполнителя того же преступления закон (ч. 1 ст. 205) устанавливает наказание в виде лишения свободы на срок от 8 до 15 лет⁷.

2. Дальнейшее развитие концептуальной идеи Уголовного кодекса РФ о декриминализации или смягчении наказания за преступления небольшой тяжести с одновременным усилением наказания за тяжкие и особо тяжкие преступления.

Законодатель декриминализовал ряд деяний исходя из невысокой оценки степени их опасности: причинение по неосторожности средней тяжести вреда здоровью (ч. 3 и ч. 4 ст. 118)⁸, клевету (ст. 129 и ст. 298), оскорбление (ст. 130), лжепредпринимательство (ст. 173), оставление места дорожно-транспортного происшествия (ст. 265). Кроме того, была осуществлена скрытая декриминализация некоторых преступлений экономического характера посредством повышения количественного показателя их преступности. Например, незаконное осуществление предпринимательской деятельности (ст. 171) признается преступлением, если деяние причинило крупный ущерб либо сопряжено с извлечением незаконного дохода в крупном размере. Первоначально размер ущерба или дохода по закону признавался крупным, если он превышал 250 тысяч рублей. Однако законом от 7 апреля 2010 года показатель крупного ущерба или крупного размера незаконного дохода был повышен до 1 миллиона рублей, и, таким образом, незаконная предпринимательская деятельность с меньшим размером ущерба или дохода перестала быть преступной. То же самое произошло с такими преступлениями, как незаконное получение кредита (ст. 176), злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности (ст. 177), незаконное использование чужого товарного знака (ст. 180), незаконный оборот драгоценных металлов, природных драгоценных камней или жемчуга (ст. 191), нарушение правил сдачи государству драгоценных металлов и драгоценных камней (ст. 192).

За многие преступления, не представляющие большой опасности, было смягчено наказание посредством включения в санкции уголовно-правовых норм менее строгих наказаний: обязательных работ, ограничения свободы и др.

Одновременно законодатель предусмотрел значительное усиление наказания за наиболее опасные преступления.

⁷ См. подробнее: *Рарог А. И.* Сомнительная коррекция института соучастия // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию. Материалы VI Российского Конгресса уголовного права. М., 2011. С. 113–116.

⁸ Отказ от наказуемости неосторожного причинения средней тяжести вреда здоровью был осуществлен недостаточно последовательно, поскольку Кодекс сохранил ответственность за неказание помощи больному, если это повлекло по неосторожности причинение средней тяжести вреда здоровью больного (ч. 1 ст. 124 УК).

Так, законами от 4 мая, от 21 ноября и от 7 декабря 2011 года была значительно усилена ответственность за коррупционные преступления, прежде всего – за взяточничество. Во-первых, повышен размер наказания за дачу и получение взятки в крупном и особо крупном размерах (в особо тяжком случае – от 8 до 15 лет лишения свободы). Во-вторых, был введен новый принцип исчисления размера штрафа за эти преступления: если в других случаях закон определяет штраф в твердой денежной сумме, то за взяточничество и коммерческий подкуп штраф устанавливается в размере, кратном сумме полученной (или переданной) взятки, вплоть до стократной суммы при особо крупном размере взятки. Исчисляемый таким способом штраф не может быть менее 25 тысяч и более 500 миллионов рублей. В-третьих, Уголовный кодекс был дополнен статьей 291¹ (посредничество во взяточничестве), которая не только устанавливает строгие наказания за это деяние, но и криминализирует обещание или предложение посредничества во взяточничестве.

Попутно следует отметить, что включение статьи 291¹ УК РФ было осуществлено с нарушением требования системности уголовного закона. Во-первых, при значительном размере взятки посредничество во взяточничестве наказывается строже (до 5 лет лишения свободы), чем дача взятки (до 3 лет). Во-вторых, при крупном размере взятки посредничество во взяточничестве (как и получение взятки) наказывается лишением свободы на срок от 7 до 12 лет, тогда как дача взятки – лишением свободы на срок от 5 до 10 лет. В-третьих, обещание или предложение посредничества во взяточничестве (независимо от наличия квалифицирующих признаков) наказывается лишением свободы на срок до 7 лет, тогда как реальное посредничество при отсутствии квалифицирующих признаков вообще не наказуемо, а при значительном размере взятки наказывается лишением свободы максимум на 5 лет. Таким образом, законодательная оценка степени опасности посредничества во взяточничестве, как и его обещания или предложения, по сравнению с опасностью дачи или получения взятки выглядит совершенно не определенной.

Федеральным законом от 29 февраля 2012 г. в УК РФ внесены значительные изменения, направленные на усиление уголовно-правовой охраны половой неприкосновенности и половой морали несовершеннолетних, особенно – малолетних.

Во-первых, статьи УК об изнасиловании (131) и насильственных действиях сексуального характера (132) дополнены новыми частями о том, что при совершении этих преступлений в отношении лиц, не достигших возраста 14 лет, к лицу, имеющему судимость за ранее совершенное преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетних, может быть применено пожизненное лишение свободы. Следует заметить, что УК РФ только в указанных статьях и в особо квалифицированных составах преступлений, предусмотренных статьями 134 (половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста) и 135

(развратные действия), придает наличию судимости значение квалифицирующего признака.

Во-вторых, значительно более строгим стало наказание за половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста, вплоть до пожизненного лишения свободы при наличии судимости за ранее совершенное преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетних (ч. 6 ст. 134), и за совершение развратных действий без применения насилия лицом, достигшим восемнадцатилетнего возраста, в отношении лица, не достигшего шестнадцатилетнего возраста и половой зрелости (ст. 135), за которые при наличии судимости за ранее совершенное преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетнего виновный наказывается лишением свободы на срок от 10 до 15 лет. Попутно следует заметить, что такое резкое усиление наказания, при котором ненасильственное преступление наказывается строже, чем убийство, вызывает неодобрение у значительной части ученых.

В-третьих, значительно повышен размер наказания за распространение, публичную демонстрацию или рекламирование порнографических материалов или предметов среди несовершеннолетних либо вовлечение несовершеннолетнего в оборот порнографической продукции (ч. 2 ст. 242).

В-четвертых, в состав незаконного оборота материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних дополнительное включено приобретение таких материалов или предметов (ст. 242¹).

В-пятых, Уголовный кодекс дополнен статьей 242², в соответствии с которой фото-, кино- или видеосъемка несовершеннолетнего в целях изготовления и (или) распространения порнографических материалов или предметов либо привлечение несовершеннолетнего в качестве исполнителя для участия в зрелищном мероприятии наказываются лишением свободы на срок от 3 до 10, а при отягчающих обстоятельствах – от 8 до 15 лет.

В-шестых, к лицам, совершившим в возрасте старше восемнадцати лет преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетнего, не достигшего четырнадцатилетнего возраста, и страдающим расстройством сексуального предпочтения (педофилией), не исключающим вменяемости, теперь могут быть применены принудительные меры медицинского характера (п. «д» ч. 1 ст. 97 УК).

В-седьмых, в соответствии с законом от 29 февраля 2012 года к осужденным за преступления против половой неприкосновенности несовершеннолетних, не достигших четырнадцатилетнего возраста, не применяется условное осуждение (ч. 1 ст. 73 УК), не предоставляется отсрочка отбывания наказания (ч. 1 ст. 82 УК), ужесточены правила условно-досрочного освобождения от отбывания наказания (п. «д» ч. 3 ст. 79 УК), а перечень обстоятельств, отягчающих наказание (ч. 1 ст. 63), дополнен новым пунктом:

«п) совершение преступления в отношении несовершеннолетнего (несовершеннолетней) родителем или иным лицом, на которое законом возложены обязанности по воспитанию несовершеннолетнего (несовершеннолетней), а равно педагогом или другим работником образовательного, воспитательного, лечебного либо иного учреждения, обязанным осуществлять надзор за несовершеннолетним (несовершеннолетней)».

Усиление ответственности за наиболее опасные преступления коснулись и незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ. Федеральным законом от 1 марта 2012 года в нормы, направленные на борьбу с этими преступлениями были внесены важные изменения.

Во-первых, криминализован незаконный оборот без цели сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов в значительном размере (ч. 1 ст. 228), тогда как до этого преступлением признавались только действия, совершенные с наркотическими средствами, психотропными веществами или их аналогами в крупном размере.

Во-вторых, увеличен размер наказания за те же деяния, совершенные в крупном размере (ч. 2 ст. 228) и выделен самостоятельный состав этого преступления в особо крупном размере с санкцией в виде лишения свободы на срок от 10 до 15 лет лишения свободы.

В-третьих, существенно усилено наказание за незаконные производство, сбыт или пересылку наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а также за незаконные сбыт или пересылку растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества (ст. 228¹).

Законодатель к числу квалифицирующих признаков отнес сбыт наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, совершенный:

- а) в следственном изоляторе, исправительном учреждении, административном здании, сооружении административного назначения, образовательном учреждении, на объектах спорта, железнодорожного, воздушного, морского, внутреннего водного транспорта или метрополитена, в общественном транспорте либо помещениях, используемых для развлечений или досуга;
- б) с использованием средств массовой информации либо электронных или информационно-телекоммуникационных сетей (включая сеть «Интернет»)

Придав квалифицирующее значение значительному размеру предмета преступления (п. «б» ч. 3 ст. 228¹), закон одновременно ужесточил наказание за совершение деяния в крупном (п. «г» ч. 4) и особо крупном размере (ч. 5), причем в последнем случае вплоть до пожизненного лишения свободы.

В-четвертых, Уголовный кодекс дополнен статьями 228³ (Незаконные приобретение, хранение или перевозка прекурсоров наркотических средств или психотропных веществ, а также незаконные приобретение, хранение или перевозка растений, содержащих прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ, либо их частей, содержащих прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ) и 228⁴ (Незаконное производство, сбыт или пересылка прекурсоров наркотических средств или психотропных веществ, а также незаконные сбыт или пересылка растений, содержащих прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ, либо их частей, содержащих прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ), в которых наказание дифференцируется в зависимости от крупного или особо крупного размера прекурсоров либо содержащих их растений либо частей растений.

В-пятых, усилено наказание за хищение либо вымогательство наркотических средств или психотропных веществ (ст. 229) с его дифференциацией в зависимости от значительного, крупного или особо крупного размера предмета преступления.

В-шестых, усилено наказание вплоть до пожизненного лишения свободы за контрабанду наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, совершенную организованной группой, в особо крупном размере или с применением насилия к лицу, осуществляющему таможенный или пограничный контроль (ч. 4 ст. 229¹).

В-седьмых, перечень обстоятельств, отягчающих наказание, пополнился указанием на совершение преступления с использованием наркотических средств, психотропных, сильнодействующих веществ (п. «к» ч. 1 ст. 63).

В-восьмых, стали более строгими правила применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания за тяжкие и особо тяжкие преступления, связанные с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров (п. «г» ч. 3 ст. 7).

3. Развитие системы наказаний в российском законодательстве

Система наказаний есть обязательный для законодателя и для суда установленный уголовным законом исчерпывающий перечень видов наказаний, расположенных в иерархически заданной последовательности в зависимости от их сравнительной тяжести и порядка применения⁹.

Система уголовных наказаний, закреплённая в ст. 44 УК Российской Федерации, первоначально включала 14 видов наказания, но в 2003 году из нее было исключено наказание в виде конфискации имущества

⁹ См.: Милуков С. Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. СПб., 2000; Зубкова В. И. Система наказаний по УК РФ и проблема ее реализации // Уголовное право в XXI веке. М., 2002.

(в 2006 году она была возвращена в УК, но не в качестве вида наказания, а в качестве иной меры уголовно-правового характера).

Обязательные работы, исправительные работы, ограничение по военной службе, принудительные работы, арест, содержание в дисциплинарной воинской части, лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы и смертная казнь (которая сохраняется в системе наказаний, но фактически не применяется) могут назначаться только в качестве основного наказания.

Штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью и ограничение свободы могут применяться в качестве как основных, так и дополнительных видов наказания.

Лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград применяется только в качестве дополнительных видов наказания.

Ограничение по военной службе и содержание в дисциплинарной воинской части являются специальными видами наказания, применяемыми только к военнослужащим, а остальные виды являются общими.

В ст. 44 УК наказания располагаются по принципу от наиболее мягкого (штраф) к наиболее строгому (смертная казнь), что ориентирует судебную практику на преимущественное применение менее жестких наказаний. При назначении наказания конкретному осужденному каждый судья начинает рассмотрение вопроса о виде наказания со штрафа. И только при явной его недостаточности для достижения целей наказания он переходит к следующему за штрафом виду наказания, поскольку по закону (ч. 1 ст. 60 УК) более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление должен назначаться лишь в случае, если менее строгий вид наказания не может обеспечить достижения целей наказания.

За 15 лет действия УК РФ система наказаний подверглась серьезным изменениям. В момент принятия Кодекса три вида наказания были «отложенными»: в соответствии с Федеральным законом от 13 июня 1996 года «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации» нормы о них должны были вступить в силу после вступления в силу Уголовно-исполнительного кодекса РФ по мере создания необходимых условий для исполнения этих видов наказания. Поскольку таких условий к указанному сроку создано не было, законом от 10 января 2002 года было установлено новые сроки введения «отложенных» видов наказания: обязательных работ – не позднее 2004 года, ограничения свободы – не позднее 2005 года и ареста – не позднее 2006 года. Однако арест не назначается до сих пор.

Регламентация отдельных видов наказания в зависимости от возникающих или меняющихся социальных задач существенно менялась. Неизменной осталась регламентация только трех видов наказания: лишения специального, воинского или почетного звания, классного

чина и государственных наград (ст. 48), ограничение по военной службе (ст. 51) и содержание в дисциплинарной воинской части (ст. 55).

В связи с усилением борьбы с коррупцией Федеральным законом от 4 мая 2011 года был введен новый порядок исчисления штрафа за взяточничество и коммерческий подкуп. За такие преступления предусматривается штраф в размере до стократной суммы взятки или коммерческого подкупа, но не менее 25 тысяч и не более 500 миллионов рублей.

Федеральным законом от 7 декабря 2011 года была изменена регламентация обязательных работ (ст. 49 УК), исправительных работ (ст. 50) и ограничения свободы (ст. 53), а также введен новый вид наказания – принудительные работы (ст. 53¹). Наиболее важными представляются следующие изменения в системе наказаний.

Первоначально ограничение свободы предполагалось отбывать в специальных исправительных центрах, где осужденные должны находиться в условиях постоянного осуществления надзора за ними: проживать в общежитиях на территории исправительного центра и не покидать их в ночное время без разрешения администрации; выполнять Правила внутреннего распорядка; работать там, куда они направлены администрацией; постоянно находиться на территории исправительного центра и не покидать его без разрешения администрации; участвовать без оплаты труда в работах по благоустройству территории исправительного центра (ст. 50 Уголовно-исполнительного кодекса РФ). Однако из-за отсутствия необходимых условий исправительные центры не были созданы, и Федеральным законом от 27 декабря 2009 года ст. 53 УК была наполнена новым содержанием. В соответствии с ее новой редакцией ограничение свободы может назначаться не только как основное, но и как дополнительное наказание и заключается в том, то суд возлагает на осужденного комплекс ограничений в свободе передвижений без согласия уголовно-исполнительной инспекции. По своему содержанию эти ограничения сходны с теми ограничениями, которые возлагаются на условно осужденного. Таким образом, карательный потенциал этого вида наказания существенно уменьшился, поэтому занимаемое им седьмое место в системе наказаний уже не отражает степени его фактической тяжести.

Уже упоминавшимся законом от 7 декабря 2011 года был введен новый вид наказания – принудительные работы (ст. 53¹). По своему содержанию они очень напоминают ограничение свободы в их первоначальном варианте, т.е. состоят в принудительном привлечении к труду в специально созданных для этого учреждениях. Но поскольку таких учреждений в России не существует, данное наказание должно войти в практику только с 1 января 2014 года. Однако материальные возможности для создания центров исполнения принудительных работ выглядят весьма сомнительными.

Значительным изменениям подверглась и статья 57 УК «пожизненное лишение свободы».

Первоначально этот вид наказания предусматривался как альтернатива смертной казни и мог назначаться только за особо тяжкие преступления, посягающие на жизнь. В связи с установлением в России моратория на применение смертной казни и в целях усиления борьбы с терроризмом законом от 21 июля 2004 года из ст. 57 УК было исключено указание на то, что пожизненное лишение свободы устанавливается в законе только как альтернатива смертной казни, и возможность установления пожизненного лишения свободы была распространена на особо тяжкие преступления против общественной безопасности. Этим же законом данный вид наказания был включен в санкцию нормы о террористическом акте при отягчающих обстоятельствах, а 30 декабря 2008 года – и в санкции норм о захвате заложника и диверсии при отягчающих обстоятельствах. Законом от 29 февраля 2012 года ст. 57 УК дополнена указанием на возможность установления пожизненного лишения свободы за преступления против половой неприкосновенности несовершеннолетних, не достигших четырнадцатилетнего возраста, и это наказание было включено в санкции норм об изнасиловании, насильственных действиях сексуального характера и за половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста, совершенные при особо отягчающих обстоятельствах. Таким образом, пожизненное лишение свободы сегодня предусмотрено за совершение 14 преступлений, в том числе за диверсию (ч. 3 ст. 281), что не вытекает из текста ст. 57 УК.

Оценивая изменения в системе наказаний и в регламентации отдельных видов наказания, можно сделать следующие выводы.

Преобладающая часть указанных изменений отражает реальные потребности и способствует повышению эффективности уголовных наказаний. Вместе с тем, некоторые законодательные новеллы являются непродуманным вторжением в систему наказаний, зачастую не согласованное с нормами Особенной части. Это может вызвать весьма болезненные последствия и создать серьезные трудности для правоприменителя.

Например, минимальный размер штрафа, определяемого кратно сумме взятки или коммерческого подкупа, по закону (ст. 46 УК) не может быть менее 25 тысяч рублей. Но как при этом быть судье, если ему приходится назначать штраф лицу, осужденному за дачу взятки в сумме 500 рублей? По расчетам (исходя из санкции ч. 1 ст. 291 УК) предельным размером штрафа будет тридцатикратная сумма взятки, т.е. 15 тысяч рублей.

В таком же безвыходном положении окажется судья при вынесении обвинительного приговора иностранному гражданину за преступление небольшой тяжести, совершенное впервые и при отсутствии отягчающих обстоятельств, если санкция предусматривает только ограничение свободы, принудительные работы и лишение свободы. Назначать лишение свободы при указанных обстоятельствах прямо запрещено законом (ч. 1 ст. 56), ограничение свободы не применяется

к иностранцам и лицам без гражданства (ч. 6 ст. 53), а принудительные работы не могут назначаться до 1 января 2014 года.

Система наказаний должна содержать такой набор видов наказания, который позволяет проводить взвешенную и эффективную карательную политику противодействия преступности, в том числе за счет снижения применения лишения свободы посредством назначения иных видов наказания¹⁰.

Суммируя изложенное, можно прийти к выводу, что система наказаний в УК Российской Федерации нуждается в оптимизации и согласовании с Лиссабонским договором, предусматривающим минимальные правила относительно видов и мер наказания за конкретные преступные деяния, преследующие цель постепенной унификации системы наказаний в странах Европейского Союза¹¹.

¹⁰ См.: Хомич В. М. Об оптимизации системы уголовных санкций и их применения // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. Материалы 7-й Международной научно-практической конференции М., 2010. С. 226.

¹¹ См.: Хамкова Д. Политика уголовных наказаний и процессы глобализации // Научные основы уголовного права и процессы глобализации. Материалы V Российского Конгресса уголовного права. М., 2010. С. 426–428.

Die wichtigsten Entwicklungstendenzen der Strafgesetzgebung der Russischen Föderation¹

Professor Dr. h. c. (UP) Alexey Rarog, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Leiter des Lehrstuhls für Strafrecht an der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin-Universität (Russland)

I. Einführung

Der begrenzte Umfang dieses Beitrages erlaubt es nicht, alle Entwicklungstendenzen der russischen Strafgesetzgebung eingehend zu analysieren. Deshalb werden hier nur die wichtigsten Tendenzen aufgegriffen und in wesentlichen Zügen behandelt. Obwohl sich das Thema des Beitrages auf die Strafgesetzgebung der Russischen Föderation bezieht, dürfen die früheren Strafgesetze nicht außer Acht gelassen werden.

II. Strafkodexe der Russischen Sowjetischen Föderalen Sozialistischen Republik (RSFSR) von 1922, 1926 und 1960

Die ideologische Grundlage des ersten sowjetischen Strafkodexes (UK RSFSR 1922) erschöpfte sich in der Diktatur des Proletariats, deren Rechtskonzept in der „uneingeschränkten, außergesetzlichen, auf der puren Gewalt basierenden Macht“² bestand. Die Strafgesetzgebung wurde von den Ideologen des Sozialismus und den Strafrechtswissenschaftlern als Hilfsmittel zur Stärkung der Verhältnisse in der sozialistischen Gesellschaft verstanden³. Das Strafgesetz sollte nicht dem Schutz der Rechte und Freiheiten des Einzelnen dienen, sondern der Sicherung des Vorrangs des Proletariats und der Unterdrückung der gestürzten Klassen. So wurde das Strafgesetz zum Instrument der sozialen Regulierung neuer gesellschaftlichen Verhältnisse im Bereich der Wirtschaft und Güterverteilung sowie zum Mittel des Schutzes der Stabilität und Unantastbarkeit der Interessen des proletarischen Staates⁴. Mit den Zielen der Gewährleistung der Klassenherrschaft des Proletariats und der Stärkung des sozialistischen Staates wurde die uneingeschränkte strafrechtliche Einmischung des Staates in alle Bereiche des gesellschaftlichen und privaten Lebens gerechtfertigt. Das Gesetz (Art. 7 UK) erlaubte, die strafrechtlichen Einwirkungsmaßnahmen nicht nur auf die Straftäter anzuwenden, sondern auch

¹ Dem Aufsatz liegt der Text eines Festvortrags zugrunde, den der Autor am 20. Juni 2012 anlässlich der Verleihung an ihn der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam im Rahmen des Festaktes zum Tag der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam gehalten hat. Übersetzung von Dr. Pavel Golovnenkov, Universität Potsdam.

² Ман'ковскы В. С. [Маньковский В. С.], Положение на фронте теории социалистического уголовного права [Die Lage an der Front der Theorie des sozialistischen Strafrechts] Moskau, 1938. S. 3.

³ Vgl. Ёстрин А. А. [Эстрин А. Я.], Начала советского уголовного права (сравнительно с буржуазным) [Anfänge des sowjetischen Strafrechts (im Vergleich zum kapitalistischen)], Moskau, 1930. S. 3.

⁴ Ропатовскаâ Т. Г. [Понятовская Т. Г.], Концептуальные основы уголовного права России: история и современность [Konzeptuelle Grundlagen des Strafrechts Russlands: Geschichte und Gegenwart], Iževsk, 1994. S. 63.

auf alle Personen, die aufgrund ihrer Beziehungen zum kriminellen Milieu oder ihrer früheren – den revolutionären Zielen widersprechenden – Tätigkeit eine Gefahr für den Staat darstellten. Zu einer der schwersten staatsgefährdenden Straftaten wurde jede – gegen die Revolutionsbewegung gerichtete – Tätigkeit im Dienste der zaristischen Regierung oder anderer antirevolutionärer Regierungen deklariert.

Am 30. Dezember 1922 wurde die Union der Sowjetischen Sozialistischen Republiken (UdSSR) gegründet und am 31. Januar 1924 die Verfassung der UdSSR verabschiedet. Die Verfassung übertrug der Union die Kompetenz zur Regelung der Grundlagen der Strafgesetzgebung, während die Unionsrepubliken für den Erlass eigener Strafkodexe zuständig waren. Im selben Jahr wurden die Grundlagen der Strafgesetzgebung der UdSSR und der Unionsrepubliken beschlossen, die das Grundgerüst für den Allgemeinen Teil der Strafkodexe der Republiken bildeten. Der Strafkodex der RSFSR wurde 1926 verabschiedet und trat im Januar 1927 in Kraft. Da dieses Gesetz im Wesentlichen ein sozialistisches Strafgesetz war, das auf dem Grundkonzept der Diktatur des Proletariats basierte, gab es zum größten Teil den normativen Inhalt seines Vorgängers wieder. Deswegen trug dieses Gesetz auch die Bezeichnung „Strafkodex der RSFSR in der Fassung von 1926“.

Der 21. Parteitag der KPdSU im Jahre 1959 proklamierte den vollständigen und endgültigen Sieg des Sozialismus in der UdSSR, der den etappenweisen Übergang zum allumfassenden Aufbau einer kommunistischen Gesellschaft bedeutete. Die weitere Entwicklung sollte darauf gerichtet sein, einen sozialistischen Volksstaat aufzubauen, den staatlichen – insbesondere strafrechtlichen – Zwang zu beschränken und einen Teil der staatlichen Funktionen (darunter solche zur Gewährleistung der öffentlichen Ordnung) auf die Zivilorganisationen und Werkkollektive zu übertragen. In Übereinstimmung mit diesem Parteauftrag wurde ein neuer Strafkodex der RSFSR erarbeitet und 1960 verabschiedet (UK RSFSR 1960). Dieses Gesetz basierte nunmehr auf den Prinzipien eines sozialistischen Volksstaates.

Dabei unterschied sich dieses Strafgesetz positiv von seinen beiden Vorgängern. So setzte die Straftat die Bestimmung der Strafbarkeit in einem Strafgesetz voraus, wodurch das strafrechtliche Analogieverbot gesetzlich verankert wurde. Außerdem wurden die Gesetzesformulierungen zu den Schuldformen, der Teilnahme, der Schuldunfähigkeit, der Notwehr sowie dem Notstand verbessert, und das Sanktionensystem erhielt eine Ordnung⁵. Dennoch hatte der UK RSFSR 1960 einen wesentlichen Mangel, der aus dem bereits erwähnten Parteauftrag zur weitgehenden Heranziehung der Allgemeinheit bei der Kriminalitätsbekämpfung resultierte. So ließ es das Gesetz zu, einen Straftäter von der strafrechtlichen Verantwortung zu befreien und die Strafsache dem Schiedsgericht des Arbeitskollektivs⁶ zur Entscheidung zu

⁵ Vgl. *Korobeev A. I. (Red.) [под ред. А. И. Коробеева], Полный курс уголовного права в 5 томах. Т. 1. Преступление и наказание [Vollständiger Strafrechtswissenschaftskurs in 5 Bänden, Band 1: Straftat und Strafe], Vladivostok 2008, S. 177.*

⁶ Wörtlich: „Kameradschaftsgericht“ [товарищеский суд]. Anm. des Übersetzers.

übergeben (Art. 51) oder den Schuldigen in die Verantwortung⁷ einer öffentlichen Organisation oder des Arbeitskollektivs zu überstellen (Art. 52) bzw. die Strafsache zur Entscheidung an die Jugendstrafkommission zu übergeben (Art. 10). Diese Formen der Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortung wurden von der Bevölkerung – im Prinzip zu Recht – als Freibrief zur Begehung von Straftaten aufgefasst, weshalb die Strafverfolgungsorgane bald von dieser Praxis Abstand nahmen. Daraufhin wurden diese Formen durch Rechtsinstitute ersetzt wie die Aussetzung der Strafvollstreckung (Art. 461), die Strafaussetzung zur Bewährung mit Arbeitsverpflichtung des Verurteilten (Art. 241) und die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung mit Arbeitsverpflichtung des Verurteilten (Art. 532). Diese Rechtsinstitute wurden 1977 eingeführt und grundsätzlich sowohl in der Rechtspraxis als auch in der Rechtswissenschaft positiv beurteilt⁸.

Formal galt der UK RSFSR 1960 bis 1996, allerdings entsprach er in ideologischer Hinsicht schon seit der zweiten Hälfte 1980iger Jahre nicht mehr den im Land stattfindenden Demokratisierungsprozessen und der sich herausbildenden Marktwirtschaft. Mit der Verabschiedung der Verfassung der Russischen Föderation im Jahre 1993 traten die Bestimmungen des UK RSFSR 1960 über die Priorität der Staatsinteressen gegenüber Privatinteressen, über den verstärkten strafrechtlichen Schutz des Staats und Gemeinschaftseigentums in direkten Widerspruch zum Grundgesetz Russlands.

III. Verabschiedung und Konzept des Strafkodexes der Russischen Föderation

Bereits 1985 wurde entschieden, einen Entwurf der neuen Grundlagen der Strafgesetzgebung der UdSSR und der Republiken zu erarbeiten. Dieses Gesetz wurde 1991 vom Obersten Rat der UdSSR verabschiedet, es trat allerdings wegen des Zerfalls der Sowjetunion nie in Kraft. 1992 begann die mühselige und äußerst anspruchsvolle Arbeit zur Vorbereitung eines Entwurfs des Strafkodexes der Russischen Föderation. Das Gesetz wurde schließlich am 24. Mai 1996 von der Staatsduma verabschiedet und trat am 1. Januar 1997 in Kraft. Ideologische Grundlage des Gesetzes ist das in der Verfassung Russlands verankerte Konzept eines demokratischen Rechtsstaates, zu dessen Verpflichtungen die Anerkennung, die Bewahrung und der Schutz des Menschen, seiner Rechte und Freiheiten als höchste Güter gehören. Der Strafkodex der Russischen Föderation basiert auf den Prinzipien der Gesetzlichkeit, der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, der Schuld, der Gerechtigkeit sowie des Humanismus und bezweckt den Schutz der Rechte und Freiheiten des Menschen und des Bürgers, des Eigentums, der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit, der Umwelt, der verfassungsgemäßen Ordnung vor kriminellen Angriffen sowie die Aufrechterhaltung des

⁷ Wörtlich: „gegen die Bürgschaft“ [на поруки]. Anm. des Übersetzers.

⁸ Vgl. *Grišaev P. I./Zdravimyslov B. V. (Red.) [под ред. П. И. Гришаева и Б. В. Здравомыслова]*, Советское уголовное право. Часть Общая [Sowjetisches Strafrecht. Allgemeiner Teil], Moskau 1982, S. 336, 360.

Friedens und der globalen Sicherheit und nicht zuletzt die Kriminalitätsprävention (Art. 2 Pkt. 2).

Nach dem Inkrafttreten des Strafkodexes der Russischen Föderation (UK RF) fanden in Russland durchaus intensive Prozesse der Demokratisierung der Gesellschaft, der Schaffung und Weiterentwicklung neuer Zivilinstitutionen, der Entwicklung marktwirtschaftlicher Verhältnisse und der Integration Russlands in die Weltgemeinschaft statt. Diese Prozesse verlangten vom Gesetzgeber, die strafrechtlichen Maßnahmen zum Schutz dieser Rechtsgüter weiterzuentwickeln. In den 15 Jahren der Geltung des russischen Strafkodexes wurden mehr als hundert Änderungsgesetze verabschiedet.

IV. Die wichtigsten Entwicklungstendenzen der russischen Strafgesetzgebung

1. Anpassung der nationalen Strafgesetzgebung an das internationale Recht

Nach der Verabschiedung der Shanghaier Konvention über die Bekämpfung des Terrorismus, Separatismus und Extremismus im Jahre 2001 wurde der Strafkodex der Russischen Föderation durch Einführung des Art. 282¹ (Bildung extremistischer Vereinigungen) und des Art. 282² (Durchführung der Tätigkeit extremistischer Organisationen) vervollständigt. Art. 280 (früher: Öffentliche Aufforderung zur gewaltsamen Änderung der verfassungsgemäßen Ordnung der Russischen Föderation) erhielt eine neue Überschrift, nämlich „Öffentliche Aufforderung zu extremistischer Tätigkeit“. Darüber hinaus wurde „die extremistische Motivation“ als Qualifikationsmerkmal in mehrere Tatbestände des Besonderen Teils des UK RF aufgenommen. Bei anderen Straftaten werden diese Motive als Straferschwerungsgrund berücksichtigt (Art. 63 Pkt. 1 Lit. e UK RF).

In Übereinstimmung mit internationalen Konventionen, die die Sklaverei, Schuldknechtschaft, Leibeigenschaft und jegliche vergleichbare Einrichtungen und Bräuche sowie den Menschenhandel verbieten, wurde der Strafkodex Russlands am 8. Dezember 2003 um Art. 127¹ (Menschenhandel) und Art. 127² (Ausnutzung der Sklavenarbeit) ergänzt, wobei diese Vorschriften inzwischen mehrere Änderungen erfahren haben. Aufgrund der Einführung dieser neuen Regelungen wurde Art. 152 (Handel mit Jugendlichen) aufgehoben.

Entsprechend der internationalen Übereinkommen gegen Terrorismus und seine einzelnen Erscheinungsformen hat die Staatsduma der Föderalversammlung der Russischen Föderation 2006 das Gesetz „Über die Terrorismusbekämpfung“ verabschiedet und noch im selben Jahr Art. 205¹ (Förderung terroristischer Tätigkeit) und Art. 205² (Öffentliche Aufforderung zur terroristischen Tätigkeit oder öffentliche Rechtfertigung des Terrorismus) in den Strafkodex eingeführt. Sowohl diese Vorschriften als auch Art. 205 (Terroristischer Anschlag) wurden inzwischen mehrfach geändert, von der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft wurden diese Änderungen allerdings überwiegend kritisiert.

So wurde durch das Föderale Gesetz vom 9. Dezember 2010 in Art. 205¹ UK RF ein neuer Pkt. 3 (Beihilfe zum terroristischen Anschlag) eingeführt, eine Vorschrift, die die Einstellung des Gesetzgebers zur Stellung eines Gehilfen grundlegend ändert. Zum einen ist unklar, aus welchem Grund der Beihilfehandlung die Bedeutung eines selbständigen Tatbestandes eingeräumt wird, wenn das Rechtsinstitut der Teilnahme es ohnehin zulässt, die Strafbarkeit des Gehilfen zu begründen. Zum anderen kann kaum erklärt werden, weshalb der Gesetzgeber für den Gehilfen eines terroristischen Anschlags eine schwerere Strafe vorsieht (Freiheitsstrafe von 8 bis 20 Jahre), als dies für den Haupttäter in Art. 205 Pkt. 1 UK RF (Freiheitsstrafe von 8 bis 15 Jahre) der Fall ist⁹.

2. Weitere Entwicklung der konzeptuellen Gedanken des Strafkodexes der Russischen Föderation über Entkriminalisierung oder Herabsetzung des Strafrahmens für leichtere Straftaten mit gleichzeitiger Verschärfung der Strafen für schwere und besonders schwere Straftaten

a. Entkriminalisierung und Strafmilderung bei leichten Straftaten

Der Gesetzgeber entkriminalisierte eine Reihe von Straftaten, bei denen der Gefährlichkeitsgrad als nicht besonders hoch eingestuft wurde. Dazu gehören insbesondere: Mittelschwere fahrlässige Körperverletzung (Art. 118 Pkt. 3 und 4 UK RF)¹⁰, Verleumdung (Art. 129 und Art. 298 UK RF), Beleidigung (Art. 130 UK RF), Scheinunternehmertum (Art. 173 UK RF) und Entfernen vom Unfallort im Straßenverkehr (Art. 265 UK RF). Darüber hinaus wurde eine versteckte Entkriminalisierung einiger Wirtschaftsstraftaten durchgeführt, indem die Strafbarkeit von höheren Schadenssummen abhängig gemacht wurde. So wird die ungesetzliche unternehmerische Tätigkeit (Art. 171 UK RF) nur dann zu einer Straftat, wenn dadurch ein erheblicher Schaden verursacht wurde oder die Tat mit Erzielung unrechtmäßiger Einnahmen in erheblicher Höhe verbunden ist. Ursprünglich galt die Höhe des Schadens oder der Einnahmen laut Gesetz als erheblich, wenn sie 250.000 RUR überstieg. Durch das Gesetz vom 7. April 2010 wurde die Erheblichkeitsgrenze auf einen Schaden bzw. Einnahmen in Höhe von einer Million RUR angehoben, sodass die ungesetzliche unternehmerische Tätigkeit, die einen geringeren Schaden verursacht bzw. mit geringeren Einnahmen verbunden ist, keine Straftat im Sinne des russischen Strafkodexes darstellt. Ebenso verfuhr der Gesetzgeber bei anderen Straftaten, z. B. der ungesetzlichen Erlan-

⁹ Eingehend hierzu *Rarog A. I. [Papoz A. I.]*, *Сомнительная коррекция института соучастия [Zweifel an der Richtigkeit des Rechtsinstituts der Teilnahme]*, in: *Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию. Материалы VI Российского Конгресса уголовного права [Strafrecht: Quellen, Realität, Übergang zur stabilen Entwicklung. Materialien der VI. strafrechtlichen Tagung Russlands]*, Moskau 2011, S. 113, 116.

¹⁰ Der Verzicht auf die Strafbarkeit einer mittelschweren fahrlässigen Körperverletzung ist in gewisser Weise inkonsequent durchgeführt worden, da der Strafkodex die Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung mit der Folge der mittelschweren fahrlässigen Gesundheitsschädigung beibehalten hat (vgl. Art. 124 Pkt. 1 UK RF).

gung eines Kredits (Art. 176 UK RF), der böswilligen Verweigerung der Tilgung einer Kreditschuld (Art. 177 UK RF), der ungesetzlichen Nutzung eines fremden Warenzeichens (Art. 180 UK RF), dem ungesetzlichen Verkehr mit Edelmetallen, natürlichen Edelsteinen und Perlen (Art. 191) und dem Verstoß gegen die Vorschriften über die Abführung von Edelmetallen und natürlichen Edelsteinen an den Staat (Art. 192 UK RF).

Für die Begehung vieler Straftaten, die keine große Gefahr darstellen, wurde die Strafandrohung gemindert, und zwar dadurch, dass in den Sanktionenkatalog weniger einschneidende Sanktionsarten, wie Arbeitsverpflichtung, Freiheitsbeschränkung usw., eingeführt wurden.

b. Pönalisierung und Strafverschärfung bei gefährlichen Straftaten

Zugleich verschärfte der Gesetzgeber die Sanktionen für die Begehung gefährlicher Straftaten.

aa. Korruptionsdelikte

So bewirkten die Gesetze vom 4. Mai, 21. November und 7. Dezember 2011 eine erhebliche Verschärfung der Strafbarkeit wegen Korruption und insbesondere wegen Bestechungsdelikten. Zum einen wurde der Strafrahmen für Bestechung und Bestechlichkeit in großem und besonders großem Ausmaß erhöht (im besonders schweren Fall sieht das Gesetz Freiheitsstrafe von 8 bis 15 Jahren vor). Zum anderen wurde eine neue Methode der Berechnung der Höhe der Geldstrafe eingeführt. Wenn in anderen Fällen das Gesetz diese durch die Nennung einer bestimmten Geldsumme bestimmt, wird bei den Bestechungsdelikten und bei der Vorteilsannahme im geschäftlichen Verkehr die Höhe der Geldstrafe als Mehrfaches der Bestechungssumme berechnet (bis zum Hundertfachen einer besonders hohen Bestechungssumme). Dabei darf die Höhe der Geldstrafe 25.000 RUR nicht unter und 500 Mio. RUR nicht überschreiten. Außerdem wurde der Strafkodex um Art. 291¹ (Vermittlung des Bestechungsgeschäfts) ergänzt, der nicht nur eine strenge Bestrafung wegen dieser Tat vorsieht, sondern auch das Versprechen oder das Anbieten einer Bestechungsvermittlung pönalisiert.

Allerdings verletzt die Einführung des Art. 291¹ UK RF die Systematik des Strafgesetzes. Erstens wird die Vermittlungstätigkeit bei den Bestechungsstraftaten im Fall einer erheblichen Bestechungssumme strenger bestraft (Freiheitsstrafe bis 5 Jahren) als die Bestechung selbst (bis 3 Jahren). Zweitens wird bei einer hohen Bestechungssumme sowohl die Bestechungsvermittlung als auch die Bestechlichkeit mit Freiheitsstrafe von 7 bis 12 Jahren bestraft, während für die Bestechung lediglich Freiheitsstrafe von 5 bis 10 Jahren vorgesehen ist. Drittens wird das Versprechen (bzw. das Anbieten) der Bestechungsvermittlung – unabhängig von dem Vorliegen der Qualifikationsmerkmale – mit Freiheitsstrafe bis zu 7 Jahren bestraft, während die tatsächliche Bestechungsvermittlung ohne Qualifikationsmerkmale sogar straflos bleibt und bei einer erheblichen Bestechungssumme mit Freiheitsstrafe bis maximal 5 Jahren bestraft wird. Diese Beispiele zeigen, dass die gesetzliche Bewertung des Gefährlichkeitsgrades der Bestechungsvermittlung und des

Versprechens bzw. des Anbietens der Bestechungsvermittlung im Vergleich zur Gefährlichkeit der Bestechung oder der Bestechlichkeit völlig unbestimmt erscheint.

bb. Jugendschutzstrafrecht

Das Föderale Gesetz vom 29. Februar 2012 fügte in den Strafkodex der Russischen Föderation weitreichende Änderungen ein, die auf die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der sexuellen Integrität und sexuellen Sittlichkeit Jugendlicher – insbesondere Kinder – gerichtet sind.

Erstens wurden die Vorschriften des UK RF über die Vergewaltigung (Art. 131) und die Vornahme gewaltsamer sexueller Handlungen (Art. 132) um neue Bestimmungen ergänzt, welche die Ahndung derartiger Taten, die gegen eine Person unter 14 Jahren gerichtet und von einem Täter begangen sind, der bereits wegen Straftaten gegen die sexuelle Integrität Jugendlicher rechtskräftig verurteilt war, mit lebenslanger Freiheitsstrafe ermöglichen. Die einschlägige Vorstrafe des Täters stellt jedoch nur in den genannten Vorschriften und in den Qualifikationstatbeständen des Art. 134 (Beischlaf und sonstige sexuelle Handlungen mit einer Person unter 16 Jahren) und des Art. 135 (unzüchtige Handlungen) ein Qualifikationsmerkmal dar.

Zweitens wurden die Sanktionen in einigen Straftatbeständen erheblich verschärft. So können im Fall des Beischlafs und der sexuellen Handlungen mit einer Person unter 16 Jahren Freiheitsstrafen bis zur lebenslangen Freiheitsstrafe verhängt werden, wenn der Täter bereits wegen Straftaten gegen die sexuelle Integrität Jugendlicher rechtskräftig verurteilt worden war (Art. 134 Pkt. 6 UK RF). Nimmt ein – mindestens achtzehn Jahre alter – Täter unzüchtige Handlungen ohne Gewaltanwendung an einem Opfer, das noch nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet und die sexuelle Reife nicht erreicht hat, vor, so wird er mit Freiheitsstrafe von 10 bis 15 Jahren bestraft, wenn er bereits wegen Straftaten gegen die sexuelle Integrität Jugendlicher rechtskräftig verurteilt worden war (Art. 135 UK RF). Diese drastische Strafverschärfung, die dazu führt, dass eine nicht gewaltsame Straftat strenger als Totschlag bestraft wird, wird in der Rechtsliteratur durchaus kritisch beurteilt.

Drittens wurde der Strafraum für die ungesetzliche Verbreitung und öffentliche Vorführung oder Anpreisung pornografischer Materialien oder Gegenstände unter Minderjährigen bzw. für die Einbeziehung Minderjähriger in den Umgang mit pornografischen Produktionen erheblich verschärft (Art. 242 Pkt. 2 UK RF).

Viertens wurde in den Straftatbestand des ungesetzlichen Verkehrs mit Materialien oder Gegenständen, die pornografische Abbildungen Minderjähriger enthalten, eine zusätzliche Tatalternative, nämlich der Erwerb solcher Materialien oder Gegenstände, aufgenommen (Art. 242¹ UK RF).

Fünftens wurde Art. 242² in den Strafkodex eingefügt, der Foto, Film oder Videoaufnahmen eines Minderjährigen mit dem Ziel, pornografische Materialien oder Gegenstände herzustellen und/oder zu verbreiten, und die Einbeziehung Minderjähriger als Darsteller einer Schauveranstaltung mit

Freiheitsstrafe von 3 bis 10 Jahren (unter erschwerenden Umständen von 8 bis 15 Jahren) bedroht.

Sechstens können nunmehr Personen, die mindestens achtzehn Jahre alt sind und Straftaten gegen die sexuelle Integrität eines Minderjährigen unter vierzehn Jahren begangen haben und unter einer Störung der sexuellen Präferenz (Pädophilie) leiden, die allerdings ihre Schuldfähigkeit nicht ausschließt, medizinischen Zwangsmaßnahmen unterworfen werden (Art. 97 Pkt. 1 Lit. d UK RF).

Siebtens verbietet das Gesetz vom 29. Februar 2012, gegen Täter, die wegen der Begehung von Straftaten gegen die sexuelle Integrität eines – noch nicht vierzehn Jahre alten – Minderjährigen verurteilt werden, eine Bewährungsstrafe zu verhängen (Art. 73 Pkt. 1 UK RF) und die Strafvollstreckung auszusetzen (Art. 82 Pkt. 1 UK RF). Außerdem wurden die Voraussetzungen der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung (Art. 79 Pkt. 3 Lit. d UK RF) verschärft. Der Katalog der Strafverschärfungsgründen in Art. 63 Pkt. 1 UK RF wurde durch einen neuen Punkt vervollständigt:

„n) Begehung einer Straftat gegen einen Minderjährigen durch einen Elternteil oder eine andere gesetzlich erziehungsverpflichtete Person oder einen aufsichtspflichtigen Pädagogen oder einen anderen Mitarbeiter einer Bildungs-, Erziehungs-, Heilungs- oder einer anderen Einrichtung“

cc. Betäubungsmittelstrafrecht

Eine Verschärfung der Strafbarkeit erfolgte auch im Bereich der besonders gefährlichen Betäubungsmittelstraftaten. Aufgrund des Föderalen Gesetzes vom 1. März 2012 erfuhren diese Strafvorschriften erhebliche Änderungen.

Erstens wurde der ungesetzliche Verkehr mit Betäubungsmitteln, psychopharmakologischen Substanzen oder Stoffen mit gleicher Wirkung in erheblichem Umfang ohne Absatzziel unter Strafe gestellt (Art. 228 Pkt. 1 UK RF). Vor dieser Änderung waren diese Taten nur strafbar, wenn ein großer Umfang festzustellen war.

Zweitens wurden der Strafrahmen für die Begehung dieser Taten in großem Umfang (Art. 228 Pkt. 2 UK RF) verschärft und ein selbständiger Straftatbestand wegen der Begehung dieser Tat in besonders großem Umfang (mit Androhung einer Freiheitsstrafe von 10 bis 15 Jahren) geschaffen.

Drittens wurde die Strafdrohung wegen ungesetzlicher Herstellung, Absatzes oder Übersendung von Betäubungsmitteln, psychopharmakologischen Substanzen oder Stoffen mit gleicher Wirkung sowie wegen ungesetzlichen Absatzes oder Übersendung von Pflanzen bzw. von Pflanzenteilen, die Betäubungsmittel oder psychopharmakologische Substanzen enthalten, erheblich verschärft (Art. 228¹ UK RF).

Qualifikationsmerkmale sind nunmehr der Absatz von Betäubungsmitteln, psychopharmakologischen Substanzen oder Stoffen mit gleicher Wirkung, wenn sie

- a. in der Untersuchungshaft, in einer Besserungsanstalt, in einem Verwaltungsgebäude, in einer Verwaltungseinrichtung, in einer Bildungseinrichtung, in einer Sport-, Bahn-, Luftverkehr-, Binnenwasserverkehr oder Metroeinrichtung, in öffentlichen Verkehrsmitteln oder in den Räumen, die der Unterhaltung oder Freizeit dienen, sowie
- b. unter Verwendung von Massenmedien oder virtuellen Netzen bzw. der Informations- und Telekommunikationsnetzen (einschließlich Internet)

begangen werden.

Während der Gesetzgeber dem erheblichen Umfang des Gegenstandes der Straftat die Bedeutung eines Qualifikationsmerkmals beigemessen hat (Art. 228¹ Pkt. 3 Lit. 6 UK RF), wurde der Strafraum für die Begehung dieser Tat in großem (Art. 228¹ Pkt. 4 Lit. r UK RF) und besonders großem (Art. 228¹ Pkt. 5 UK RF) Umfang verschärft, im letzten Fall reicht die Strafandrohung nun bis zur lebenslangen Freiheitsstrafe.

Viertens wurde der Strafkodex um Art. 228³ (Erlangung, Aufbewahrung oder Transport der Vorläufersubstanzen von Betäubungsmitteln oder psychopharmakologischen Substanzen bzw. von Pflanzen und Pflanzenteilen, die solche Vorläufersubstanzen enthalten) und Art. 228⁴ (Herstellung, Absatz oder Übersendung solcher Vorläufersubstanzen bzw. Absatz oder Übersendung von Pflanzen oder Pflanzenteilen, die diese Substanzen enthalten) vervollständigt. Die Höhe der Strafandrohung hängt davon ab, ob die Menge der Vorläufersubstanzen oder der sie enthaltenden Pflanzen bzw. Pflanzenteile groß oder besonders groß war.

Fünftens wurde die Strafbarkeit für die Entwendung oder Erpressung von Betäubungsmitteln oder von psychopharmakologischen Substanzen (Art. 229 UK RF) verschärft, wobei die Strafhöhe davon abhängt, ob die Straftat in erheblichem, großem oder besonders großem Umfang begangen wurde.

Sechstens wurde der Strafraum bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe verschärft für die Begehung des Bannbruchs im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln oder psychopharmakologischen Substanzen oder Stoffen mit gleicher Wirkung, wenn die Tat von einer organisierten Gruppe, in besonderem großem Umfang oder mit Gewaltanwendung gegen eine die Zoll- oder Grenzkontrolle ausübende Person verübt wird (Art. 229¹ Pkt. 4 UK RF).

Siebtens wurde der Katalog der Straferschwerungsgründe um die Straftatbegehung unter Verwendung von Betäubungsmitteln, Psychopharmaka oder stark wirkenden Substanzen vervollständigt (Art. 63 Pkt. 1 Lit. κ UK RF).

Achtens wurden die Vorschriften über die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung bei schweren und besonders schweren Straftaten im Zusammenhang mit dem ungesetzlichen Umgang mit Betäubungsmitteln, psychopharmakologischen Substanzen und deren Vorläufersubstanzen erheblich verschärft (Art. 7 Pkt. 3 Lit. r UK RF).

3. Entwicklung des Sanktionensystems in der russischen Strafgesetzgebung

Der Strafkodex enthält einen abschließenden Katalog der Sanktionsarten, die hierarchisch in Abhängigkeit von der Sanktionsschwere und dem Anwendungsverfahren systematisiert wurden¹¹.

Ursprünglich umfasste das – in Art. 44 UK RF verankerte – Sanktionensystem vierzehn strafrechtliche Sanktionen. 2003 wurde die Vermögensstrafe aus dem russischen Sanktionensystem entfernt, 2006 aber wieder eingeführt, allerdings nicht mehr als eine Sanktionsart, sondern als eine andere strafrechtliche Maßnahme.

Arbeitsauflage, Besserungsarbeit, Militärdienstbeschränkung, Arbeitsverpflichtung, Arrest, Haft in einer militärischen Disziplinareinheit, zeitliche Freiheitsstrafe, lebenslange Freiheitsstrafe und Todesstrafe (die zwar noch im Sanktionensystem verblieben ist, aber faktisch nicht mehr angewendet wird) können nur als Hauptstrafen verhängt werden.

Geldstrafe, Entziehung des Rechts, bestimmte Ämter zu bekleiden oder eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, und Freiheitbeschränkung können sowohl als Haupt-, als auch als Nebenstrafe verhängt werden.

Entziehung eines Sondertitels, eines militärischen Grades, eines Ehrentitels, einer Rangstufe oder staatlicher Auszeichnungen werden nur als Nebenstrafe angewendet.

Militärdienstbeschränkung und Haft in einer militärischen Disziplinareinheit sind besondere Sanktionsarten und werden nur gegen Militärangehörige angewendet. Alle anderen Sanktionsarten haben allgemeinen Charakter.

Art. 44 UK RF führt die Sanktionsarten nach dem Prinzip der aufsteigenden Schwere der Strafe (von der leichtesten [Geldstrafe] bis zur schwersten [Todesstrafe]) auf. Dies verpflichtet die Rechtsprechung zur vorrangigen Anwendung leichterer Strafen. Bei Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion aus dem Katalog der in dem konkreten Straftatbestand muss der Richter zunächst die Geldstrafe als zu verhängende Sanktion in Betracht ziehen. Nur wenn diese Sanktionsart für die Erreichung der Strafziele unzureichend erscheint, darf der Richter zur nächsten Strafstufe übergehen, denn gem. Art. 60 Pkt. 1 UK RF darf eine schwerere Sanktion aus dem Katalog der in dem Tatbestand vorgesehenen Strafen erst dann verhängt werden, wenn die leichtere Sanktionsart nicht geeignet ist, die Strafzwecke zu erreichen.

In den fünfzehn Jahren seit Inkrafttreten des UK RF unterlag das Sanktionensystem erheblichen Veränderungen. Bei Verabschiedung des Strafkodexes wurden drei Sanktionsarten „suspendiert“. Nach dem Föderalen Gesetz vom

¹¹ Vgl. *Milúkov S. F. [Милуков С. Ф.]*, Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа [Russische Strafgesetzgebung: eine kritische Betrachtung], Sankt Petersburg 2000; *Zubkova V. I. [Зубкова В. И.]*, Система наказаний по УК РФ и проблема ее реализации [Das Sanktionensystem in der Russischen Föderation und dessen Anwendungsproblem], in: Уголовное право в XXI веке [Strafrecht im 21. Jahrhundert], Moskau 2002.

13. Juni 1996 „Über die Einführung des Strafkodexes der Russischen Föderation“ sollten die Vorschriften über die Sanktionsarten nach dem Inkrafttreten des Strafvollzugskodexes der Russischen Föderation und der Schaffung der notwendigen Vollstreckungsbedingungen in Kraft treten. Da zu diesem Zeitpunkt diese Bedingungen noch nicht geschaffen worden waren, verlängerte das Gesetz vom 10. Januar 2002 die Fristen für die Einführung „suspendierter“ Sanktionen, und zwar für die Arbeitsauflage bis 2004, für die Freiheitsbeschränkung bis 2005 und für den Arrest bis 2006. Allerdings wird der Arrest bis heute nicht verhängt.

In Abhängigkeit von den neu auftretenden und sich ändernden Aufgaben des Strafrechts unterlag auch die Reglementierung einzelner Sanktionsarten erheblichen Änderungen. Unverändert blieben nur die Regelungen der drei Sanktionsarten Entziehung eines Sondertitels, eines militärischen Grades, eines Ehrentitels, einer Rangstufe oder staatlicher Auszeichnungen (Art. 48 UK RF), Militärdienstbeschränkung (Art. 51 UK RF) und Haft in einer militärischen Disziplinareinheit (Art. 55 UK RF).

Im Zusammenhang mit der Verstärkung der Korruptionsbekämpfung führte das Föderale Gesetz vom 4. Mai 2011 eine neue Methode der Berechnung der Höhe der Geldstrafe bei den Bestechungsdelikten und bei der Vorteilsannahme im geschäftlichen Verkehr ein. Für die Begehung dieser Straftaten droht das Gesetz eine Geldstrafe in Höhe des Mehrfachen der Bestechungssumme an, allerdings im Rahmen von 25.000 bis 500 Millionen RUR.

Das Föderale Gesetz vom 7. Dezember 2011 änderte die Reglementierung der Arbeitsauflage (Art. 49 UK RF), der Besserungsarbeit (Art. 50 UK RF) und der Freiheitsbeschränkung (Art. 53). Darüber hinaus wurde eine neue Sanktion, nämlich Arbeitsauflage, eingeführt (Art. 53¹ UK RF). Die wichtigsten Änderungen im strafrechtlichen Sanktionensystem Russlands sind die Folgenden:

Ursprünglich sollte die Freiheitsbeschränkung in besonderen Besserungsanstalten vollstreckt werden. In diesen Anstalten sollten die Verurteilten sich ständig unter Aufsicht aufhalten, d.h. in Wohnheimen auf dem Territorium der Anstalt wohnen und diese zur Nachtzeit nicht ohne Erlaubnis der Anstaltsleitung verlassen, die interne Hausordnung beachten, eine Arbeit auf Anordnung der Anstaltsleitung aufnehmen, sich ständig auf dem Territorium der Anstalt aufhalten und es nicht ohne Erlaubnis der Anstaltsleitung verlassen und sich an den Arbeiten zur Verbesserung der Lebensqualität in der Besserungsanstalt ohne Bezahlung beteiligen (Art. 50 des Strafvollzugskodexes der RF). Allerdings fehlten für die Schaffung dieser Besserungsanstalten die notwendigen Bedingungen, sodass Art. 53 UK RF durch das Föderale Gesetz vom 27. Dezember 2009 einen neuen Regelungsgehalt erhielt. Nach der neuen Fassung dieser Vorschrift kann die Freiheitsbeschränkung nicht nur als Haupt-, sondern auch als Nebenstrafe verhängt werden, und es kann dem Verurteilten eine Reihe freiheitseinschränkender Maßnahmen auferlegt werden. Diese Maßnahmen werden dann von einem Bewährungshelfer aufrecht erhalten oder außer Kraft gesetzt. Diese Maßnahmen ähneln denen,

die einem auf Bewährung Verurteilten auferlegt werden. Das Ahndungspotenzial dieser Sanktion hat sich somit erheblich gemindert, sodass der siebte Rang im Sanktionskatalog der faktischen Schwere dieser Sanktion nicht mehr entspricht.

Wie bereits erwähnt, wurde durch das Gesetz vom 7. Dezember 2011 eine neue Sanktion, nämlich Arbeitsverpflichtung, eingeführt (Art. 53¹ UK RF). Sie entspricht im Wesentlichen der Sanktion der Freiheitsbeschränkung in ihrer ursprünglichen Fassung. Die Arbeitsverpflichtung besteht also in der Verpflichtung zur Arbeit in einer speziell dafür geschaffenen Einrichtung. Da aber solche Einrichtungen in Russland bis jetzt nicht existieren, soll die Sanktion erst zum 1. Januar 2014 in der Praxis Anwendung finden. Allerdings sind die finanziellen Möglichkeiten für die Schaffung solcher Einrichtungen kaum gegeben.

Erhebliche Änderungen erfuhr auch Art. 57 UK RF, der die „lebenslange Freiheitsstrafe“ regelt.

Ursprünglich war diese Sanktion als Alternative zur Todesstrafe gedacht und wurde nur bei besonders schweren Straftaten gegen das Leben verhängt. Im Zusammenhang mit dem Moratorium der Anwendung der Todesstrafe in Russland und zur Verstärkung der Terrorismusbekämpfung wurde durch das Gesetz vom 21. Juli 2004 aus Art. 57 UK RF die Einschränkung entfernt, dass die lebenslange Freiheitsstrafe nur als Alternative zur Todesstrafe verhängt werden kann. Außerdem wurde die Möglichkeit geschaffen, die lebenslange Freiheitsstrafe bei besonders schweren Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit anzuwenden. Durch dieses Gesetz wurde die lebenslange Freiheitsstrafe in den Sanktionenkatalog bei einem terroristischen Anschlag in einem besonders schweren Fall und am 30. Dezember 2008 in den Sanktionenkatalog bei Geiselnahme und Sabotageanschlag in einem besonders schweren Fall aufgenommen. Das Gesetz vom 29. Februar 2012 ergänzte Art. 57 UK RF um die Regelung, dass die lebenslange Freiheitsstrafe auch bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität Minderjähriger (unter 14 Jahren) verhängt werden kann. Darüber hinaus wurde diese Sanktion in die Sanktionenkataloge der Vergewaltigung, der sexuellen Gewalthandlungen sowie des Beischlafs und anderer sexueller Handlungen mit einer Person unter 16 Jahren eingeführt, wenn diese Straftaten unter besonders erschwerenden Umständen begangen wurden. Damit ist im gegenwärtigen russischen Strafrecht die lebenslange Freiheitsstrafe in 14 Straftatbeständen vorgesehen, darunter auch bei einem Sabotageanschlag (Art. 281 Pkt. 3 UK RF), was sich allerdings dem Wortlaut des Art. 57 UK RF nicht entnehmen lässt.

Aus den Änderungen des Sanktionensystems und der Reglementierung einzelner Sanktionen können folgende Schlüsse gezogen werden:

Der überwiegende Teil der genannten Änderungen beruht auf dem Bedürfnis nach bestimmten Sanktionen und dient der Erhöhung der Effektivität der Bestrafung. Anzumerken ist allerdings, dass einzelne gesetzgeberische Novellierungen einen nicht durchdachten Einbruch in das Sanktionensystem darstellen, wobei meistens Widersprüche zu den Vorschriften des

Besonderen Teils zu verzeichnen sind. Dies kann zu negativen Folgen führen und erhebliche Schwierigkeiten für den Rechtsanwender schaffen.

So darf – wie erwähnt – bei Bestechung und der Vorteilsannahme im geschäftlichen Verkehr die Geldstrafe, deren Höhe in Abhängigkeit von der Bestechungssumme berechnet wird, gem. Art. 46 UK RF die Grenze von 25.000 RUR nicht unterschreiten. Wie soll der Richter entscheiden, wenn er über die Verhängung der Geldstrafe bei einer Bestechungssumme in Höhe von 500 RUR zu entscheiden hat? Ausgehend von der in Art. 291 Pkt. 1 UK RF vorgesehenen Sanktion würde die maximale Höhe der Geldstrafe das Dreifache der Bestechungssumme, also 15.000 RUR ausmachen.

In derselben aussichtslosen Lage findet sich der Richter wieder, wenn er über die Verurteilung eines Ausländers zu entscheiden hat, der eine leichte Straftat begangen hat, kein Wiederholungstäter ist und keine erschwerenden Umstände vorliegen, und der entsprechende Straftatbestand als Sanktion nur Freiheitsbeschränkung, Arbeitsauflage oder Freiheitsstrafe androht. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe ist gem. Art. 56 Pkt. 1 UK RF unter den gegebenen Umständen ausdrücklich ausgeschlossen. Die Freiheitsbeschränkung wird nicht auf Ausländer und Staatenlose angewendet (Art. 53 Pkt. 6 UK RF). Und die Arbeitsauflagen dürfen bis zum 1. Januar 2014 nicht angeordnet werden.

Das Sanktionensystem muss über ein solches Arsenal an Sanktionen verfügen, das es erlaubt, eine ausgewogene und effektive strafrechtliche Politik gegen die Kriminalität durchzusetzen, wobei die Anwendung der Freiheitsstrafe aufgrund der Verhängung anderer strafrechtlichen Sanktionen verringert werden muss¹².

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass das Sanktionensystem im Strafkodex der Russischen Föderation optimiert werden und in Übereinstimmung mit dem Vertrag von Lissabon gebracht werden muss, der die Mindeststandards für die Arten und Maßnahmen der strafrechtlichen Bestrafung bei bestimmten Straftaten enthält und auf die schrittweise Angleichung der Sanktionensysteme der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gerichtet ist¹³.

¹² Vgl. *Chomič V. M.* [Хомич В. М.], Об оптимизации системы уголовных санкций и их применения // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке [Über die Optimierung des Sanktionensystems und der Strafanwendung], in: Материалы 7-й Международной научно-практической конференции [Materialien der VII. Internationalen Strafrechtskonferenz], Moskau 2010, S. 226.

¹³ Vgl. *Chamkova D.* [Хамкова Д.], Политика уголовных наказаний и процессы глобализации [Die Politik der strafrechtlichen Bestrafung und Globalisierungsprozesse], in: Научные основы уголовного права и процессы глобализации. Материалы V Российского Конгресса уголовного права [Wissenschaftliche Grundlagen des Strafrechts und Globalisierungsprozesse. Materialien des V. Gesamtrussischen Strafrechtskongresses], Moskau 2010, S. 426, 428.

Общественное сознание и преступность

И. М. Мацкевич, доктор юридических наук, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, Президент Союза криминалистов и криминологов, Россия

Общественное сознание – это духовная жизнь общества, выражающаяся в совокупности чувств, настроений, взглядов о добре и зле, идей, теорий, с одной стороны отражающих общественное бытие, а, с другой стороны, опосредованно и непосредственно влияющих на него. При этом, несмотря на то, что в общественном сознании индивидуальность, особенности личности, как бы усредняются и растворяются, общественное сознание объективно отображает противоречивые интересы различных групп людей, представления различных социальных слоев населения, общества в целом и каждой личности в отдельности.

И как это ни странно звучит, имея в виду разнообразие личностей, общественное сознание дает некое среднее восприятие действительности со стороны довольно значительной массы людей, объединенной по самым разнообразным субъективным критериям на:

- а) крупные массы (по национальности, расовой принадлежности, религии, членстве в партии);
- б) мелкие и даже незначительные массы (объединения спортивных болельщиков, объединения небольших партий любителей рыбалки, борцов за трезвый образ жизни и т.п.).

Таким образом, общественное сознание применительно к теме настоящей работы интересует нас, прежде всего, как некая совокупность многоплановых духовных явлений, отражающих все сферы жизни общества и богатство индивидуальной жизни человека. Надо отдавать себе отчет, что любые попытки структурирования общественного сознания условны, но могут быть приемлемы для более детального исследования особенностей его проявления.

Одним из первых, как считается, в содержательном плане об общественном сознании в работе *Phänomenologie des Geistes* (Феноменология духа) сказал Георг Вильгельм Фридрих Гегель который, впрочем, употреблял иное понятие – понятие Абсолютного Духа. Карл Маркс в работе «К критике политической экономии»¹ заявил, что «Не сознание людей определяет их бытие, а, наоборот, их общественное бытие определяет их сознание». Термин Сознание, так неосторожно оброненный Марксом, вскоре был трансформирован в термин Общественное сознание и введен в научный оборот

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения, т. 13. С. 491.

А. А. Богдановым,² а затем творчески развит В. И. Лениным, который утверждал: «Общественное бытие и общественное сознание не тождественны, – совершенно точно так же, как не тождественно бытие вообще и сознание вообще».³ Похожий, но имеющий некоторую смысловую специфику термин – массовое сознание (от фр. *conscience collective* – массовое сознание), который иногда переводится на русский язык, как общественное сознание встречается у знаменитого криминолога Эмиля Дюркгейма. Карл Густав Юнг применял термин коллективное бессознательное, которое, по его мнению, наследуется.⁴ С точки зрения развития современной науки все это и есть Общественное сознание.

Сознание является исключительным свойством личного бытия. В то же время многочисленные примеры, так называемых, детей-маугли, воспитанных животными, которые не могли после определенного периода времени пребывания в дикой среде, стать полноценными людьми, доказывают, что сознание не возникает у человека само по себе. Оно, несомненно, как и сам человек, (лат. *homo sapiens* – человек разумный) является общественным продуктом. Подтверждается это и обратным примером, когда дети, от рождения слепые и глухие, благодаря воздействию общественных процессов (активного вмешательства в их жизнь людей) учились понимать окружающий мир и даже становились вполне полноценными членами общества. Следовательно, общественное сознание с одной стороны складывается из сознания индивидуумов, а с другой стороны, функционирует вполне самостоятельно и может влиять на развитие тех или иных общественных процессов.

Парадокс заключается в том, что, несмотря на то, что личность силой своего мышления способна модифицировать собственное сознание, известные в истории попытки построить свое бытие как совершенно независимое от общества всегда приводили к полным провалам и человеческим трагедиям. Не случайно самым жестоким наказанием считается наказание одиночеством.

Для нас наиболее интересной, в данном случае, является криминальная форма общественного сознания. Изучение противоречивых процессов взаимодействия, взаимовлияния и даже взаимоуничтожения криминального и общественного сознания представляется весьма любопытным. При этом необходимо акцентировать внимание на следу-

² *Богданов Александр Александрович*, настоящая фамилия — Малиновский; другие псевдонимы – Вернер, Максимов, Рядовой. Политический деятель, учёный-естествоиспытатель. Член партии большевиков, глава группы «Вперед», организатор партийных школ в Болонье и на Капри. После октябрьской революции 1917 г. занимался активной пропагандистской деятельностью. Предложил идею создания новой науки – тектологии, начал развивать основы будущей кибернетики. В 1926 г. организовал, и впоследствии стал директором первого в мире Института переливания крови. Погиб, производя на себе опыт.

³ *Ленин В. И.* Материализм и эмпириокритицизм. – Полн. собр. соч., т. 18, С. 343.

⁴ *Карл Густав Юнг.* Аналитическая психология. М., 1997. С. 72.

ющем тезисе – общественное сознание может не только складываться из собственных форм, но и резко конкурировать с ними.

Криминальное общественное сознание, как и общественное сознание в целом, есть сложившаяся данность, которая представляет собой специфические анти-культурные воззрения индивидуумов, вовлеченных в криминальные отношения, их влияние на окружающую действительность, способы и виды выживания в этой действительности. Сама действительность для них представляется в двух непересекающихся измерениях, во-первых, так называемая, другая действительность, т. е. действительность, от которой криминальный индивидуум оторван (действительность правопослушной части общества), и, во-вторых, реальная (криминальная) действительность, в которой он живет и из обычаев и правил поведения которой складывается его собственное сознание, а через его сознание складывается криминальное сознание.

Одним из центральных элементов криминального общественного сознания является преступность. Преступность представляет собой специфическое социально-негативное явление, которое развивается по собственным внутренним законам, приспособляется к новым общественным реалиям, на которые, в свою очередь, она оказывает непосредственное влияние, в том числе через криминальное общественное сознание, как форму общественного сознания. Следовательно, криминальное общественное сознание представляет собой сложную двуединую форму, символизирующую двуликого Януса. (Как известно в римской мифологии двуликий Янус означал божество, символизирующее вход и выход, начало начал. Позже стал изображаться в виде человека с двумя лицами, одно из которых обращено в прошлое, другое – в будущее. Иногда Янус неверно олицетворяется с понятием лицемерного человека). При этом криминальное общественное сознание находится в сложных противоречивых отношениях с общественным сознанием (не только как часть и целое). Эти противоречия не только никогда не разрешаются, но с каждым годом становятся все более сложными и запутанными. Рискнем предположить, что они не разрешимы. Впрочем, противоречия толкают вперед развитие общества, и их сложность и даже не разрешимость еще не означают краха общества. Часто бывает наоборот, общество выходит из создаваемых им же противоречий более окрепшим и развитым. Сложность современного автомобиля Mercedes-Benz, напичканного электроникой, не мешает развивать ему скорость более, чем в 200 км. в час. Также и противоречия между криминальным общественным сознанием и общественным сознанием далеко не всегда приводят к социальным взрывам и потрясениям. Не из решения ли таких противоречий сложилось современное западное (наиболее цивилизованное и передовое на сегодняшний день, хотя и с известными оговорками) общество? Вспомним, что многие элементы поп-культуры совсем недавно отторгались общественным сознанием, как анти-культурные. Впрочем, бывали и обратные примеры, когда криминальное общественное сознание давило над общественным сознанием, следствием чего стало установление в ряде европейских стран

в начале и середине прошлого века диктаторских режимов. Можно с определенной оговоркой сказать, что в этих случаях криминальное сознание преодолело общественное сознание и слилось с ним. Произошло глобальное противоречие между общественным и криминальным сознанием, которое разрешилось только началом новой мировой войны, суть которой тоже была довольно неясной, поскольку в какой-то момент в столкновение вступили два наиболее жестоких диктатора – Гитлер и Сталин, которые управляли государствами преступными методами. Другими словами столкнулись два полярных криминальных сознания. Следовательно, не только общественное сознание по своей сути неоднородно, но и его такая разновидность, как криминальное сознание – тоже неоднородно.

Главная проблема заключается в том, что общественное сознание может влиять на криминальное сознание, как в позитивном, так и в негативном смысле. Впрочем, как уже говорилось, бывает и наоборот. При этом если ранее общественное сознание, формировалось под государственным властным контролем и беззастенчиво внедрялось посредством государственного аппарата (понятно, что и сейчас во многом общественное сознание – плод государственной политики), то сегодня аппарат внедрения криминального сознания не уступает государственному, а нередко просто использует государственные возможности. Как еще иначе объяснить засилье фильмов, публикаций, театральных постановок, связанных с криминальными проявлениями? Не секрет, что детектив, как жанр художественной литературы, является самым востребованным на рынке книжной продукции.

Следовательно, общественное сознание проявляется в общественном мнении, которое формируется индивидуумами, через различные средства передачи массовой информации. Общественное мнение является важнейшей формой выражения общественного сознания. Общественное мнение позволяет объективировать общественное сознание. В свою очередь общественное мнение является составной частью современного информационного пространства. Общественное мнение состоит из множества мнений индивидуумов, но, как и общественное сознание, не только не сводится к ним, но довольно часто является противоположным им. Особенно если поставлена задача людьми, облеченными властью, сформировать определенное общественное сознание, что всегда приводит к протестному мышлению наиболее передовой и активной части населения. При этом общественное мнение, также как и общественное сознание, давит над мнением индивидуума, которому трудно, во всяком случае, в течение длительного времени, противопоставлять себя не согласной с ним части населения, проживающего рядом с ним. Таким образом, общественное мнение является качественно новой формой общественного сознания.

В современном мире о собственном общественном мнении люди узнают из масс-медиа. Зачастую под давлением масс-медиа люди отказываются от собственных оценок, противоречат сами себе, идут даже не на компромисс, а на полный отказ от собственной позиции, и при этом

не замечают этого. При этом, так называемый, рейтинг⁵ (от англ. rating – числовой или порядковый показатель) публикаций и телевизионных передач считается единственной объективной оценкой истинности такого общественного мнения. И перед началом первой мировой войны, и перед второй мировой войной общественным мнением прямо манипулировали люди, стоявшие во главе государств. В век информационных технологий сегодня ничего в этом плане не изменилось. Политические лидеры откровенно и беззастенчиво манипулируют общественным мнением, а через него и общественным сознанием.

Криминальное общественное сознание также манипулирует общественным сознанием, и через него его носители вновь стремятся захватить власть. При этом наученные горьким опытом они не хотят быть во главе власти, они хотят манипулировать действиями власти посредством влияния криминального сознания на общественное сознание.

Картина общественного мнения, созданная на основе субъективных рейтингов, методика составления которых мало того, что крайне сомнительна, но и почти всегда подстраивается под необходимый результат, внедряется в сознание индивидуумов, являющихся в своем большинстве представителями обывательских слоев населения. Интересно, что в русском языке термин обыватель, имевший первоначальное значение человека, как правило, живущего постоянно на одном и том же месте, не склонного к переездам и каким-либо другим переменам, сейчас приобрел другое звучание. Обывателями называют людей с ограниченным кругозором, инертными, лишёнными инициативы, мешающими общественному прогрессу. Практически слово обыватель превратилось в уничижительное для человека. Но эти обыватели, в свою очередь, составляют большинство населения. При этом как большинство населения они справедливо полагают, что выражают не только общественное мнение, но и представляют собой истинное общественное сознание. Более того, такое неактивное большинство наивно полагает, что оно является носителем моральной истины, забывая, что носителем моральной истины является меньшинство. Большинство следует установленным правилам, не всегда отражающим меняющееся положение дел в обществе. Проблема заключается в том, что обыватели неоднородны, и их индивидуальное сознание весьма неустойчиво, хотя степень внушаемости со стороны общественного сознания крайне велика. При этом индивидуум с одной стороны может лично ознакомиться только с мнением другого человека, а с другой стороны находится под прямым прессингом общественного мнения, навязываемого ему масс-медиа.

⁵ Рейтинг – метод расчета относительной силы игроков в играх, в которых участвуют двое и более человек. Впервые был применен советскими шахматистами в виде индивидуальных коэффициентов (С. Зефирова и Л. Абрамова). На официальном уровне рейтинг предложил применять к шахматам американский физик венгерского происхождения, профессор Арпал Эло. В настоящее время применяется практически повсеместно в спорте, а также в политике, шоу-бизнесе, образовании, масс-медиа и т. д.

Общественное мнение и мнение масс-медиа о преступности в основном совпадают. И это не случайно. Но и то и другое совершенно не соответствуют реальной преступности, особенно в том ее виде, в котором она фиксируется в уголовной статистике и криминологических исследованиях. С ростом числа сообщений о преступности у общественности растет ощущение засилья преступности. Причем, уголовная хроника, распространяемая масс-медиа, не основывается на уголовной статистике, поэтому ощущение такой угрозы не отвечает объективному положению дел. Фантазии о тяжких преступлениях – самый распространенный феномен нашего времени: он встречается в детективных телефильмах и романах, в судебной хронике и новостных передачах. Страшно сказать, но фактами преступлений пользуются в развлекательных целях. Идет ли речь о судьях, обычном населении, подростках или взрослых людях, представителях низших, средних или высших слоев населения, в любом случае насильственные преступления оцениваются как тяжкие и угрожающие. Фантастическое изображение преступности вызывает соответствующее настроение в обществе.⁶

Например, анализ представлений респондентов о состоянии преступности в стране показывает, что 2/3 из них оценивают ее как неблагоприятное, в том числе: как ухудшающееся – 38,9%, катастрофическое, угрожающее самому существованию государства – 26,0%. По мнению двух из трех опрошенных граждан России, существует реальная опасность криминального заражения общества, а каждый пятый считает, что этот процесс уже приобрел необратимый характер. Надо сказать, что в данном случае общее настроение среди обывателей соответствует общему настроению криминологов. Но есть и существенные отличия. Так, в отличие от обывателей криминологи знают, что криминальная ситуация находится под контролем власти, криминологи понимают, что главную опасность для власти представляет не вся преступность, а только отдельные ее виды. Обыватели же боятся выходить на улицу из-за разгула несовершеннолетних хулиганов и приезжих рабочих из Средней Азии. И парадокс такой ситуации состоит в том, что уличная преступность, наводящая ужас на обывателей и представляющая для них реальную опасность, является существенной для власти, но по другим причинам. Из-за распространенности уличной преступности, под видом защиты граждан можно сделать более мощным и многочисленным штат полицейских. И так происходит не только в России, но и в других странах мира. Кстати, если в результате не сложных арифметических подсчетов рассчитать сколько, так называемых, «силовых» ведомств в России борется с преступностью (полиция, внутренние войска, служба исполнения наказаний, следственный комитет), то становится очевидным, что ресурсы страны направлены не на отражение внешней угрозы, а на отражение внутренней угрозы, под которой

⁶ Ганс Йоахим Шнайдер. Криминология. М., Прогресс. 1994. С. 103. (von Hans Joachim Schneider. Kriminologie).

понимается та самая ужасная преступность, общественное мнение о которой в самом крайнем его выражении сформировано у обывателей, которое, в свою очередь, трансформировано в общественное негативное сознание.

Разумеется, принижать значение проблемы преступности не только нельзя, но и крайне губительно. Проблема заключается в том, что из крайности абсолютного игнорирования этой темы в советское время (между прочим, при том, что преступность действительно была на невысоком уровне, а ее наиболее опасные проявления для населения, связанные, в том числе, с уличной преступностью, в крупных городах не имели существенного значения для обывателя), сегодня масс-медиа впали в другую крайность, так характерную для российского общественного сознания (только вчера громадная партия коммунистов убеждала остальную часть населения в неизбежности наступления на земле эры бесконечного счастья и в такой же неизбежности краха капитализма, а сейчас они же посредством других партий убеждают в необходимости и неизбежности капиталистических отношений и абсолютной невозможности построения коммунистического рая), в крайность преувеличения проблемы. Криминальные события являются главными и определяющими в большинстве структур масс-медиа.

Надо сказать, что в последние годы значимость проблемы негативных эффектов масс-медиа неоднократно подчеркивалось не только отечественными, но и зарубежными учеными. Специалисты в области криминологии, социологии, социальной психологии и педагогики все-речь обеспокоены тем разрушительным, деформирующим влиянием на общественное сознание, нравственно-психологический климат в обществе, которое оказывают масс-медиа в сочетании с другими неблагоприятными факторами. Уже в начале 1994 года участники Международного семинара в Москве «За честный бизнес» ученые, практические работники правоохранительных и иных государственных органов, служащие ведомственных и частных служб безопасности, предприниматели отметили данное обстоятельство в официальном обращении к высшим органам власти Российской Федерации. Тогда в числе опасных для интересов народов России явлений были выделены: пропаганда масс-медиа насилия, вседозволенности, реклама криминальных услуг, под видом деятельности благородных бандитов. Вспомним, как начинается самый знаменитый криминальный фильм – «Крестный отец». К дону Корлеоне приходит несчастный отец и жалуется, что его дочь была изнасилована, а преступники, благодаря бездействию полиции, даже не были наказаны. И дон Корлеоне милостиво обещает ему свое покровительство. Более того, он пеняет отцу, что тот сначала обратился в полицию, а не пошел к нему сразу. Состоялся примечательный диалог, который приводится здесь по книге. Говорит дон Корлеоне: «Почему ты боялся довериться мне первому? Ты идешь в суд и ожидаешь месяцами. Ты тратишь деньги на адвокатов, которым прекрасно известно, что ты останешься в дураках. Ты выслушиваешь приговор судьи, который продает себя, как последняя уличная девка. Много лет назад, когда

ты нуждался в деньгах, ты пошел в банк и заплатил разрушительные проценты, словно нищий стоял ты со шляпой в руках, а они обнюхивали тебя со всех сторон и совали носы в твой зад, чтобы выяснить, сможешь ли ты возратить им долг», – дон остановился, голос его стал жестче: «А приди ты ко мне, мой кошелек стал бы твоим. Приди ты ко мне за справедливостью, мерзавцы, которые изничтожили твою дочь, плакали бы сегодня горькими слезами. Если бы по какой-то непонятной причине столь честный и порядочный человек, как ты, нажил бы себе врагов, они стали бы моими врагами». Босс мафии предстает в исключительно позитивном виде. Не случайно именно за это справедливо критиковали автора романа Марио Пьюзо.

Значение масс-медиа определяется следующим воздействием на общество:

- 1) это источник определений, которыми в дальнейшем оперирует общество;
- 2) это средство формирования социальной реальности;
- 3) это важнейший посредник между событиями и потребителями информации;
- 4) это фактор, способствующий приобретению известности (фабрика по производству народных кумиров);
- 5) это источник и средство распространения информации, необходимой для функционирования важнейших социальных институтов.⁷

По объему, роли и значению влияния на общество главными видами масс-медиа является телевидение, радио, печать и Интернет. Именно на эти масс-медиа ориентируется сегодня аудитория обывателей.

Но опасность ситуации заключается в том, что масс-медиа не только и даже не столько отражает события, во всяком случае применительно к криминальным проявлениям, сколько формирует общественное мнение о них. Легендарный израильский разведчик Элизер (Гейзи) Цафир, утверждает, и, видимо, небезосновательно, что огромную роль в происходящих на Ближнем Востоке бесконечных, так называемых, революциях сыграл и продолжает играть телеканал «Аль-Джазира». По мнению Цафира, «Аль-Джазира» не освещает события, он их создает!⁸

Кстати, существенную роль в подрыве основ экономической мощи Советского Союза сыграли зарубежные масс-медиа, особенно радиостанции Голос Америка, Свобода и Свободная Европа. Вместо того, чтобы научиться противопоставлять контр-доводы высказываемой в адрес Советского Союза критике, руководители сверхдержавы пытались их заглушить воздействием специальных радиотрансляторов, тратя на это огромные деньги, и постоянно проигрывая в идеологиче-

⁷ Назаров М. М. Массовая коммуникация в современном мире: методика анализа и практика исследований. М., 2000. С. 7.

⁸ Совершенно секретно, 2011, № 3. С. 7.

ском споре с западными странами, которым удалось среди своих обывателей сформировать общественное мнение даже не о стране, а обо всех ее гражданах, как источнике зла. Один из робких доводов советских граждан, что, зато у нас нет преступности, уже не имел сколько-нибудь серьезного значения, хотя это была правда. Обыватели, гулявшие ночью по Москве в 1970–1980е годы, теперь не узнают свой город, полный криминальных опасностей.

Сегодня общественное сознание находится под тяжелым гнетом одной из форм собственного проявления, – криминального сознания. Общество проигрывает в идеологическом споре представителям криминального мира. Криминальное общественное сознание как форма общественного сознания постепенно начинает носить характер его содержания. Криминологи бьют тревогу, когда утверждают, что в правосознании граждан происходят необратимые перемены, связанные с девальвацией в общественном сознании социальной ценности законности, правопорядка и авторитета государственной власти. Постоянное насаждение идеи о мощи и невозможности борьбы с криминальными проявлениями, связанная с этим массивная атака на общественное сознание граждан, не только подрывают желание населения участвовать в общественных формах охраны правопорядка (на чем, основаны многие зарубежные системы противодействия преступности, да и опыт советских Добровольных народных дружин представляется недооцененным)⁹, но и вообще веру людей в возможность оказания какого бы то ни было сопротивления преступникам. Представителями криминального мира через насаждение криминального сознания внушена идея, которая сегодня является едва ли не определяющей в головах обывателей, о поступательном процессе криминализации общественного сознания, который носит труднопреодолимый, а отчасти и необратимый характер. Данный процесс связан с криминальной деформацией ценностно-нормативной системы общества, размыванием социально позитивных ценностей, установок, стереотипов поведения, нравственных идеалов людей. Он сопровождается широким распространением среди законопослушных слоев населения антиобщественных взглядов, представлений и установок допускающих, оправдывающих, поощряющих, либо открыто провоцирующих нарушения уголовно-правовых запретов. В общественном мнении культивируются ценности и нормы криминальной среды, стереотипы правонарушающего, в том числе преступного поведения, якобы оправданного материальными, моральными, социальными, экономическими, политическими и иными соображениями. В массовую культуру, повседневный обиход внедряются элементы криминальной антикультуры, такие, например, как, специфические для пенитенциарных

⁹ Клочкова А. В., Пристанская О. В. Информационные предпосылки криминализации общественного сознания. Вестник МГУ имени М. В. Ломоносова, серия «Право», 1999 г., № 1.

учреждений, жаргон, способы коммуникации и разрешения конфликтов, блатное песенное и художественное творчество.¹⁰

Таким образом, общественное сознание не отражает реальную картину преступности, складывающуюся в конкретный исторический отрезок времени на конкретной территории. Представляемая угроза преступности, как правило, либо завышена, либо занижена. Происходит это из-за манипулирования общественным сознанием со стороны масс-медиа, которые, в свою очередь, действуют по поручению людей из числа правящей элиты. Действительная оценка преступности может быть получена, если проанализировать ответы обывателей и представителей криминального мира на несколько вопросов. В этом случае общественное сознание будет прямо коррелировать с криминальным сознанием.

Вот эти вопросы:

1. Как люди (обыватели) оценивают преступность?
2. Как они предлагают бороться с преступностью?
3. Что делать с преступниками?
4. Как преступники оценивают общество?
5. В чем преступники видят свою цель?

Не претендуя на истину в последней инстанции, хотелось бы представить собственный вариант ответов на поставленные вопросы.

1. Люди оценивают преступность исключительно с негативной точки зрения, навязываемой ему государством, которое в законодательном плане объявляет определенные действия вредными для общества, а лиц, их совершивших, – преступниками, которых следует, безусловно, наказать. При этом, во многих случаях, что объявлять преступным, а что нет, решается произвольно, в зависимости от предпочтений людей, стоящих у власти. Кроме того, как правило, люди преувеличивают негативную оценку преступности, поскольку ее образ складывается у них на основании информации, распространяемой масс-медиа, которой также манипулируют люди, стоящие у власти. Это первое противоречие общественного сознания и преступности.
2. Люди предлагают бороться с преступностью самыми радикальными средствами. Не секрет, что даже в тех странах, в которых смертная казнь отменена, большинство населения (обыватели) были бы не прочь ее восстановить. Многие из граждан, ставшие жертвами преступников, склонны к самосуду. Кстати, часто художественные произведения это приветствуют. Показательным в этом плане было дело Виталия Калоева, у которого в результате ошибки швейцарского авиадиспетчера Питера Нильсона, когда столкнулись пассажирский и военно-транспортный

¹⁰ Клочкова А. В., *Пристанская О. В.* Указ. соч. Вестник МГУ имени М. В. Ломоносова, серия «Право», 1999 г., № 1.

самолет, погибла жена и дети. Калоев, не довольный мягкостью приговора авиадиспетчеру, пришел к нему домой и убил его. Отбыв наказание и вернувшись домой, он был встречен едва ли не как национальный герой.¹¹ При этом обывателей не интересует судьба преступников и то, как они ими стали. Они не понимают и не хотят понимать всю сложность механизма преступного поведения, приводящего человека на скамью подсудимых. Они забывают, что до момента совершения преступления, это были такие же обыватели, как и они. Это второе противоречие общественного сознания и преступности.

3. Люди считают преступников своими врагами, и требуют, чтобы их изолировали от них. Вопрос только заключается в том, куда их изолировать, поскольку, даже находясь в местах изоляции, они все равно остаются членами общества, и в большинстве случаев возвращаются в общество, не переставая оставаться его врагами. Это третье противоречие общественного сознания и преступности.
4. Преступники полагают, что общество построено на принципах подавления сильным слабого, на корыстных устремлениях, на собственном выживании за счет другого. Они считают современное общество не справедливым. Обывателей, составляющих большинство этого общества, они провозглашают лицемерами. Отсюда исключительно негативное отношение, как к самому несправедливому обществу, так и к его представителям. Наиболее совершенное в плане справедливости и честности взаимоотношений между собственными членами, по их мнению, криминальное сообщество. Следовательно, общественное сознание не может правильно воспринимать преступность. Это четвертое противоречие общественного сознания и преступности.
5. При всем своем противостоянии обществу и общественному мнению, преступники не могут существовать без них. Преступникам не безразлично, что о них говорят, что о них пишут, какой образ о них складывается на телевидении. И если раньше наблюдалась показанная бравада по этому поводу (нам все равно, что о нас говорят, все равно общество лицемерно, и только между

¹¹ Примечательно, как об этом рассказывали журналисты. Вот характерный пример одной из многочисленных публикаций. «В аэропорту Калоева встречали с цветами. Один знакомый говорит: «Погляди, тут давно никогда не было столько людей. Многим пришлось отпрашиваться с работы, чтобы встретить этого мужественного человека. Мне тоже хочется увидеть Виталия и, если получится, пожать ему руку. Просто пожать, без всяких слов». «Ты тоже считаешь Калоева героем?» – спрашиваю его. «Нет, никакой он не герой. Но осуждать его за содеянное – не стоит. И дело тут ни в каких-то устаревших законах кровной мести. Виталий долго и терпеливо искал правды, но его усилия разбивались о глухую стену. Его просто вынудили пойти на такие крайние меры. Но в борьбе за справедливость он пошел до конца. И я его понимаю. А тот, кто осуждает его, пусть поставит себя на его место!»

собой мы честны и справедливы), то сейчас они активно пропагандируют криминальные отношения, доказывают, что настоящие преступники – это продажные чиновники, а они – доблестные робингуды, отнимающие в силу своих сил и возможностей несправедливо отобранное у простых людей. Не случайно в обывательское сознание так настойчиво вбивается, так называемая, криминальная субкультура, которую следует называть криминальной антикультурой. Поэтому, в том числе, криминальное сознание все менее противоречит общественному сознанию. И это пятое противоречие общественного сознания и преступности, потому что общественное сознание не может лояльно относиться к преступности.

Gesellschaftliches Bewusstsein und Kriminalität¹

Professor Igor Matskevich, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Professor am Lehrstuhl für Kriminologie und Strafvollzugsrecht an der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin-Universität, Präsident des Verbandes der Kriminalisten und Kriminologen (Russland)

Der Begriff gesellschaftliches Bewusstsein bezeichnet das geistige Leben einer Gesellschaft als Gesamtheit der Gefühle, der Gesinnungen, des Verständnisses von Gut und Böse, der Ideen und Theorien, die einerseits das gesellschaftliche Sein widerspiegeln und dieses andererseits unmittelbar oder mittelbar beeinflussen.

Obwohl im gesellschaftlichen Bewusstsein die Individualität und die persönlichen Besonderheiten neutralisiert werden und sich quasi auflösen, bildet es ein objektives Äquivalent für die widerstrebenden Interessen unterschiedlicher Personengruppen, der Vorstellungen verschiedener Gesellschaftsschichten, der Gesellschaft im Ganzen und eines jeden Individuums. Auch wenn es seltsam klingen mag, indem das gesellschaftliche Bewusstsein die Vielfalt von Individuen umfasst, vermittelt es den Gesamteindruck der Wirklichkeitsvorstellungen einer relativ großen Anzahl von Menschen, die durch bestimmte subjektive Kriterien miteinander verbunden sind und zwar in:

- a. großen Gruppen (z. B. aufgrund der Nationalität, Volkszugehörigkeit, Religion oder Parteizugehörigkeit);
- b. kleinen und sogar nur wenig ins Gewicht fallenden Gruppen (Vereinigungen von Sportfans, Anglern oder Freunden des nüchternen Lebensstils usw.).

Gegenstand dieser Arbeit ist somit das gesellschaftliche Bewusstsein als Gesamtheit vielschichtiger geistiger Erscheinungen, die alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens und den Reichtum des individuellen Lebens abdecken. Dabei muss man sich darüber im Klaren sein, dass jegliche Versuche, das gesellschaftliche Bewusstsein zu strukturieren, nur einen hypothetischen Charakter haben können; sie sind aber hilfreich, um die Besonderheiten dieses Phänomens etwas detaillierter zu erforschen.

Soweit ersichtlich, hat sich Georg Wilhelm Friedrich Hegel in seinem Werk „Phänomenologie des Geistes“ als Erster zum Inhalt des gesellschaftlichen Bewusstseins geäußert. Allerdings verwendete er einen anderen Begriff, nämlich den des „Absoluten Geistes“. Karl Marx behauptete in seiner Arbeit „Zur Kritik der politischen Ökonomie“²: „Es ist nicht das Bewusstsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewusstsein bestimmt“. Der Terminus „Bewusstsein“, den Marx

¹ Übersetzung von Dr. Pavel Golovnenkov, Universität Potsdam.

² *Karl Marx, Friedrich Engels, Werke [Сочинения], Band 13, S. 491.*

so beiläufig benutzte, wurde bald darauf, in den Begriff „Gesellschaftliches Bewusstsein“ transformiert, von A. A. Bogdanov³ in den wissenschaftlichen Diskurs eingeführt und von V. I. Lenin weiterentwickelt. Lenin behauptete: „Das gesellschaftliche Sein und das gesellschaftliche Bewusstsein sind nicht wesensgleich; sie sind genauso unterschiedlich, wie das allgemeine Sein und das allgemeine Bewusstsein“⁴. Einen ähnlichen Begriff, nämlich „Massenbewusstsein“ (nach franz. conscience collective), der allerdings über eine gewisse inhaltliche Spezifik verfügt und der zuweilen als „gesellschaftliches Bewusstsein“ [общественное сознание] ins Russische übersetzt wird, kann man in den Arbeiten des berühmten Kriminologen Émile Durkheim finden. Carl Gustav Jung hat dagegen den Terminus „Kollektives Unbewusstes“ verwendet und war von dessen Erblichkeit überzeugt⁵. Aus der Sicht der heutigen Wissenschaft ist damit das „Gesellschaftliche Bewusstsein“ gemeint.

Das Bewusstsein ist eine besondere Eigenschaft des individuellen Seins. Die zahlreiche Beispiele der sog. „MogliKinder“, die von Tieren aufgezogen wurden und nach einer bestimmten Zeit in der Wildnis unfähig waren, in der Gesellschaft von Menschen Anschluss zu finden („vollwertige“ Menschen zu werden), zeigen, dass das Bewusstsein des Menschen nicht aus sich heraus entsteht. Das Bewusstsein ist – wie im Übrigen der Mensch selbst (wie es die Bezeichnung Homo sapiens, einsichtsfähiger bzw. weiser Mensch zum Ausdruck bringt) – das Produkt der Gesellschaft. Diese Feststellung belegt auch das umgekehrte Beispiel. So lernen Kinder, die von Geburt an taub und stumm sind, aufgrund der gesellschaftlichen Einflüsse (d. h. durch aktive Beeinflussung ihres Lebens durch andere Menschen) ihre Umwelt zu verstehen und werden dadurch zu vollwertigen Mitgliedern der Gesellschaft. Das gesellschaftliche Bewusstsein besteht also einerseits aus dem Bewusstsein der Individuen, es funktioniert andererseits aber durchaus selbständig und kann die Entwicklung der gesellschaftlichen Prozesse beeinflussen.

Das Paradoxe daran ist, dass obgleich ein Individuum imstande ist, kraft eigener Denkprozesse sein Bewusstsein zu modifizieren, die in der Geschichte bekannten Versuche, eigenes Sein völlig unabhängig von der Gesellschaft zu gestalten, stets zu Misserfolgen und menschlichen Tragödien geführt haben. Nicht umsonst gilt die Einsamkeit als eine der grausamsten Strafen.

³ *Bogdanov Aleksandr Aleksandrovič* (echter Name: Malinowski) ist auch bekannt unter anderen Pseudonymen, wie Werner, Maksimov, Râdovoj. Bogdanov war Politiker und Naturwissenschaftler. Er war Mitglied der Bolschiwiken-Partei, leitete die Gruppe „Vorwärts“ («Вперед») und organisierte Parteischulen in Bologna und auf Capri. Nach der Oktoberrevolution 1917 beschäftigte sich Bogdanov mit der Propagandatätigkeit. Von ihm stammte der Vorschlag, eine neue Wissenschaft sog. „Tektologie“ zu erschaffen; er begann zudem, die Grundlagen für die spätere Kybernetik zu entwickeln. Bogdanov organisierte 1926 das weltweit erste Institut für Bluttransfusion, das er später auch leitete. Bogdanov ist bei einem Selbstversuch ums Leben gekommen.

⁴ *V. I. Lenin*, Materialismus und Empiriokritizismus [Материализм и эмпириокритицизм], Gesammelte Werke, Band 18, S. 343.

⁵ *Carl Gustav Jung*, Analytische Psychologie [Аналитическая психология], Moskau 1997, S. 72.

In unserem Zusammenhang ist die Form des kriminellen gesellschaftlichen Bewusstseins von besonderem Interesse, wobei die Untersuchung der widersprüchlichen Prozesse des Zusammenspiels, der gegenseitigen Beeinflussung und sogar der gegenseitigen Vernichtung des kriminellen und des gesellschaftlichen Bewusstseins faszinierend erscheint. Die Aufmerksamkeit ist dabei auf die folgende These zu konzentrieren: Das gesellschaftliche Bewusstsein kann nicht nur in besonderen Formen ausgeprägt sein, sondern die einzelnen Formen können auch in einer deutlichen Konkurrenz zu einander stehen.

Das kriminelle gesellschaftliche Bewusstsein als eine solche Form, wie im Übrigen auch das gesellschaftliche Bewusstsein im Ganzen, ist eine Gegebenheit, welche die spezifischen antikulturnen Anschauungen der – an den kriminellen Prozessen beteiligten – Individuen über die sie umgebende Wirklichkeit und die Methoden und Arten des eigenen Existierens in dieser Wirklichkeit widerspiegelt. Die Realität stellt sich für diese Individuen in zwei unterschiedlichen Dimensionen, die sich gegenseitig nicht berühren, dar. Eine Dimension ist die so genannte „andere“ Wirklichkeit, d.h. die Realität, von der das kriminelle Individuum isoliert ist (die Wirklichkeit des gesetzestreuen Teils der Gesellschaft); die andere Dimension ist die reale (kriminelle) Wirklichkeit, in der dieses Individuum lebt und aus deren Bräuchen und Verhaltensregeln sich sein eigenes Bewusstsein entwickelt. Dabei wird über sein eigenes Bewusstsein das kriminelle gesellschaftliche Bewusstsein gebildet.

Eines der zentralen Elemente des kriminellen gesellschaftlichen Bewusstseins ist die Kriminalität. Sie ist eine spezifische sozialnegative Erscheinung, die sich nach eigenen internen Regeln entwickelt und sich an neue gesellschaftliche Realitäten anpasst. Auf diese Realitäten übt die Kriminalität ihrerseits einen unmittelbaren Einfluss aus, und zwar auch durch das kriminelle gesellschaftliche Bewusstsein als eine Form des gesellschaftlichen Bewusstseins. Das kriminelle gesellschaftliche Bewusstsein ist also eine komplizierte Erscheinung, die – dem doppelgesichtigen Janus vergleichbar – in sich diese beiden Umstände vereinigt. Bekanntlich hatte Janus in der römischen Mythologie die Bedeutung einer Gottheit, die den Eingang und Ausgang, den Urbeginn symbolisiert. Später wurde Janus als ein Mensch mit zwei Gesichtern abgebildet, wobei ein Gesicht in die Vergangenheit und das andere in die Zukunft blickt. Janus ist also nicht – wie zum Teil fälschlicherweise behauptet wird – das Sinnbild des heuchlerischen Menschen.

Das Verhältnis des kriminellen gesellschaftlichen Bewusstseins und des gesellschaftlichen Bewusstseins ist somit gegenläufig und kompliziert. Die aus der wechselseitigen Beeinflussung entstehenden Widersprüche wurden nicht nur niemals gelöst, sondern sie werden immer komplizierter und verworrener. Ich halte sie sogar für unlösbar. Allerdings bringen diese Widersprüche die Entwicklung der Gesellschaft auch voran und die Komplexität und sogar Unlösbarkeit der Probleme bedeuten keineswegs den Untergang der Gesellschaft. Des Öfteren ist gerade das Gegenteil der Fall: Die Gesellschaft tritt aus den von ihr selbst hervorgebrachten Widersprüchen gestärkt und reifer hervor. Wie die Komplexität eines modernen Automobils der Marke

„Mercedes-Benz“, das mit Elektronik geradezu vollgepackt ist, es nicht hindert, eine Geschwindigkeit von mehr als 200 km/h zu entwickeln, führen die Widersprüche zwischen dem kriminellen gesellschaftlichen Bewusstsein und dem gesellschaftlichen Bewusstsein nicht notwendig zu sozialen Explosionen und Beben. Gerade aus der Lösung von Widersprüchen dürfte die westliche – mit gewissen Vorbehalten gegenwärtig zivilisierteste und fortschrittlichste – Gesellschaft entstanden sein. So wurden zahlreiche Elemente der Popkultur noch vor kurzem als kulturwidrig vom gesellschaftlichen Bewusstsein abgelehnt, heute prägen sie dieses jedoch positiv mit. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass es auch Gegenbeispiele gibt, in denen das kriminelle gesellschaftliche Bewusstsein das gesellschaftliche Bewusstsein unterdrückte. Die Folge war die Entstehung von Diktaturen in einer Reihe europäischer Länder am Anfang und in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts. Mit gewissen Einschränkungen kann man behaupten, dass in diesen Fällen das kriminelle Bewusstsein das gesellschaftliche Bewusstsein überwunden hat und mit ihm verschmolzen ist. Es entstand jedoch auf globaler Ebene ein Widerspruch zwischen dem gesellschaftlichen und dem kriminellen Bewusstsein, der zum Zweiten Weltkrieg führte und letztlich durch diesen gelöst wurde. Dabei war der Gegenstand dieses Krieges durchaus unklar, denn zu einem bestimmten Zeitpunkt standen sich zwei der grausamsten Diktatoren, Hitler und Stalin, gegenüber, die ihre Länder mit verbrecherischen Methoden regierten. Es trafen zwei konträre kriminelle Bewusstseinsformen aufeinander. Dies zeigt, dass nicht nur die Gegenstände des gesellschaftlichen Bewusstseins ungleichartig sein können, sondern dass auch das kriminelle Bewusstsein in unterschiedlichen Erscheinungsformen auftritt.

Das Hauptproblem besteht darin, dass das gesellschaftliche Bewusstsein das kriminelle Bewusstsein sowohl positiv als auch negativ beeinflussen kann. Allerdings ist – wie bereits erwähnt – umgekehrt eine Beeinflussung des gesellschaftlichen durch das kriminelle Bewusstsein ebenfalls möglich. Früher wurde das gesellschaftliche Bewusstsein unter der Kontrolle der Staatsmacht geformt und skrupellos durch den Staatsapparat verbreitet; aber auch heute ist das gesellschaftliche Bewusstsein in vielerlei Hinsicht das Produkt der Staatspolitik. Die Mittel zur Verbreitung des kriminellen Bewusstseins stehen den früheren Methoden des Staatsapparats nicht nach und nutzen zuweilen diesen schlicht aus. Anders dürfte die Übermacht der Filme, Publikationen und Theaterstücke, die das Thema der Kriminalität behandeln, nicht zu erklären sein. Jedenfalls hat sich der Kriminalroman zum populärsten Literaturgenre auf dem Buchmarkt entwickelt.

Das gesellschaftliche Bewusstsein manifestiert sich in der öffentlichen Meinung, die von Individuen in den verschiedenen Massenmedien geäußert wird. Die öffentliche Meinung ist die wichtigste Form der Äußerung des gesellschaftlichen Bewusstseins und objektiviert dieses. Die öffentliche Meinung als Bestandteil des modernen Informationsraumes besteht aus einer Vielzahl individueller Meinungen, ist aber – genauso wie das gesellschaftliche Bewusstsein – nicht nur diesem ungleich, sondern drückt sehr oft dessen Gegenteil aus. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Machthaber versuchen, ein bestimmtes gesellschaftliches Bewusstsein zu erschaffen. Dies

führt zu einem oppositionellen Denken der fortschrittlichsten und aktivsten Teile der Bevölkerung. Dabei unterdrückt die öffentliche Meinung – wie auch das gesellschaftliche Bewusstsein – die Meinung dieser Individuen, denen es zumindest auf Dauer schwer fällt, ihre Sicht der Auffassung der anderen Bevölkerungsteile, die von der öffentlichen Meinung geprägt wird, entgegenzusetzen. Die öffentliche Meinung stellt somit eine qualitativ neue Form des gesellschaftlichen Bewusstseins dar.

In der modernen Welt erfahren die Menschen die öffentliche Meinung aus den Massenmedien. Unter dem Einfluss der Massenmedien verzichten die Menschen zuweilen auf eine eigene Bewertung, akzeptieren widersprüchliche Meinungsäußerungen, lehnen Kompromisse ab und verzichten unter Umständen sogar gänzlich auf die Entwicklung einer eigenen Sicht, ohne dies überhaupt wahrzunehmen. Dabei gelten das sog. Rating⁶ (nach dem engl. rating – zahlmäßiger bzw. rangmäßiger Wert) der Publikationen oder die Einschaltquoten von Fernsehsendungen als einzige objektiven Bewertungen der Richtigkeit der öffentlichen Meinung. Sowohl vor dem Ersten als auch vor dem Zweiten Weltkrieg wurde die öffentliche Meinung direkt von den Menschen manipuliert, die an der Spitze der Staaten standen. Im modernen Jahrtausend der Informationstechnologien hat sich daran nicht sehr viel geändert. Die Politiker beeinflussen bisweilen unverhohlen und unverfroren die öffentliche Meinung und dadurch auch das gesellschaftliche Bewusstsein.

Die Träger des kriminellen gesellschaftlichen Bewusstseins manipulieren ebenfalls das gesellschaftliche Bewusstsein, um wieder an die Macht zu gelangen. Aus Vorgängen in der Vergangenheit haben sie gelernt, dass es sich nicht empfiehlt zu versuchen, an die Spitze der politischen Macht zu gelangen. Deshalb sind ihre Bestrebungen nun darauf gerichtet, die Handlungen der Machthaber mittels Beeinflussung des gesellschaftlichen Bewusstseins durch das kriminelle Bewusstsein zu manipulieren.

Das Erscheinungsbild der öffentlichen Meinung, das aufgrund der – äußerst zweifelhaften und fast immer ergebnisorientierten – subjektiven „Ratings“ zustande kommt, wird in das Bewusstsein der Individuen eingepflanzt, die in ihrer Mehrheit zu den Vertretern des Kleinbürgertums gehören. Bemerkenswert ist, dass in der russischen Sprache der Begriff „Kleinbürger“ [обыватель], der ursprünglich einen Menschen bezeichnete, der ständig an einem Ort wohnte, ungerne umzog oder keine Veränderungen mochte, heutzutage eine völlig andere Bedeutung erlangt hat. Als Kleinbürger werden Menschen bezeichnet, die eine begrenzte Intelligenz besitzen, träge sind, keine Initiative zeigen und die gesellschaftliche Entwicklung behindern. Praktisch ist das Wort Kleinbürger zu einer herabwürdigenden

⁶ Rating wurde als Methode zur Bewertung der relativen Kraft der Teilnehmer an Spielen, die von zwei oder mehr Personen betrieben werden. Ursprünglich wurde diese Methode von sowjetischen Schachspielern in Form der Individualkoeffizienten angewendet (S. Zefirov und L. Abramov). Der aus Ungarn stammende amerikanische Physiker Professor Arpad Elo schlug vor, diese Methode offiziell im Schach anzuwenden. Heutzutage werden Ratings praktisch überall im Sport, in der Politik, in der Unterhaltungsindustrie, in der Bildung, in den Massenmedien usw. durchgeführt.

Bezeichnung geworden. Dabei machen diese Kleinbürger die Mehrheit der Bevölkerung aus. Als Bevölkerungsmehrheit nehmen diese Menschen an, dass sie nicht nur die öffentliche Meinung äußern, sondern das wahre gesellschaftliche Bewusstsein darstellen. Darüber hinaus meint diese passive Mehrheit, dass sie Träger der moralischen Wahrheit ist, ohne zu erkennen, dass diese Meinung tatsächlich durch eine Minderheit geschaffen wurde. Die Mehrheit folgt der öffentlichen Meinung, die nicht immer die Änderungen in der Gesellschaft widerspiegelt. Das Problem besteht darin, dass die Gruppe der Kleinbürger durchaus heterogen und ihr individuelles Bewusstsein instabil ist, obwohl sie der Suggestion durch das gesellschaftliche Bewusstsein sehr leicht zugänglich sind. Ein Individuum kann zwar einerseits persönlich die Meinung eines anderen Menschen erfahren, es steht andererseits aber unter dem direkten Druck seitens der öffentlichen Meinung, die ihm durch Massenmedien aufgedrängt wird.

Grundsätzlich stimmen die öffentliche Meinung und Meinung der Massenmedien über die Kriminalität überein. Dies ist nicht zufällig so, denn weder die eine noch die andere hat etwas mit dem wahren Zustand der Kriminalität – insbesondere wie sie in der Kriminalstatistik und kriminologischen Forschungen abgebildet ist – zu tun. Steigt die Anzahl der Berichte über die Kriminalität, wächst in der Gesellschaft das Gefühl ihrer Übermacht. Dabei basiert die Kriminalitätschronik, die von den Massenmedien verbreitet wird, nicht auf den Angaben der Kriminalstatistik, deshalb entspricht die Gefahrenwahrnehmung nicht dem objektiven Zustand. Die Phantasien über schwere Straftaten sind das am meisten verbreitete Phänomen unserer Zeit, das in den verfilmten und gedruckten Kriminalgeschichten, Gerichtschroniken und Nachrichten anzutreffen ist. Erschreckend ist, dass die Fakten über die Straftaten zur Unterhaltung missbraucht werden. Ob es sich um Richter, einfache Bevölkerung, Heranwachsende oder Erwachsene, Vertreter der unteren, mittleren oder oberen Schichten der Gesellschaft handelt, in jedem Fall werden die Gewaltstraftaten als schwer und besonders bedrohlich eingeschätzt. Eine phantasievolle Beschreibung der Kriminalität schürt die entsprechende Stimmung in der Gesellschaft⁷.

So zeigen auch die Ergebnisse von Umfragen über den Zustand der Kriminalität in Russland, dass zwei Drittel der Befragten die Situation als ungünstig bewerten. 38,9% sind der Auffassung, der Zustand habe sich verschlechtert, 26% bezeichnen ihn als katastrophal und als Bedrohung für den Bestand des Staates. Zwei von drei befragten Bürgern Russlands sind der Meinung, dass eine reale Gefahr der kriminellen Infizierung der Gesellschaft besteht. Jeder Fünfte ist überzeugt, dass diese Entwicklung unumkehrbar ist. Dabei entspricht die allgemeine kleinbürgerliche Stimmung im Grundsatz durchaus der allgemeinen Einschätzung der Kriminologen. Die Folgerungen weichen jedoch erheblich voneinander ab. Im Gegensatz zu den Kleinbürgern wissen die Kriminologen, dass sich die Kriminalität unter der Kontrolle der Staatsmacht befindet. Aus der Sicht der Kriminologen geht die größte Gefahr für die Staatsmacht nicht von der Kriminalität in ihrer Gesamtheit aus, son-

⁷ Hans Joachim Schneider, *Kriminologie*, Moskau 1994, S. 103.

dern von einzelnen Erscheinungen. Die Kleinbürger haben Angst, wegen der Exzesse von minderjährigen „Rowdys“ und Gastarbeitern aus Mittelasien auf die Straße zu gehen. Paradoxe Weise ist die Straßenkriminalität, die die Kleinbürger in ein derartiges Entsetzen versetzt und für sie eine reale Gefahr darstellt, auch für die Staatsmacht von Bedeutung, allerdings aus anderen Gründen. Wegen der Verbreitung der Straßenkriminalität kann man unter dem Vorwand des Bürgerschutzes den Polizeiapparat verstärken und vergrößern. So wird nicht nur in Russland, sondern auch in anderen Ländern verfahren. Es lässt zahlenmäßig belegen, dass viele sog. „Machtstrukturen“ in Russland die Kriminalität bekämpfen (Polizei, Innenheer, Strafvollstreckungsdienst, Ermittlungskomitee) und die staatlichen Ressourcen weniger zur Bekämpfung der Gefahren von außen, sondern mehr zur Abwehr der Innengefahr eingesetzt werden. Dazu gehört auch die schwerwiegende Kriminalität, über die sich die öffentliche Meinung der Kleinbürger in der oben beschriebenen Weise herausgebildet hat und die in das negative gesellschaftliche Bewusstsein transformiert wurde.

Selbstverständlich wäre es völlig falsch, die Bedeutung des Kriminalitätsproblems zu unterschätzen. Die Massenmedien sind jedoch aus dem Totschweigen dieses Themas in der Sowjetzeit⁸ heutzutage – für das russische Bewusstsein durchaus charakteristisch⁹ – in ein anderes Extrem verfallen, indem sie die – vermeintliche – Kriminalitätsrealität überzeichnet darstellen. In den meisten Erzeugnissen der Massenmedien sind kriminelle Geschehnisse häufig das wichtigste und entscheidende Thema.

In den letzten Jahren wurde das Problem der negativen Auswirkungen der Massenmedien in diesem Zusammenhang des Öfteren von der Wissenschaft in Russland und anderen Ländern aufgegriffen. Die Kriminologen, Soziologen, Sozialpsychologen sind ernsthaft über den destruktiven und deformierenden Einfluss besorgt, den die Massenmedien im Zusammenspiel mit anderen ungünstigen Faktoren auf das gesellschaftliche Bewusstsein und das ethisch psychologische Klima ausüben. Bereits Anfang 1994 fand in Moskau ein internationales Seminar „Für Privatbusiness“ statt, bei dem die teilnehmenden Wissenschaftler, Mitarbeiter der Strafverfolgungs und anderer staatlicher Organe, Mitarbeiter des staatlichen und privaten Sicherheitsdienstes und Unternehmer diese Situation in der offiziellen Petition an die obersten Machtorgane der Russischen Föderation aufgriffen. Damals wurden die durch Massenmedien propagierte Gewalt und Willkür sowie die Werbung für kriminelle „Dienstleistungen“ unter dem Deckmantel angeblich „nobler“

⁸ Wobei zu bemerken ist, dass die Kriminalität in der Tat nicht sehr hoch war und die Straßenkriminalität als eine der für die Bevölkerung gefährlichsten Kriminalitätsformen in den Großstädten für das Kleinbürgertum kaum ins Gewicht fiel.

⁹ Noch gestern hatte die damals mächtige Kommunistische Partei den Rest der Bevölkerung zu überzeugen versucht, dass die Ära des grenzenlosen Glücks und der Untergang des Kapitalismus unmittelbar bevorstünden. Heute behaupten dieselben Leute (allerdings mittels anderer politischer Parteien), dass die kapitalistischen Verhältnisse notwendig und unvermeidlich seien und der Aufbau des kommunistischen Paradieses unmöglich sei.

Banditen als – für die Interessen der Bevölkerung Russlands – gefährliche Erscheinungen hervorgehoben.

Ein markantes Beispiel für die „Glorifizierung“ eines Verbrechers findet sich auf den ersten Seiten des berühmten Kriminalromans „Der Pate“. Der Mafioso Don Corleone wird von einem bedauernswerten Vater aufgesucht, der beklagt, dass seine Tochter vergewaltigt wurde und die Täter wegen der Untätigkeit der Polizei der Bestrafung entkommen waren. Don Corleone verspricht dem Vater großzügig seinen Schutz und tadelt ihn dafür, dass er erst zur Polizei gegangen und nicht gleich zu ihm gekommen sei. Bemerkenswert ist der Dialog, der hier nach dem Buch wiedergegeben wird. Don Corleone sagt: „Wieso hastest du Angst, dich mir anzuvertrauen? Du wendest dich ans Gericht und wartest monatelang. Du verschwendest Geld für Rechtsanwälte, die genau wissen, dass du am Ende der Dumme sein wirst. Du hörst dir das Urteil des Richters an, der sich verkauft, wie die letzte Straßenhure. Vor vielen Jahren, als du in Geldnöten warst, bist du zur Bank gegangen und hast vernichtende Prozente bezahlt. Wie ein Bettler standest du mit ausgestreckter Hand und sie beschnüffelten dich von allen Seiten, steckten die Nasen in deinen Hintern, um zu erfahren, ob du auch in der Lage sein wirst, das Geld zurückzuzahlen.“ – Don Corleone machte eine Pause und seine Stimme wurde härter: „Wenn du aber zu mir gekommen wärest, wäre mein Geldbeutel dein geworden. Wenn du bei mir Gerechtigkeit gesucht hättest, würden die Kanailles, die deine Tochter geschändet haben, heute bittere Tränen vergießen. Hätte ein derart ehrlicher und anständiger Mensch wie du – warum auch immer – Feinde bekommen, so wären sie meine Feinde“. Ein Mafiaboss wird also in einem ausgesprochen positiven Licht gezeigt. Es ist kein Zufall, dass gerade deswegen der Autor des Romans, Mario Puzo, zu Recht kritisiert wurde.

Die Bedeutung der Massenmedien wird durch die folgenden Einflüsse auf die Gesellschaft bestimmt. Die Massenmedien sind:

1. Quelle für Definitionen der Begriffe, derer sich die Gesellschaft bedient,
2. Mittel zur Herausbildung der sozialen Realität,
3. Wichtigster Mittler zwischen den Geschehnissen und den Informationsempfängern,
4. Faktor zu Erlangung von Popularität („Promifabrik“) und
5. Quelle und Mittel der Informationsverbreitung, die für die Funktionsfähigkeit wichtiger gesellschaftlicher Einrichtungen notwendig ist¹⁰.

Wegen ihrer Verbreitung, der Rolle und dem Einfluss auf die Gesellschaft sind Fernsehen, Radio, Druckmedien und Internet die wichtigsten Arten der Massenmedien, an denen sich das heutige kleinbürgerliche Publikum orientiert.

¹⁰ *Nazarov M. M., Massenkommunikation in der Moderne: Methodik der Analyse und Forschungspraxis [Массовая коммуникация в современном мире: методика анализа и практика исследований], Moskau 2000, S. 7.*

Gefährlich ist der Einfluss der Massenmedien in unserem Zusammenhang, weil sie nicht nur die Geschehnisse wiedergeben (jedenfalls bezogen auf die kriminellen Erscheinungen), sondern weil sie zudem die öffentliche Meinung darüber formen. Der legendäre israelische Agent Elieser (Geisi) Zafrir behauptet – anscheinend nicht unbegründet –, dass der Sender Al-Dschasira eine große Rolle in den im Nahen Osten stattfindenden zahlreichen sogenannten Revolutionen spielte und spielt. Nach Meinung von Zafrir beleuchtet Al-Dschasira die Geschehnisse nicht, sondern schafft sie!¹¹

Im Übrigen haben die ausländischen Massenmedien, insbesondere die Radiostationen „Голос Америки“ [Voice of America], „Свобода“ [Radio Liberty] und „Свободная Европа“ [Radio Free Europe], eine wesentliche Rolle bei der Zerstörung der Wirtschaftskraft der Sowjetunion gespielt. Statt zu lernen, der Kritik an der Sowjetunion argumentativ zu widersprechen, versuchte die Führung der Supermacht, die Übertragungen mittels technischer Einrichtungen zu unterdrücken. Die Sowjetunion verschwendete dabei Unmengen von Geld und verlor stets die ideologische Auseinandersetzung mit westlichen Ländern, die es schafften, im eigenen kleinbürgerlichen Lager die öffentliche Meinung dahingehend zu formen, dass nicht nur die Sowjetunion als solche, sondern alle ihre Bürger die Quelle des Bösen seien. Der schüchterne Einwand der Sowjetbürger, „dafür haben wir keine Kriminalität“, hatte in dieser Situation keine nennenswerte Bedeutung, obwohl dies der Wahrheit entsprach. Die Kleinbürger, die 1979/80 nachts durch Moskau flanierten, erkennen heute ihre Stadt, die nun viele kriminelle Gefahren birgt, nicht wieder.

Das gesellschaftliche Bewusstsein befindet sich inzwischen unter dem starken Druck einer seiner Erscheinungsformen, nämlich des kriminellen Bewusstseins. Die Gesellschaft verliert dabei in der ideologischen Auseinandersetzung mit den Vertretern des kriminellen Milieus. Schrittweise beginnt das kriminelle gesellschaftliche Bewusstsein, von einer Erscheinungsform des gesellschaftlichen Bewusstseins zu seinem Gehalt zu werden. Die Kriminologen schlagen Alarm, indem sie behaupten, dass im Rechtsbewusstsein der Bürger unumkehrbare Prozesse stattfinden, die zu einer Herabstufung des sozialen Wertes der Gesetzmäßigkeit, der Rechtsordnung und der Staatsautorität im gesellschaftlichen Bewusstsein führen. Die ständige Verbreitung des Gedankens von der Übermacht der kriminellen Erscheinungen und der Unmöglichkeit, sie wirksam zu bekämpfen, sowie der damit verbundene massive Druck auf das gesellschaftliche Bewusstsein der Bürger bewirken nicht nur eine Verringerung der Bereitschaft der Bevölkerung, an den öffentlichen Maßnahmen zum Schutz der Rechtsordnung teilzunehmen (darauf basieren zahlreiche ausländische Kriminalitätsvorbeugungssysteme, wobei – im Übrigen – auch die Erfahrung der sowjetischen Freiwilligen Volkswehr unterschätzt erscheint¹²), sondern überhaupt zum Verlust jeglichen Glaubens

¹¹ Absolut Geheim [Совершенно секретно] 2011, Nr. 3. S. 7.

¹² Klůčková A. V./Pristankakaà O. V., Informationsursachen der Kriminalisierung des gesellschaftlichen Bewusstseins [Информационные предпосылки криминализации общественного сознания], Vestnik MGU, Reihe Recht, 1999 Nr. 1.

der Menschen, der Kriminalität etwas entgegen setzen zu können. Durch die Verbreitung des kriminellen Bewusstseins haben die Kriminellen einen – die Köpfe der Kleinbürger fast beherrschenden – Gedanken über den fortschreitenden Kriminalisierungsprozess im gesellschaftlichen Bewusstsein suggeriert, der einen kaum definierbaren und zum Teil unumkehrbaren Charakter hat. Dieser Prozess ist verbunden mit der kriminogenen Deformierung des werte und normenorientierten Gesellschaftssystems, dem Verwischen der positiven sozialen Werte, Überzeugungen, Verhaltensmuster und sittlichen Ideale von Menschen. Diese Entwicklung wird begleitet von einer massiven Verbreitung antigesellschaftlicher Einstellungen, Vorstellungen und Überzeugungen, die die Verletzung von strafrechtlichen Verboten zulassen, rechtfertigen, begünstigen oder offen provozieren, in den gesetzestreuen Gesellschaftsschichten. In der öffentlichen Meinung werden die kriminellen Werte und Normen sowie rechtsverletzende – darunter strafrechtlich relevante – Verhaltensmuster kultiviert, die angeblich durch materielle, moralische, soziale, wirtschaftliche, politische und andere Gesichtspunkte gerechtfertigt sind. In die Massenkultur und den Alltag werden Elemente der kriminellen Antikultur, die z.B. für den Aufenthalt in Strafvollstreckungseinrichtungen spezifisch sind, oder ein krimineller „Slang“, spezifische Kommunikations- und Konfliktlösungsmechanismen, vokale oder sonstige Knastkunst eingeführt¹³.

Dementsprechend spiegelt das gesellschaftliche Bewusstsein nicht das reale – in zeitlicher und räumlicher Hinsicht bestimmte – Kriminalitätsbild wieder, sondern in der Regel ist die suggerierte Kriminalitätsgefahr entweder über oder untertrieben. Dies beruht auf der Manipulation des gesellschaftlichen Bewusstseins durch Massenmedien, die ihrerseits im Auftrag der Vertreter der politischen Elite handeln. Die wirkliche Bewertung der Kriminalität kann nur erreicht werden, wenn die Antworten der Kleinbürger und der Straftäter auf bestimmte Fragen ausgewertet werden. In diesem Fall wird das gesellschaftliche Bewusstsein direkt mit dem kriminellen Bewusstsein korrelieren. Diese Fragen sind:

1. Wie bewerten die Menschen (Kleinbürger) die Kriminalität?
2. Welche Vorschläge zur Kriminalitätsbekämpfung haben sie?
3. Wie soll man mit den Straftätern verfahren?
4. Wie bewerten die Straftäter die Gesellschaft?
5. Worin sehen die Straftäter ihr Ziel?

Ohne den Anspruch auf abschließende Richtigkeit zu erheben, werden im Folgenden die eigenen Antworten auf die gestellten Fragen gegeben:

1. Die Menschen bewerten die Kriminalität von einem ausgesprochen negativen Standpunkt aus, der ihnen vom Staat suggeriert wird, indem durch die Gesetzgebung bestimmte Handlungen als gesellschaftsschädlich und die Menschen, die diese Handlungen vornehmen, zu – selbstverständlich zu bestrafenden – Straftätern deklariert werden. Dabei wird die Entschei-

¹³ Klůčková A. V./Pristankakaâ O. V., Fn. 12, Nr. 1

dung über die Strafwürdigkeit des Verhaltens zuweilen willkürlich und in Abhängigkeit von den Vorstellungen der machthabenden Menschen getroffen. Außerdem übertreiben die Menschen in der Regel die negative Bewertung der Kriminalität, weil sie eine Kriminalitätsvorstellung haben, die sie aufgrund von in den Massenmedien verbreiteten Informationen bilden, die ihrerseits von machthabenden Menschen manipuliert werden. Dies ist der erste Widerspruch zwischen gesellschaftlichem Bewusstsein und Kriminalität.

2. Viele Menschen schlagen vor, die Kriminalität möglichst radikal zu bekämpfen. Sogar in manchen Ländern, in denen die Todesstrafe abgeschafft wurde, hätte die Mehrheit der Bevölkerung (der Kleinbürger) nichts gegen ihre Wiedereinführung. Nicht wenige Menschen, die Opfer einer Straftat geworden sind, neigen zur Selbstjustiz, was zum Teil in künstlerischen Auseinandersetzungen mit diesem Phänomen begrüßt wird. Ein Beispiel für die Billigung von Selbstjustiz ist die Beurteilung des Verhaltens von Vitalij Kalojev, der wegen eines Fehlers des schweizerischen Fluglotsen Peter Nielsen bei einer Kollision einer Passagier mit einer Militärtransportmaschine seine Frau und seine Kinder verloren hatte. Kalojev war mit dem milden Urteil gegen Nielsen nicht einverstanden, suchte ihn zu Hause auf und tötete ihn. Als er nach der Verbüßung seiner Haftstrafe in seine Heimat zurückkehrte, wurde er fast wie ein nationaler Held in Empfang genommen. Dabei interessieren sich die Kleinbürger nicht im Geringsten für das Schicksal und den kriminellen Werdegang der Straftäter. Die ganze Komplexität des kriminellen Verhaltens, das einen Menschen auf die Anklagebank geführt hat, können und wollen sie nicht verstehen. Sie vergessen, dass der Täter bis zur Tatbegehung ein ebensolcher Kleinbürger wie sie selbst war. Dies ist der zweite Widerspruch zwischen gesellschaftlichem Bewusstsein und Kriminalität.

3. Die Menschen haben ein Feindbild von den Straftätern entwickelt und verlangen, dass diese von ihnen isoliert werden. Die Frage ist allerdings, wie diese Isolierung erfolgen soll. Denn sogar an den Isolationsorten sind diese Menschen Mitglieder der Gesellschaft und sie kehren in den meisten Fällen auch in die Gesellschaft zurück, wobei sie Feinde der Gesellschaft bleiben. Dies ist der dritte Widerspruch zwischen gesellschaftlichem Bewusstsein und Kriminalität.

4. Die Straftäter glauben, die Gesellschaft sei auf dem Prinzip der Unterdrückung des Schwächeren durch den Stärkeren, auf habgierigen Motivationen und der Notwendigkeit, das eigene Überleben auf Kosten anderer zu sichern, aufgebaut. Sie halten die moderne Gesellschaft für ungerecht. Die Kleinbürger, die die Mehrheit in dieser Gesellschaft ausmachen, erklären sie zu Heuchlern. Daraus folgt die äußerst negative Einstellung sowohl zu der Gesellschaft als auch zu ihren Repräsentanten. Gerechtigkeit und Ehrlichkeit ist nach der Vorstellung der kriminellen Gemeinschaft am ehesten in den Beziehungen zwischen den eigenen Mitgliedern ausgeprägt. Daraus folgt, dass das gesellschaftliche Bewusstsein nicht in der Lage ist, die Kriminalität adäquat wahrzunehmen. Dies ist der vierte Widerspruch zwischen dem gesellschaftlichen Bewusstsein und der Kriminalität.

5. Bei allem Widerstreben gegen die Gesellschaft und die öffentliche Meinung können die Straftäter ohne diese nicht existieren. Es ist ihnen nicht gleichgültig, was über sie gesprochen oder geschrieben wird, welches Bild von ihnen im Fernsehen gezeigt wird. Während früher eine Gleichgültigkeit gegenüber der Darstellung in den Medien vorgespiegelt wurde (uns ist egal, was über uns gesprochen wird; die Gesellschaft ist ohnehin heuchlerisch und nur unter uns sind wir ehrlich und gerecht), werden heute die kriminellen Verhältnisse aktiv propagiert. Es wird versucht, die Öffentlichkeit davon zu überzeugen, dass die käuflichen Beamten die wahren Straftäter und die Straftäter dagegen in Wahrheit heldenhafte „Robin Hoods“ seien, die nach Kräften und Möglichkeiten das dem Volk ungerecht Geraubte den wahren Tätern wieder abnehmen. Nicht zufällig wird die sog. kriminelle Subkultur (die man eher kriminelle Antikultur nennen sollte) mit einer großen Beharrlichkeit in das kleinbürgerliche Bewusstsein „eingehämmert“. Deswegen nähert sich das gesellschaftliche Bewusstsein dem kriminellen Bewusstsein immer weiter an. Und dies ist der fünfte Widerspruch zwischen gesellschaftlichem Bewusstsein und Kriminalität, weil das gesellschaftliche Bewusstsein sich nicht als loyal gegenüber der Kriminalität zeigen darf.

Нападение как вид преступного деяния¹

А. И. Парог, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Россия

Т. И. Нагаева, доктор юридических наук, директор юридического института сахалинского государственного университета, Россия

В Особенной части действующего УК РФ термин «нападение» фигурирует в четырех статьях: 162 (разбой); 209 (бандитизм); 227 (пиратство) и 360 (нападение на лиц и учреждения, которые пользуются международной защитой). Кроме того, ст. 340 УК РФ устанавливает ответственность за нарушение военнослужащим правил несения боевого дежурства (боевой службы) по своевременному отражению внезапного нападения на Российскую Федерацию, т. е. использует данный термин для возможного вредного последствия.

Термин «нападение» используется во многих нормативных актах и официальных документах РФ² и, следовательно, имеет не только уголовно-правовое, но и общеправовое значение.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ («Уголовно-правовое воздействие по законодательству Германии и России. Понятие, содержание и виды»), проект № 11-03-00531а.

² См: Федеральный конституционный закон «О военном положении»; «Таможенный кодекс Российской Федерации»; «Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации»; «Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации»; «Воздушный кодекс Российской Федерации»; Закон РФ «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы»; Федеральный закон «Об оружии»; Федеральный закон «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации»; Закон РФ «О милиции»; Федеральный закон «Об исключительной экономической зоне Российской Федерации»; Федеральный закон «О внутренних морских водах, территориальном море и прилегающей зоне Российской Федерации»; Федеральный закон «О континентальном шельфе Российской Федерации»; Закон РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации»; Федеральный закон «О ведомственной охране»; Федеральный закон «О судебных приставах»; Федеральный закон «О внутренних войсках Министерства внутренних дел Российской Федерации»; Федеральный закон «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»; Федеральный закон «Об обеспечении охраны психиатрических больниц (стационаров) специализированного типа с интенсивным наблюдением»; Закон РФ «О Государственной границе Российской Федерации»; Федеральный закон «О государственной охране»; Федеральный закон «О федеральной фельдъегерской связи»; Федеральный закон «О ратификации Договора между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о дальнейшем сокращении и ограничении стратегических наступательных вооружений»; Федеральный закон «О Ратификации Конвенции о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и его уничтожении»; Федеральный закон «О порядке предоставления Российской Федерацией военного и гражданского персонала для участия в деятельности по поддержанию или восстановлению международного мира и безопасности» и другие нормативные правовые акты.

Используя термин «нападение» при определении признаков деяния в конкретном составе преступления, законодатель не раскрывает его понятия и содержания. Судебное толкование этого уголовно-правового понятия дается в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 января 1997 г. № 1 «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм»³: «Под нападением следует понимать действия, направленные на достижение преступного результата путем применения насилия над потерпевшим либо создания реальной угрозы его немедленного применения»⁴.

Во взглядах российских ученых на сущность нападения нет единства. Несмотря на различия в трактовках понятия и содержания нападения, ученые не без оснований рассматривают его в аспекте насилия.

Г. Хадисов полагает, что сущность разбоя заключается не в нападении, а в применении насилия, опасного для жизни или здоровья потерпевшего, поскольку именно это существенно повышает степень общественной опасности данного преступления⁵. Похожую позицию занял С. И. Сирота, который под нападением (при разбое) понимает такое внезапное, неожиданное для потерпевшего насилие или угрозу применения насилия, которое по своему объективному характеру может причинить смерть или телесное повреждение, опасное для жизни или здоровья лица, подвергнувшегося нападению⁶.

Нападение и насилия рассматриваются некоторыми авторами как тождественные понятия⁷.

Другие ученые под нападением понимают само деяние как основной признак объективной стороны состава преступления, а под насилием – выделенный законодателем способ совершения деяния. Например, А. В. Наумов, комментируя ст. 227 УК РФ, отмечает, что в составе пиратства «действием является нападение на морское или речное судно. В качестве способа выступает насилие либо угроза его применения»⁸.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1997, № 1.

⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1994, № 3.

⁵ Хадисов Г. Уголовно-правовая характеристика грабежа и разбоя // Ученые записки института истории, языка и литературы Дагестанского филиала АН СССР. – 1966. – С. 171.

⁶ Сирота С. И. Преступления против собственности и борьба с ними. – Воронеж, 1968. – С. 74.

⁷ Гузучия М. Б. Ответственность за разбой по советскому уголовному законодательству. – Сухуми, 1958. – С. 29.

⁸ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А. В. Наумов. – М., 1996. – С. 534. См. также: Никифоров Б. С. Уголовно-правовая охрана личной собственности граждан. – М., 1954. – С. 88; Михайлов М. П. Уголовная ответственность за кражу личного имущества и разбой (по советскому праву). – М., 1958. – С. 124–125. См. также: Ивахненко А. М. Квалификация бандитизма, разбоя, вымогательства: проблемы соотношения составов: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1996. – С. 88; Севрюков А. П. Криминологическая и уголовно-правовая характеристика грабежей и разбоев, совершаемых с незаконным проникновением в жилище, и их предупреждение: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2000. – С. 57.

Еще одна группа ученых соотношение признаков «нападение» и «насилие» в объективной стороне состава преступления видит по-другому: не насилие считают способом нападения, а, наоборот, нападение представляют как способ (либо форму) применения насилия⁹.

Думается, что полемика относительно соотношения признаков деяния и способа его совершения ничего не привносит в понимание сущности нападения как вида преступного деяния. Более конструктивным представляется другой путь научного поиска – необходимо выделить свойства нападения, имманентно присущие ему как особой разновидности преступного деяния (поведенческого акта).

Большинство определений нападения в теории уголовного права сформулированы применительно к разбою или бандитизму и содержат обязательное указание на насилие, применяемое к физическому лицу. Между тем, даже при бандитизме (не говоря о пиратстве и нападении на лиц и учреждения, которые пользуются международной защитой) насилие может быть обращено не только на человека, но и на животных, имущество и т. д. Например, агрессивно-насильственное воздействие на объект нападения может при пиратстве выразиться в применении тарана против атакуемого судна, при бандитизме – в разрушении объекта взрывом или поджогом и т. д. Но во всех таких случаях нападающие готовы применить насилие и к физическим лицам.

По мнению В. С. Комиссарова, применительно к бандитизму, нападение означает создание обстановки опасного состояния, которое должно квалифицироваться как нападение с момента готовности применить насилие для достижения целей банды¹⁰. Указанный автор предлагает аналогично квалифицировать нападение при совершении разбоя, пиратства, нападения на лиц или учреждения, которые пользуются международной защитой. Однако вряд ли корректно определять понятие нападения через механизмы квалификации преступлений как оконченных. Момент, с которого преступления, совершаемые путем нападения, квалифицируются как оконченные, и момент фактического окончания нападения как поведенческого акта, протекающего во времени и пространстве, совпадает не всегда. При их совпадении нападение действительно имеет место уже в момент создания обстановки реальной опасности, поскольку все преступления, совершаемые путем нападения, квалифицируются как оконченные уже в момент начала нападения (ст. ст. 162, 227, 360 УК РФ) и даже в момент приготовления к нему (ст. 209 УК РФ).

Поэтому В. С. Комиссаров прав в том, что нападение будет иметь место вне зависимости от применения или неприменения насилия, но

⁹ Григорьев В. А. Соучастие в преступлении по уголовному праву Российской Федерации. – Уфа, 1995. – С. 23. См. также: Шаронов Р. Д. Уголовно-правовая характеристика физического насилия: Дис. ... канд. юрид. наук – СПб, 1999. С. 69.

¹⁰ Комиссаров В. С. Понятие бандитизма в уголовном праве // Вестник Московского университета. – Серия 11. Право. – 1994. – № 4. – С. 47, 48

лишь в той части, которая касается определения момента окончания преступления при его квалификации.

Вопрос о моменте окончания преступления определяется тем, каким образом законодатель сконструировал состав преступления, и не зависит от уголовно-правовой сущности и содержания деяния как поведенческого акта. Например, убийство может выразиться и в одноактном поведении, и в системе поведенческих актов, приведших к фактическому причинению смерти другого человека (ст. 105 УК РФ). Известно, что посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа квалифицируется по ст. 317 УК РФ как оконченное преступление не только в случае фактического причинения смерти сотруднику правоохранительного органа, но и при совершении действий, непосредственно направленных на причинение смерти, но не приведших к ней. Однако это вовсе не означает того, что у посягательства на жизнь и убийства имеются существенные различия в характере их общественной опасности, в существенных свойствах самих поведенческих актов.

Конструкция состава преступления не может служить критерием для определения существенных признаков деяния как поведенческого акта. Она определяет юридические границы ответственности за его совершение, но не отражает социально-правовой и фактической сути деяния.

Некоторые ученые рассматривают нападение как действие, предшествующее применению насилия. В.И. Симонов и В.Г. Шумихин считают, что нападение является первым, начальным этапом разбоя, а применение физического или психического насилия составляют второй этап его объективной стороны¹¹.

Некоторые исследователи, отмечая самостоятельность признаков нападения и насилия, считают необязательным их одновременное наличие. Так, по мнению Л.Г. Хулаповой, нападение при разбое не является обязательным, важно лишь установить факт применения насилия¹².

На практике возможны случаи, когда посягательство (нападение) прервано вопреки воле нападающего, например, при вмешательстве сотрудников правоохранительных органов, третьих лиц, либо при отражении нападения самим потерпевшим. Однако правоприменитель однозначно трактует подобные действия как состоявшееся нападение. Действительно, насилие без промедления (применяемое в начальный момент посягательства) нельзя квалифицировать иначе как нападение. Именно поэтому в статьях 162 и 227 УК РФ законодатель говорит о нападении, соединенном с реальным применением насилия либо с

¹¹ Симонов В.И., Шумихин В.Г. Квалификация насильственных посягательств на собственность. – М., 1993. – С. 6; Владимиров В.А. Квалификация похищений личного имущества. – М., 1974. – С. 63.

¹² Хулапова Л.Г. Ответственность за разбой по законодательству ТССР. – Ашхабад, 1985. – С. 13.

угрозой применения насилия, в целях завладения чужим имуществом. Кроме того, на практике весьма распространены случаи, когда нападение и насилие совпадают по времени, а этап создания обстановки реальной опасности применения насилия вообще отсутствует.

Следовательно, определение нападения только лишь как создания обстановки опасного состояния, в пространственных и временных границах которого сохраняется угроза реального применения насилия, является слишком узким и не раскрывает сущности нападения применительно ко всем возможным случаям его проявления.

Указанные выше трактовки не в состоянии опровергнуть основного довода в полемике о соотношении понятий «нападение» и «насилие»: вне зависимости от конструкций конкретных составов преступлений, существенным свойством нападения является насилие, в какой бы форме оно ни проявилось, и какое бы место ни занимало в последовательности преступных действий (поведенческих актов). При этом не только формы насильственных проявлений, но и сам факт (наличность) насилия при нападении не имеет принципиального значения. Только один признак в состоянии непротиворечиво отразить существенное для нападения значение насилия в ситуации, когда факт насилия отсутствует, а действия все равно являются насильственными. Этот признак – не реальное применение насилия, а агрессивно-насильственный характер действий нападающих¹³.

В качестве другого имманентного свойства нападения в литературе выделяется его внезапность. По определению А. Г. Кибальника и И. Г. Соломоненко, «акт любого нападения представляет собой внезапное проявление агрессии к кому-нибудь или чему-нибудь»¹⁴. Правда, по мнению Г. Н. Борзенкова, внезапность нападения имеет подчиненный характер, производный от насилия¹⁵, однако его обязательность автором не отрицается. В данном контексте нет смысла обсуждать иерархию признаков нападения и выделять «основное» значение какого-либо из них. Как уже отмечалось, рассматриваемому виду деяния присущи имманентные свойства, которые в совокупности определяют его характер. Важно лишь отметить, что речь идет именно о существенных

¹³ См.: Российское уголовное право в двух томах. Том 2. Особенная часть / Под ред. А. И. Рарога. – М., 2004. С. 192; Словарь по уголовному праву / Отв. ред. А. В. Наумов. – М., 1997. – С. 245; В. А. Владимиров. Указ дисс. С. 230–231; Комментарий к УК РФ. Особенная часть / Под ред. Ю. И. Скуратова и В. М. Лебедева, – М., 1996. – С. 141 и др.

¹⁴ Кибальник А. Г., Соломоненко И. Г. Преступления против мира и безопасности человечества. – СПб., 2004. – С. 183. См. также: Устинова Т. Д. Уголовная ответственность за бандитизм (по новому УК РФ). – М., 1997. – С. 28–29; Кригер Г. А. Квалификация хищений социалистического имущества. – М., 1971. – С. 137; Ашитов З. О. Социалистическая законность и квалификация преступлений. – Алма-Ата, 1983. – С. 49.

¹⁵ См.: Курс уголовного права. Т. 3. Особенная часть / Под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. – М., 2002. – С. 448.

свойствах нападения, определяющих его как самостоятельный вид преступного деяния, отличающийся по этим свойствам от других видов.

Насильственный характер является существенным, но недостаточным признаком для отграничения нападения от других насильственных преступлений. Для описания объективных признаков насильственных деяний российский законодатель использует множество технических приемов, в частности термины и словосочетания: «причинение смерти» (ст. ст. 105 – 109 УК); «причинение вреда здоровью» (ст. ст. 111, 112, 115 УК); «посягательство на жизнь» (ст. 317 УК), «насильственные действия» (ст. 132 УК); «применение насилия» (ст. 318, 321 УК) и др. «Нападение» – термин, который не вписывается в общий ряд способов определения насильственных преступлений. Его использование законодателем, во всяком случае, обусловлено необходимостью создания дискурса, отличного от трактовки одного лишь насилия.

Судебная практика относит к существенным признакам нападения его внезапность. Трактовка нападения как внезапного действия имеет и научное обоснование¹⁶.

В литературе иногда осуществляются попытки противопоставить, сравнить или различить признаки «внезапность» и «стремительность» (хотя большинство ученых такого разграничения не проводит). Нам представляется, что внезапность и стремительность – это две стороны «одной и той же медали», разные аспекты отражения в оценке нападения одно и того же его свойства. «Стремительность» – характеристика нападения, которая дается деянию со стороны (например, правоприменителем) на основании объективной оценки внешнего проявления его свойств. Стремительность нападения можно определить как объективный критерий оценки обстоятельств нападения. «Внезапность» – характеристика нападения с точки зрения субъективного значения ситуации, которое формируется в сознании жертвы агрессии, ее субъективное восприятие насилия¹⁷. Поскольку субъективное значение ситуации агрессии представляет собой не что иное, как субъективный критерий ее оценки со стороны жертвы, его можно определить как субъективный критерий оценки обстоятельств нападения.

В этом контексте представляется важным выяснить, какой из двух критериев оценки ситуации является обязательным для установления признаков нападения в любом из деяний, предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК?

Решение вопроса о том, какой критерий (объективный или субъективный) необходим для уголовно-правовой оценки преступного деяния, не раз и по различным поводам вставал перед уголовно-правовой наукой, законодателем и правоприменителем. Например, при

¹⁶ Севрюков А. П. Указ. дис. С. 56.

¹⁷ Внезапность – неожиданность, непредвиденность (поступка, события и т. п.). Внезапный – наступивший, происшедший вдруг, неожиданно, непредвиденно (Словарь русского языка в четырех томах. Т. IV. М., 1961. С. 239–240).

формулировании состава бандитизма в ст. 76 УК РСФСР 1922 г. законодатель использовал два термина: «нападение» и «налет». В соответствии с буквой этого закона, при применении нормы о бандитизме следовало четко разграничивать, где совершено бандитское нападение, а где – налет, так как эти признаки являлись альтернативными. В термине «налет» воплотилось уголовно-правовое значение объективного критерия ситуации агрессии как быстрого, наряженного, действия. С отказом законодателя от этого термина объективный критерий оценки ситуации агрессии перестал иметь собственное уголовно-правовое значение.

Субъективные критерии оценки обстоятельств жизненной ситуации нередко выделяется законодателем при формулировании признаков конкретных составов преступлений, когда уголовно-правовая оценка деяния ставится им в зависимость от восприятия лицом обстоятельств, выходящих за рамки обязательных признаков его умышленной вины. Хрестоматийным примером этого служит использование признака угрозы убийством как деяния, предусмотренного ст. 119 УК РФ. В доктринальных источниках отмечается: «Особенность ситуации угрозы такова, что ее объективное содержание должно совпадать с тем значением, которое придает ситуации потерпевший. ... Угроза должна восприниматься как реальная опасность. Адекватности восприятия угрозы служат:

- а) ее персонифицированность и
- б) ее информативность»¹⁸.

Значение субъективного критерия оценки ситуации угрозы таково, что преступление признается оконченным с момента доведения угрозы до сведения потерпевшего¹⁹.

Из этого следует, что установление признаков ряда деяний, предусмотренных Особенной частью УК, зависит не только от внешних проявлений, но и от субъективной оценки поведенческого акта потерпевшим (жертвой). Эта зависимость либо прямо указывается в законе, либо вытекает из его буквы.

В ряде случаев законодатель не отражает в содержании уголовно-правовой нормы значения субъективного критерия оценки ситуации

¹⁸ См.: Уголовное право России. Особенная часть / Под ред. А. И. Рарога. М.: Эксмо, 2010. С. 73; см. также: *Фомичева М. А.* Угроза как способ совершения преступления (основание криминализации, виды и характеристика). Владимир, 2007. С. 53–73 и др.

¹⁹ См.: *Лукиянова И. В.* Угроза как преступление. Калуга, 2004, С. 61; *Дурманов Н. Д.* Уголовная ответственность за преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения. М., 1962. С. 19; *Леконцев Ю., Бриллиантов А.* Ответственность за угрозу убийством, нанесением тяжких телесных повреждений или уничтожением имущества // Советская юстиция. 1982. № 22. С. 13; *Красиков А. Н.* Преступления против личности. Саратов, 1999. С. 80 и др.

общественно опасного деяния, однако оно является существенным для установления признаков его объективной стороны.

Например, согласно п. 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое», нападение, соединенное с угрозой применения насилия, квалифицируется как разбой или как грабеж в зависимости от ее субъективного восприятия потерпевшего: «Если лицо лишь демонстрировало оружие или угрожало заведомо негодным или незаряженным оружием либо имитацией оружия, например макетом пистолета, игрушечным кинжалом и т. п., не намереваясь использовать эти предметы для причинения телесных повреждений, опасных для жизни или здоровья, его действия (при отсутствии других отягчающих обстоятельств) с учетом конкретных обстоятельств дела следует квалифицировать как разбой, ответственность за который предусмотрена частью первой статьи 162 УК РФ, либо как грабеж, если потерпевший понимал, что ему угрожают негодным или незаряженным оружием либо имитацией оружия»²⁰.

Как видим, субъективный критерий оценки ситуации совершения общественно опасного деяния имеет существенное значение и, следовательно, подлежит учету при квалификации преступления как разбойного нападения.

Официальное судебное толкование термина «нападение» делает акцент на обязательном значении субъективного критерия оценки потерпевшим ситуации агрессии. Это обязывает нас определить нападение именно как внезапное действие насильственного характера. Свойство стремительности действий насильственного характера имеет для определения понятия «нападение» не обязательное, а факультативное значение. Отсутствие этого свойства в конкретных поведенческих проявлениях агрессии не исключает свойства внезапности и на практике не препятствует квалификации их как нападения, например, по делам о разбое.

Этот вывод следует также из разъяснений, данных в указанном выше постановлении Пленума Верховного Суда РФ (п. 23): « В случаях, когда в целях хищения чужого имущества в организм потерпевшего против его воли или путем обмана введено опасное для жизни или здоровья сильнодействующее, ядовитое или одурманивающее вещество с целью приведения потерпевшего в беспомощное состояние, содеянное должно квалифицироваться как разбой», следовательно, как нападение. В то же время, очевидно, что введение в организм потерпевшего (с целью приведения его в беспомощное состояние) опасного для жизни или здоровья сильнодействующего, ядовитого или одурманивающего вещества, например, путем обмана, как правило, не бывает стремительным действием. С пониманием нападения как быстрого, стремительного действия связан сомнительный вывод некоторых авторов о

²⁰ «Бюллетень Верховного Суда РФ», № 2, 2003.

том, что нападение включает лишь явные, открытые насильственные действия и не может выражаться в действиях тайных и обманных²¹.

Большинство авторов, как и судебная практика, придерживаются противоположной точки зрения. Согласно разъяснению Пленума Верховного Суда РСФСР, данному в постановлении «О судебной практике по делам о грабеже и разбое» от 22 марта 1966 г., «введение в организм потерпевшего опасных для жизни и здоровья сильнодействующих, ядовитых или одурманивающих веществ с целью приведения его таким способом в беспомощное состояние и завладения чужим имуществом должно квалифицироваться как разбой»²².

В литературе справедливо отмечается, что нападение представляет собой сложный поведенческий акт. По словам А. М. Ивахненко, «нападение при бандитизме, как правило, образует не одноактное действие, а несколько действий, то есть для нападения характерно протяженность во времени. И поэтому его можно определить как процесс воздействия на потерпевшего, таящий в себе реальную опасность применения насилия в течение определенного промежутка времени, в который осуществляется нападение»²³.

В виде системы действий, состоящей из отдельных самостоятельных элементов, представлял нападение и Б. В. Волженкин: «Насилие или угроза применения насилия в составе разбоя – лишь один из элементов нападения, включающего в себя и другие действия»²⁴. Он включал в содержание нападения не только угрозу применения насилия и само насилие (если оно применялось), но также иные действия, которыми сопровождается нападение (например, действия, непосредственно направленные на завладение имуществом, захват судна и т. п.).

Мнение тех авторов, которые рассматривают нападение как систему поведенческих актов (действий)²⁵, представляется обоснованным. Ее разделяет и Пленум Верховного Суда РФ, разъяснивший в своем постановлении от 21 декабря 1993 года, что под нападением при бандитизме следует понимать «действия, направленные на достижение преступ-

²¹ См.: *Болдырев Е. В., Петрунев В. П.* Вопросы квалификации разбоя в судебной практике // Научный комментарий судебной практики за 1967 г. – М., 1968. – С. 125; *Каплан Е.* Возможен ли разбой без нападения // Социалистическая законность. – 1990. – № 12. – С. 56; *Владимиров В. А., Ляпунов Ю. И.* Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. – М., 1986. – С. 112; *Устинова Т. Д.* Уголовная ответственность за бандитизм (по новому УК РФ). М., 1997. С. 28–29; Уголовное право. Особенная часть: Учебник для вузов / Под ред. И. Я. Козаченко и др. – М., 1997. – С. 230.

²² Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации по уголовным делам с комментариями и пояснениями / Отв. ред. В. И. Радченко. – М., 2000. – С. 289.

²³ *Ивахненко А. М.* Указ. соч. – С. 89. См. также: *Северюков А. П.* Указ. соч. С. 151.

²⁴ *Волженкин Б. В.* Вопросы квалификации краж, грабежей и разбоев, совершенных с целью завладения личным имуществом граждан. – Л., 1981. – С. 16.

²⁵ См.: *Гравина А., Яни С.* Указ. соч. – С. 19.

ного результата». Однако это судебное толкование не исключает квалификации как бандитского нападения и простого поведенческого акта.

В качестве существенных признаков нападения как особой разновидности деяния мы рассматриваем те признаки, которые отражают его имманентные свойства, присущие, как общему понятию «нападение», так и каждому конкретному его проявлению. Сложный характер нападения как системы поведенческих актов может быть назван существенным признаком рассматриваемого вида преступного деяния в том случае, если он обладает указанным выше качеством.

Римская Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (принятой в 1988 г.) определяет структуру пиратства как системы поведенческих актов.

В докладе Международного бюро по морскому судоходству (ИВМ) 1992 г. пиратство определяется как менее сложная структура.

Разбой также может заключаться в единичном действии (достаточно выразить угрозу фразой: «Жизнь или кошелек!»). Сущность деяния не меняется: оно и в этом случае будет представлять собой внезапное (для жертвы) проявление агрессии. Пиратское нападение протекает на протяжении достаточно длительного периода времени, представляя собой процесс физического воздействия на людей и предметы окружающей действительности, а также психического воздействия на людей посредством угрозы применения насилия. Однако и взятия судна на абордаж с целью последующего его захвата будет достаточным для квалификации его как оконченного пиратства.

Сложная структура поведения, образующая систему поведенческих актов, является факультативным признаком нападения, не затрагивающим сущности и свойств особой разновидности деяний в объективной стороне преступлений, предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК РФ.

В качестве существенного признака нападения в литературе выделяется и его направленность. Так, по мнению Л. Д. Гаухмана, законодатель употребил термин «нападение» как связывающий термины «цель завладения имуществом» и «насилие». На этом основании автор сделал вывод, что «сущность разбоя заключается в неразрывном единстве насилия, опасного для жизни или здоровья (либо угрозы таковым), и цели завладения имуществом»²⁶. Этот вывод имеет под собой достаточные основания. Однако он актуален только в определенных случаях – при установлении признаков деяний, предусмотренных ст. ст. 162 и 227 УК РФ.

При формулировании признаков преступлений, предусмотренных статьями 209, 340, 360 УК РФ, о направленности (целях) нападения законодатель не упоминает. Преступный характер целей тех деяний, которые предусмотрены в этих статьях, может не вызывать сомнений.

²⁶ Гаухман Л. Д. Насилие как средство совершения преступления. – М., 1974. – С. 107–108.

Однако, во-первых, это можно сказать обо всех преступлениях, а, во-вторых, предположение о наличии неопределяемой цели не может служить критерием уголовно-правовой оценки, основанием для решения формального вопроса о соответствии фактических обстоятельств совершения общественно опасного деяния указанным в законе признакам.

Направленность внезапной агрессии не является существенным свойством нападения. Ее нельзя рассматривать и как обязательный формальный, типичный, признак, применимый к анализу всех без исключения случаев совершения рассматриваемого вида деяния. По нашему мнению, цель нападения, не обладая указанными качествами, является особым, специально выделенным законодателем, признаком разбоя и пиратства.

Как видим, многие из обсуждаемых в юридической литературе признаков нападения, не являясь обязательными для определения его общего понятия, отражающего видовую специфику деяния как признака объективной стороны состава преступления. Авторы различных точек зрения на сущность нападения основываются на анализе конкретного преступления (разбоя, пиратства, бандитизма, нападения на лиц или учреждения, которые пользуются международной защитой и т. д.). Их выводы справедливы только в определенных контекстах. Стремительность, интенсивность (опасность), открытость, вооруженность, направленность умысла (цели) – все это факультативные признаки нападения. Некоторые из указанных выше признаков действительно имеют обязательное значение в конкретных составах преступлений. Они придают им индивидуальные черты, но при этом ничего не меняют в сущности самого нападения как поведенческого акта. Думается, что нельзя определить общее понятие нападения как вида деяния на основании одного «эталонного» состава преступления.

Как видовое понятие нападение – это неспровоцированное внезапное агрессивно-насильственное воздействие на потерпевшего или на охраняемые уголовным законом объекты.

Этот вывод представляется важным для характеристики любого деяния, определяемого в законе посредством термина «нападение». Уяснение обозначенного им понятия облегчит уголовно-правовую оценку фактических обстоятельств, поскольку четкое представление о составляющих это понятие обязательных элементах исключает многозначность и противоречивость толкования текста закона и, как следствие, создает предпосылки для реализации принципа законности.

Angriff als Tathandlung im Besonderen Teil des russischen Strafrechts¹

Professor Dr. h. c. (UP) Alexey Rarog, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Leiter des Lehrstuhls für Strafrecht an der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin-Universität (Russland) und Tatiana Nagaeva, Doktor der Rechtswissenschaften (д. ю. н.), Direktorin des Juristischen Instituts an der Sachaliner Staatlichen Universität (Russland)

I. Einführung

Der Begriff „Angriff“ ist in vier Straftatbeständen der geltenden Fassung des Strafkodexes der Russischen Föderation (UK RF)² enthalten, nämlich in Art. 162 (Raub), Art. 209 (Banditentum), Art. 227 (Piraterie) und Art. 360 (Angriff auf Personen und Einrichtungen, die internationalen Schutz genießen). Außerdem stellt Art. 340 UK RF Handlungen eines Soldaten, die gegen die Vorschriften zur Ausübung des Gefechtsbereitschaftsdienstes (Kampfeinsatzes) in Bezug auf die rechtzeitige Abwehr eines plötzlichen *Angriffs* auf die Russische Föderation verstoßen, unter Strafe. Somit verwendet der russische Gesetzgeber diesen Begriff auch für die Bezeichnung möglicher schädlicher Folgen. Der Terminus „Angriff“ wird zudem in vielen Rechtsvorschriften und offiziellen Dokumenten der Russischen Föderation (RF) benutzt³ und

¹ Dieser Beitrag ist im Rahmen des Forschungsprojekts „Strafrechtliche Sanktionen nach deutschem und russischem Recht: Begriff, Inhalt und Arten“ und mit finanzieller Unterstützung der Russischen Forschungstiftung für Geisteswissenschaften (РГНФ) – Projektnummer 11-03-00531a – entstanden.

² Strafkodex der Russischen Föderation [Уголовный кодекс Российской Федерации] vom 13.06.1996 Nr. 63-ФЗ (SZ RF 17.06.1996 Nr. 25 Pos. 2954); vgl. *F.-C. Schroeder*, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, deutsche Übersetzung und Einführung, 2. Aufl. 2007.

³ Vgl. Föderales Verfassungsgesetz „Über Kriegszustand“; „Zollkodex der Russischen Föderation (RF)“; „Strafvollzugskodex der RF“; „Binnenschiffsverkehrskodex der RF“; „Luftkodex der RF“; Gesetz der RF „Über Vollzugseinrichtungen und Vollzugsbehörden“; Föderales Gesetz «Über Waffen“; Föderales Gesetz „Über Vorbereitung der Einberufung und Einberufung in der RF“; Gesetz der RF „Über Miliz“; Föderales Gesetz „Über ausschließliche Wirtschaftszone der RF“; Föderales Gesetz „Über das Binnenmeer, Küstengewässer und die an die Küstengewässer anliegende Zone der RF“; Föderales Gesetz „Über Kontinentalschelf der RF“; Föderales Gesetz „Über private Detektiv- und Bewachungstätigkeit in der RF“; Föderales Gesetz „Über den Behördenwachdienst“; Föderales Gesetz „Über Vollzugsbeamte“; Föderales Gesetz „Über die inländischen Streitkräfte des Ministeriums des Innern der RF“; Föderales Gesetz „Über den Vollzug der Untersuchungshaft bei den Beschuldigten und Angeklagten wegen Begehung einer Straftat“; Föderales Gesetz „Über die Gewährleistung der Bewachung von spezialisierten psychiatrischen geschlossenen Heilanstalten“; Gesetz der RF „Über die Staatsgrenze der RF“; Föderales Gesetz „Über Staatswachdienst“; Föderales Gesetz „Über die föderale Feldjägerkommunikation“; Föderales Gesetz „Über die Ratifizierung des Vertrages zur Verringerung strategischer Waffen zwischen der Russischen Föderation und den Vereinigten Staaten von Amerika“; Föderales Gesetz „Über Ratifizierung der Chemiewaffenkonvention“; Föderales Gesetz „Über das Verfahren der Bereitstellung des Militär- und Zivilpersonals zur Teilnahme am Wiederaufbau des internationalen Friedens und Sicherheit durch die Russische Föderation“ und andere Rechtsakte.

hat folglich nicht nur strafrechtliche, sondern vielmehr gesamtrechtliche Bedeutung.

II. Begriffsbestimmung

Der Begriff „Angriff“ als Tatbestandsmerkmal eines konkreten Straftatbestandes ist nicht legal definiert. Die höchstrichterliche Auslegung dieses strafrechtlichen Terminus wird in dem Beschluss des Plenums des Obersten Gerichts der RF Nr. 1 vom 17. Januar 1997 „Über die gerichtliche Anwendungspraxis der Strafgesetze zum Banditentum“ festgelegt⁴:

„Unter einem Angriff sind solche Handlungen zu verstehen, die auf die Erreichung des inkriminierten Erfolges durch die Anwendung von Gewalt gegenüber dem Opfer oder durch die Drohung mit der unmittelbaren Anwendung solcher Gewalt gerichtet sind“.

In der russischen Strafrechtswissenschaft besteht jedoch Streit über die zutreffende Definition. Ungeachtet der Differenzen bei der Auslegung des Begriffs „Angriff“ und seines Inhalts betrachten die Autoren ihn nicht ohne Grund im Lichte der Gewalt.

Nach Auffassung von G. Chadisov besteht das Wesen des Raubes nicht in einem Angriff, sondern in der Anwendung von Gewalt, die eine Gefahr für das Leben und die Gesundheit des Opfers bewirkt, weil dieser Umstand die Allgemeingefährlichkeit dieser Straftat in erheblichem Maße steigert⁵.

Eine ähnliche Meinung vertritt S. I. Sirota; er versteht unter einem Angriff (beim Raub) eine plötzliche, für das Opfer unerwartete Gewalt oder die Drohung mit der Gewaltanwendung, die nach ihrem objektiven Charakter den Tod oder eine für den Leib oder das Leben des Opfers gefährliche Körperverletzung herbeiführen kann⁶.

Einige Autoren betrachten Angriff und Gewalt als Synonyme⁷. Andere sehen den Angriff als eigentliche Tathandlung und daher als Hauptmerkmal des objektiven Tatbestandes an, während Gewalt das vom Gesetzgeber hervorgehobene Mittel der Tatbegehung sei. So betont z. B. A. V. Naumov in seiner Kommentierung des Art. 227 UK RF, dass der Straftatbestand der Piraterie, „einen Angriff auf ein See- oder Flussschiff als Tathandlung nennt.

⁴ Amtliche Entscheidungssammlung des Obersten Gerichts der RF 1997, Nr. 1.

⁵ Chadisov G. [Хадисов Г.], Уголовно-правовая характеристика грабежа и разбоя [Strafrechtliche Charakterisierung des Raubes und des offenen Diebstahls], in: Ученые записки института истории, языка и литературы Дагестанского филиала АН СССР [Wissenschaftsnotizen des Instituts für Geschichte, Sprache und Literatur der Außenstelle der Akademie der Wissenschaften der UdSSR in Dagestan], 1966, S. 171.

⁶ Sirota S. I. [Сирота С. И.], Преступления против собственности и борьба с ними [Straftaten gegen das Eigentum und ihre Bekämpfung], Voronezh 1968. S. 74

⁷ Gugut'ia M. B. [Гугучия М. Б.], Ответственность за разбой по советскому уголовному законодательству [Strafbarkeit des Raubes nach sowjetischen Strafgesetzen], Suchumi 1958, S. 29

Die Gewalt oder die Drohung mit der Gewaltanwendung fungiert dabei als Tatmittel⁸.

Eine weitere Gruppe von Wissenschaftlern bewertet das Verhältnis der Tatbestandsmerkmale „Angriff“ und „Gewalt“ im objektiven Tatbestand anders. Nicht die Gewalt wird als Mittel des Angriffs verstanden, sondern – umgekehrt – der Angriff als Mittel (oder Form) der Gewaltanwendung⁹.

Nach unserer Auffassung trägt dieser Streit nichts Wesentliches zum Verständnis des Angriffs als Form der Tathandlung bei.

Konstruktiver erscheint ein anderer Weg, der darin besteht, *die Eigenschaften des Angriffes, die ihm als einer besonderen Erscheinungsform der Tathandlung immanent sind, hervorzuheben.*

Am häufigsten finden sich in der Strafrechtswissenschaft Definitionen im Zusammenhang mit dem Raub und dem Banditentum. Sie enthalten stets den Hinweis auf die Gewalt, die gegenüber einer natürlichen Person angewendet wird. Dabei kann die Gewalt – sogar bei Banditentum (erst recht bei Piraterie und Angriff auf Personen und Einrichtungen, die internationalen Schutz genießen) – auch gegen ein Tier, fremdes Eigentum bzw. Vermögen o. ä. gerichtet sein.

So kann z. B. bei Piraterie eine aggressive gewalttätige Einwirkung auf das Angriffsobjekt im „Rahmen“ des zu attackierenden Schiffes und bei Banditentum in der Zerstörung des Objekts durch die Herbeiführung einer Explosion oder Brandstiftung usw. zum Ausdruck kommen. Allerdings sind die Angreifer in all diesen Fällen zur Gewaltanwendung auch gegenüber natürlichen Personen bereit.

V. S. Komissarov versteht bei Banditentum (Art. 209 UK RF) unter Angriff die Schaffung einer gefährlichen Lage ab dem Zeitpunkt der Gewaltanwen-

⁸ Naumov A. V. [A. V. Наумов] (Red.), Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации [Kommentar zum Strafkodex der Russischen Föderation], Moskau 1996, S. 534; Siehe auch Nikiforov B. S. [Никифоров Б. С.], Уголовно-правовая охрана личной собственности граждан [Strafrechtlicher Schutz des Privateigentums], Moskau 1954, S. 88.; Michajlov M. P. [Михайлов М. П.], Уголовная ответственность за кражу личного имущества и разбой (по советскому праву) [Strafbarkeit wegen Diebstahls von Privateigentum und Raubes (nach sowjetischem Recht)], Moskau 1958, S. 124–125; Ivachnenko A. M. [Ивахненко А. М.] Квалификация бандитизма, разбоя, вымогательства: проблемы соотношения составов [Qualifizierung des Banditentums, Raubes, Erpressung: Probleme des Wechselverhältnisses der Tatbestände], Diss. Moskau 1996, S. 88; Sevrjukov A. P. [Северюков А. П.], Криминологическая и уголовно-правовая характеристика грабежей и разбоев, совершаемых с незаконным проникновением в жилище, и их предупреждение [Kriminologische und strafrechtliche Charakterisierung des offenen Diebstahls und Raubes bei Wohnungseinbrüchen und deren Vorbeugung], Moskau 2000, S. 57.

⁹ Grigorjev V. A. [Пригорьев В. А.] Соучастие в преступлении по уголовному праву Российской Федерации [Beteiligung nach dem Strafrecht der Russischen Föderation], Ufa 1995, S. 23; Siehe auch: Sarapov R. D. [Шарапов Р. Д.], Уголовно-правовая характеристика физического насилия [Strafrechtliche Charakterisierung der physischen Gewalt], Diss., Sankt-Petersburg 1999, S. 69.

dungsbereitschaft zur Erreichung der Bandenziele¹⁰. [Dazu ist anzumerken, dass Art. 209 Pkt. 1 UK RF als Tathandlung des Banditentums die Bildung einer Bande nennt. Diese muss zu dem Zweck erfolgen, einen Angriff auf Bürger oder Organisationen vorzunehmen. *Komissarov* lässt dennoch nicht das Vorliegen der Gewaltanwendungsbereitschaft genügen, sondern fordert für die Vollendung des Art. 209 Pkt. 1 UK RF über die Bildung der Bande hinaus, dass bereits eine Situation eingetreten ist, in der eine Gefahrenlage für das Opfer besteht.] Diese Auslegung soll in gleicher Weise für die Tatbestände Raub, Piraterie und Angriff auf Personen und Einrichtungen, die internationalen Schutz genießen, gelten [obwohl in den Art. 162, 227, 360 UK RF der Angriff die Tathandlung darstellt].

Es überzeugt allerdings nicht, den Terminus Angriff nach der Vollendung zu definieren. Der Zeitpunkt, ab dem die Straftaten, die mittels eines Angriffs begangen werden, als vollendet gelten, und der Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme der Angriffshandlung, müssen nicht notwendig übereinstimmen. Sollte dies jedoch der Fall sein, so läge der Angriff allerdings bereits im Zeitpunkt der Gefahrenschaffung vor, weil alle Straftaten, die mittels eines Angriffs begangen werden, bereits mit dessen Beginn (Art. 162, 227, 360 UK RF) und zum Teil sogar schon mit dem Beginn der Vorbereitung (Bildung der Bande, Art. 209 UK RF) als vollendet einzustufen sind.

Deswegen ist *V. S. Komissarov* darin zustimmen, dass der Angriff unabhängig von der Gewaltanwendung oder der Drohung vorliegen kann; das gilt aber nur für die Bestimmung des Vollendungszeitpunktes *auf der Grundlage der gesetzlichen Ausgestaltung des jeweiligen Straftatbestandes*.

Die Bestimmung des Vollendungszeitpunkts hängt nämlich davon ab, wie der Gesetzgeber den konkreten Tatbestand konstruiert hat, sie ist dagegen von der gesetzlichen Beschreibung der Tathandlung und dem tatsächlich verwirklichten Handlungsakt grundsätzlich unabhängig. So kann z. B. der Totschlag (Art. 105 UK RF) sowohl durch eine einzelne Handlung als auch durch mehrere Handlungen („Handlungskomplex“) begangen werden, die Vollendung setzt aber den Eintritt des Todes eines anderen Menschen voraus. Art. 317 UK RF, der den Täter, der einem Mitarbeiter eines Rechtsschutzorgans nach dem Leben trachtet, mit Strafe bedroht, ist dagegen nicht erst mit dessen Tötung vollendet, sondern schon mit der Vornahme von Handlungen, die unmittelbar auf die Tötung gerichtet waren. Obwohl Art. 105 UK RF einen Tötungserfolg erfordert, Art. 317 UK RF dagegen nicht, unterscheiden sich beide Konstellationen in ihrer Gesellschaftsgefährlichkeit und in den maßgeblichen Merkmalen der Handlungsakte nicht wesentlich voneinander.

Die Konstruktion des Tatbestandes kann deshalb nicht als Kriterium für die Bestimmung der wesentlichen Merkmale der Tathandlung dienen. Die Ausgestaltung des Tatbestandes bestimmt zwar die Grenzen der Strafbarkeit wegen der Tatbegehung, spiegelt aber nicht das soziale, rechtliche und faktische Wesen der Tat wieder.

¹⁰ *Komissarov V. S.* [Комиссаров В. С.], Понятие бандитизма в уголовном праве [Der Begriff des Banditentums im Strafrecht], in: Вестник Московского университета [Informationsblatt der Moskauer Universität] Reihe 11: Recht, 1994/4, S. 47 f.

Eine andere Auffassung betrachtet den Angriff als Handlung, die der Anwendung von Gewalt vorgeschaltet ist.

V. I. Simonov und V. G. Schumichin sind der Meinung, dass der Angriff die erste, anfängliche Phase des Raubes sei; die Anwendung von physischer und psychischer Gewalt stelle die zweite Phase der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes dar¹¹.

Andere betonen die Eigenständigkeit der Merkmale Angriff und Gewalt und halten ihr kumulatives Vorliegen nicht für notwendig. So ist L. G. Chulapova der Meinung, das Vorliegen eines Angriffs sei bei dem Raub nicht notwendig. Wichtig sei lediglich, die Gewaltanwendung festzustellen¹².

Es ist möglich, dass ein Angriff gegen den Willen des Angreifers (zum Beispiel aufgrund des rechtzeitigen Eingreifens eines staatlichen Organs, durch Hilfe Dritter oder Notwehr des Angegriffenen selbst) abgewendet wird. Dennoch handelt es sich um einen vollendeten Angriff, wenn der Täter unverzüglich (gleich zu Beginn des Angriffs) Gewalt angewendet hat.

Deshalb verwendet das Gesetz in Art. 162 und Art. 227 UK RF den Terminus „Angriff, der mit tatsächlicher Gewaltanwendung oder der Drohung mit Gewaltanwendung, gerichtet auf Aneignung fremden Vermögens, verbunden ist“. Außerdem können Angriff und Gewaltanwendung zeitlich zusammenfallen, sodass die Phase der Schaffung der konkreten Gefahr der Gewaltanwendung gänzlich fehlt.

Deshalb ist die Definition des Angriffs als Schaffung eines Gefahrenzustands, in dessen zeitlichen und räumlichen Grenzen die konkrete Gefahr der Gewaltanwendung besteht, zu eng und umfasst nicht das Wesen des Angriffs in allen möglichen Erscheinungsalternativen.

Die oben genannten Interpretationen widerlegen nicht das Hauptargument in der Auseinandersetzung über das Verhältnis der Begriffe „Angriff“ und „Gewalt“. Dieses besteht darin, dass unabhängig von der jeweiligen Tatbestandsstruktur die Gewalt eine wesentliche Eigenschaft des Angriffes darstellt und zwar ungeachtet ihrer Erscheinungsform oder der Stelle, die sie in der Reihenfolge der inkriminierten Handlungen einnimmt. Dabei ist bei einem Angriff weder die Erscheinungsform der Gewalt noch das tatsächliche Vorliegen von Gewalt von Bedeutung.

Nur eine Eigenschaft beschreibt widerspruchsfrei die für den Angriff wesentliche Bedeutung der Gewalt in einer Situation, in der zwar keine Gewalt angewendet wurde, die Handlungen aber trotzdem als gewaltsam

¹¹ Simonov V. I. / Šumichin V. G., [Симонов В. И., Шумихин В. Г.], Квалификация насильственных посягательств на собственность [Die Einordnung der gewalttätigen Übergriffe auf das Eigentum], Moskau 1993, S. 6; Vladimirov V. A [Владимиров В. А.], Квалификация похищений личного имущества [Die Einordnung der Entwendung von Privateigentum], Moskau 1974, S. 63.

¹² Chulapova L. G. [Хулапова Л. Г.], Ответственность за разбой по законодательству ТССР [Die Strafbarkeit des Raubes nach den Gesetzen der Turkmenischen Sowjetischen Sozialistischen Republik], Aschchabad 1985, S. 13.

zu bewerten sind. Diese Eigenschaft ist nicht die tatsächliche Gewaltanwendung, sondern *der aggressiv-gewalttätige Charakter der Angriffshandlungen*¹³.

Als eine andere dem Angriff immanente Eigenschaft wird in der Literatur seine *Plötzlichkeit* verstanden. Nach der Definition von A. G. Kibalnik und I. G. Solomonenko „stellt jeder Angriff einen unvermittelten (plötzlichen) Aggressionsausdruck gegenüber jemanden oder etwas dar“¹⁴. Allerdings hat nach G. N. Borsenkov die Plötzlichkeit des Angriffes lediglich untergeordnete, von der Gewalt abgeleitete Bedeutung¹⁵, wobei der Autor die Notwendigkeit der Plötzlichkeit nicht verneint. In unserem Zusammenhang führt es jedoch nicht weiter, die Hierarchie der Angriffseigenschaften zu erörtern und einer davon eine „besondere“ Bedeutung beizumessen. Wie bereits erwähnt, sind der – hier behandelten – Form der Tathandlung die Eigenschaften immanent, die gemeinsam ihren Charakter bestimmen. Es muss sich allerdings um wesentliche Eigenschaften handeln, die den Angriff zu einer selbstständigen – aufgrund dieser Eigenschaften von anderen Handlungen zu unterscheidenden – Handlungsform machen.

Der gewalttätige Charakter ist eine wesentliche, jedoch nicht ausreichende Eigenschaft, um den Angriff von den anderen gewalttätigen Handlungen abzugrenzen. Der russische Gesetzgeber beschreibt die objektiven Merkmale von Gewalthandlungen auf unterschiedliche Weise. Insbesondere werden Begriffe und Wortverbindungen verwendet, wie „Herbeiführung des Todes“ (Art. 105–109 UK RF); „Herbeiführung eines Gesundheitsschadens“ (Art. 111, 112, 115 UK RF), „Trachten nach dem Leben“ (Art. 317 UK RF), „gewaltsame Handlungen“ (Art. 132 UK RF); „Gewaltanwendung“ (Art. 318, 321 UK RF) u. a. Der Terminus „Angriff“ lässt sich nicht ohne weiteres in diese Bezeichnungen von Gewaltdelikten einordnen. Wegen der unterschiedlichen Verwendung dieses Begriffs im Gesetz ist es notwendig, ihn anders auszulegen als den Terminus „Gewalt“.

¹³ Vgl. *Rarog A. I.* [Папор А. И.] (Red.), *Российское уголовное право в двух томах* [Strafrecht Russlands in zwei Bänden], Band 2, Besonderer Teil, Moskau 2004, S. 192; *Naumov A. V.* [Наумов А. В.] (Red.), *Словарь по уголовному праву* [Wörterbuch des Strafrechts], Moskau 1997, S. 245; *Vladimirov V. A.* [Владимиров В. А.], *Квалификация похищений личного имущества* [Die Einordnung der Entwendung von Privateigentum], Moskau 1974, S. 230–231]; *Skuratov Ju. I. / Lebedev V. M.* [Скуратов Ю. И., Лебедев В. М.] (Red.), *Комментарий к УК РФ. Особенная часть* [Strafcode der Russischen Föderation, Kommentar, Besonderer Teil], Moskau 1996, S. 141 ff.

¹⁴ *Kibalnik A. G./Solomonenko I. G.* [Кибальник А. Г., Соломоненко И. Г.], *Преступления против мира и безопасности человечества* [Straftaten gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit], Sankt-Petersburg 2004, S. 183; s. auch *Ustinova T. D.* [Устинова Т. Д.], *Уголовная ответственность за бандитизм (по новому УК РФ)* [Strafbarkeit wegen Banditentum (nach neuem UK RF)], Moskau 1997, S. 28 f.; *Krieger G. A.* [Кригер Г. А.], *Квалификация хищений социалистического имущества* [Einordnung der Entwendung des sozialistischen Vermögens], Moskau 1971, S. 137; *Aršitov S. O.* [Ашитов З. О.], *Социалистическая законность и квалификация преступлений* [Sozialistische Normierung und Einordnung der Straftaten], Alma-Ata 1983, S. 49.

¹⁵ Siehe *Borsenkov G. N. / Komissarov V. S.*, [Борзенков Г. Н., Комиссаров В. С.], (Red.), *Курс уголовного права. Т. 3. Особенная часть* [Vorlesungsreihe im Strafrecht, Band 3, Besonderer Teil], Moskau 2002, S. 448.

Die Rechtsprechung behauptet, die *Plötzlichkeit* sei eine wesentliche Eigenschaft des Angriffs. Diese Sicht wird vereinzelt geteilt und wissenschaftlich begründet¹⁶.

Ein Teil der Literatur unterscheidet dagegen „Plötzlichkeit“ [внезапность] und „Jähheit“ [стремительность]. Nach unserer Auffassung stellen beide Begriffe zwei Seiten „einer Medaille“ dar und beschreiben verschiedene Aspekte desselben Merkmals des Angriffs. „Jähheit“ charakterisiert den Angriff aus Sicht eines Außenstehenden (z. B. des Rechtsanwenders) auf der Grundlage der objektiv in Erscheinung getretenen Umstände. Jähheit des Angriffs stellt also ein *objektives Kriterium der Bewertung der Angriffssumstände* dar. „Plötzlichkeit“ charakterisiert dagegen den Angriff aus der Sicht des Opfers, meint also die subjektive Wahrnehmung der Gewalt. Deshalb ist die Plötzlichkeit ein *subjektives Kriterium der Bewertung der Angriffssumstände*.

Zu klären ist allerdings, welches der beiden Kriterien für die Feststellung der Angriffseigenschaften der Tathandlung des einschlägigen Straftatbestands des Besonderen Teils des UK RF notwendig ist.

Das Problem der Beantwortung der Frage nach der Wahl des zutreffenden (objektiven oder subjektiven) Kriteriums für die strafrechtliche Bewertung einer Tathandlung stellte sich bereits des Öfteren in unterschiedlichen Zusammenhängen sowohl der Rechtswissenschaft als auch dem Gesetzgeber und dem Rechtsanwender. Der Tatbestand des Banditentums nach Art. 76 UK RSFSR von 1922 enthielt zwei Tathandlungen, nämlich „Angriff“ und „Überfall“. Wegen des Wortlauts dieser Norm sollte der Bandenangriff klar vom Bandenüberfall abgegrenzt werden, weil die beiden Merkmale *Alternativen* darstellten. Der „Überfall“ sollte durch die Bewertung der Aggressionssituation anhand eines objektiven Kriteriums, und zwar der schnellen, intensiven Handlung gekennzeichnet sein. Mit der Aufgabe dieses Begriffs durch den Gesetzgeber verlor das objektive Kriterium der Beurteilung der Aggressionssituation eine eigenständige strafrechtliche Bedeutung.

Subjektive Kriterien der Bewertung bestimmter Lebensumstände verwendet der Gesetzgeber nicht selten bei der Formulierung eines Tatbestandsmerkmals, insbesondere wenn dessen Vorliegen nur von dem Empfinden des Betroffenen abhängig gemacht werden soll, sodass diese Voraussetzung über das hinausgeht, was der Täter zur Feststellung des Vorsatzes im Rahmen der Schuld wahrgenommen haben muss. Ein Beispiel stellt das Merkmal Drohung mit Tötung in Art. 119 UK UF dar. Nach Auffassung der rechtswissenschaftlichen Literatur „besteht die Besonderheit der Bedrohungssituation darin, dass ihr objektiver Inhalt mit der Bedeutung übereinstimmen muss, die der Betroffene ihr zumisst. (...) Die Drohung muss als reale Gefahr wahrgenommen werden. Der adäquaten Drohungswahrnehmung dienen:

¹⁶ Sevrvjukov A. P. [Севрюков А. П.], Криминологическая и уголовно-правовая характеристика грабежей и разбоев, совершаемых с незаконным проникновением в жилище, и их предупреждение [Kriminologische und strafrechtliche Charakterisierung des offenen Diebstahls und Raubes bei Wohnungseinbrüchen und deren Vorbeugung], Diss., Moskau 2000, S. 57.

- a. ihre Personifizierung und
- b. ihr Informationsgehalt¹⁷.

Die Bedeutung des subjektiven Kriteriums der Situationsbewertung besteht darin, dass die Straftat dann als vollendet einzustufen ist, wenn der Betroffene die Drohung als solche empfunden hat¹⁸.

Daraus folgt, dass die Feststellung der im Besonderen Teil vorgesehenen Merkmale der einzelnen Tathandlungen nicht nur von äußeren Erscheinungen, sondern auch von der subjektiven Bewertung der Handlung durch den Betroffenen (durch das Opfer) abhängt. Entweder weist das Gesetz ausdrücklich auf diese Abhängigkeit hin oder sie ergibt sich aus der Auslegung der Norm.

In manchen Fällen lässt sich dem Strafgesetz das subjektive Kriterium für die Bewertung einer gesellschaftsgefährlichen Handlung nicht ohne weiteres entnehmen. Dennoch kann diese Voraussetzung wesentlich für die Feststellung der objektiven Merkmale der Straftat sein.

Gem. Pkt. 23 des Beschlusses des Plenums des Obersten Gerichts der RF vom 27.12.2002 Nr. 29 „Über die Rechtsprechung zum verdeckten Diebstahl, offenen Diebstahl und Raub“ wird z. B. ein – mit Drohung der Gewaltanwendung verbundener – Angriff in Abhängigkeit von der subjektiven Wahrnehmung des Betroffenen entweder als Raub oder als offener Diebstahl eingestuft. „Hält der Täter dem Opfer lediglich eine Waffe vor oder bedroht er es mit einer untauglichen, ungeladenen Waffe oder Scheinwaffe (z.B. Pistolenattrappe, Spielzeugdolch o. ä.), ohne zu beabsichtigen, diese Gegenstände zur Zufügung der für das Leben oder die Gesundheit gefährlichen Körperverletzungen zu verwenden, so können seine Handlungen (wenn keine anderen erschwerenden Umstände vorliegen) als Raub im Sinne des Art. 162 Pkt. 1 UK RF qualifiziert werden. Hat der Betroffene erkannt, dass er mit einer untauglichen, ungeladenen Waffe oder Scheinwaffe bedroht wurde, so kommt dagegen Strafbarkeit wegen offenen Diebstahls in Betracht“¹⁹.

¹⁷ *Rarog A. I* [Рапог А. И.] (Red.), Уголовное право России. Особенная часть [Strafrecht Russlands, Besonderer Teil], Moskau 2010, S. 73; vgl. auch *Fomitscheva M. A.* [Фомичева М. А.], Угроза как способ совершения преступления (основание криминализации, виды и характеристика [Drohung als Mittel der Straftatbegehung (Begründung der Kriminalisierung, Arten und Charakteristiken)] Vladimir 2007 S. 53 ff.

¹⁸ *Lukjanowa I. W.* [Лукьянова И. В.], Угроза как преступление [Drohung als Straftat], Kaluga 2004 S. 61; *Durmanov N. D.* [Дурманов Н. Д.], Уголовная ответственность за преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения [Pönalisierung der Straftaten gegen öffentliche Sicherheit, öffentliche Ordnung und Gesundheit der Bevölkerung], Moskau 1962 S. 19; *Lekoncev Ju., Brilliantov A.* [Леконцев Ю., Бриллиантов А.], Ответственность за угрозу убийством, нанесением тяжких телесных повреждений и/или уничтожением имущества [Strafbarkeit der Drohung mit der Herbeiführung der Tötung, schwerer Körperverletzung oder Vermögensvernichtung], Советская юстиция [Sowjetische Justiz], 1982/22 S. 13; *Krasikov A. N.* [Красиков А. Н.], Преступления против личности [Straftaten gegen die Person], Saratov 1999 S. 80.

¹⁹ Amtliche Entscheidungssammlung des Obersten Gerichts der RF, 2003, Nr. 2.

Dies zeigt, dass das subjektive Bewertungskriterium bei der Vornahme einer gesellschaftsgefährlichen Handlung von entscheidender Bedeutung sein kann. Deshalb muss es bei der Beurteilung der Handlung als Angriff im Sinne des Raubtatbestandes berücksichtigt werden. In der höchstrichterlichen Auslegung des Begriffs „Angriff“ wird die Notwendigkeit der Berücksichtigung der subjektiven Bewertung der Aggressionssituation durch den Betroffenen besonders betont. Dieser Umstand führt dazu, dass der Angriff als plötzliche gewaltsame Handlung zu definieren ist.

Das Merkmal „Jähheit“ der gewaltsamen Handlungen hat für die Bestimmung des „Angriffs“ keine konstitutive, sondern nur eine fakultative Bedeutung. Das Fehlen der „Jähheit“ bei bestimmten handlungsbedingten Aggressionsscheinungen schließt das Merkmal der Plötzlichkeit nicht aus und verhindert in der Praxis die Einstufung dieser Erscheinungen als Angriff nicht, wie es zum Beispiel beim Raub der Fall ist.

Dieses Ergebnis folgt ebenfalls aus den Erläuterungen des oben genannten Plenumsbeschlusses des Obersten Gerichts der Russischen Föderation (Pkt. 23). „In den Fällen, in denen zwecks Entwendung fremden Vermögens dem Betroffenen gegen seinen Willen oder durch Täuschung eine für das Leben oder die Gesundheit gefährliche, stark wirkende, giftige oder betäubende Substanz verabreicht wird, um das Opfer in einen hilflosen Zustand zu versetzen, ist die Tat als Raub [mithin als Angriff] einzuordnen“. Die Verabreichung einer solchen Substanz beispielsweise durch Täuschung stellt für den Betroffenen in der Regel keine „jäh“ Handlung dar. Aus dem Verständnis des Angriffs als schnelle, jäh Handlung ziehen einige Autoren den bedenklichen Schluss, dass der Angriff nur offene gewaltsame Handlungen umfasse und nicht in verdeckten, täuschenden Handlungen zum Ausdruck kommen könne²⁰.

Die meisten Autoren und die Rechtsprechung sehen dies jedoch anders. In Übereinstimmung mit der Erläuterung des Plenums des Obersten Gerichts RSFSR zum Beschluss „Über Rechtsprechung zum verdeckten Diebstahl und Raub“ vom 22. März 1966 „muss die Verabreichung einer für das Leben und die Gesundheit des Betroffenen gefährlichen, stark wirkenden, giftigen oder

²⁰ Siehe: *Boldyrev E. V., Petrunov V. P.* [Болдырев Е. В., Петрунов В. П.], Вопросы квалификации разбоя в судебной практике [Fragen zur Raubeinstufung in der Gerichtspraxis], in: Научный комментарий судебной практики за 1967г. [Wissenschaftlicher Kommentar der Rechtspraxis 1967], Moskau 1968, S. 125; *Kaplan E.* [Каплан Е.], Возможен ли разбой без нападения [Ist ein Raub ohne Angriff möglich], in: Социалистическая законность [Sozialistische Gesetzlichkeit], 1990/12, S. 56; *Vladimirov V. A., Ljapunov Ju. I.* [Владимиров В. А., Ляпунов Ю. И.], Ответственность за корыстные посяательства на социалистическую собственность [Strafbarkeit der eigennütigen Übergriffe auf sozialistisches Eigentum], Moskau 1986, S. 112; *Ustinova T. D.* [Устинова Т. Д.], Уголовная ответственность за бандитизм (по новому УК РФ) [Strafbarkeit des Banditentums (nach neuem UK RF)] Moskau 1997 S. 28 f.; *Kozačenko I. J. u. a.* [Козаченко И. Я. и др.], (Red.) Уголовное право. Особенная часть: Учебник для вузов [Strafrecht BT. Lehrbuch für Hochschulen], Moskau 1997, S. 230.

betäubenden Substanz, um ihn zum Zweck der Aneignung fremden Vermögens in einen hilflosen Zustand zu versetzen, als Raub eingestuft werden“²¹.

In der Literatur wird zur Recht bemerkt, dass der Angriff häufig eine komplexe Handlung ist. Nach Auffassung von *A. M. Ivachnenko* „stellt ein Angriff bei Banditentum in der Regel keinen einmaligen Handlungsakt dar, sondern umfasst mehrere Handlungen, sodass eine zeitliche Ausdehnung für ihn spezifisch ist. Deshalb kann man den Angriff als Einwirkungsprozess auf den Betroffenen definieren, wobei die reelle Gefahr der Gewaltanwendung während des Zeitraums, in dem der Angriff stattfindet, bestehen muss“²².

B. V. Volženkin beschreibt den Angriff als einen Handlungskomplex, der aus einzelnen, selbstständigen Elementen besteht. Nach seiner Auffassung „stellt die Gewalt oder die Drohung mit der Gewaltanwendung im Raubtatbestand nur einen Bestandteil des Angriffes dar, der auch andere Handlungen umfasst“²³. *B. V. Volženkin* zählt zum Inhalt des Angriffs nicht nur die Drohung mit der Gewaltanwendung und die Gewalt selbst (wenn sie tatsächlich angewendet wurde), sondern auch die anderen den Angriff begleitenden Handlungen (z. B. Handlungen, die auf Vermögensaneignung, Aufbringung eines Schiffes u. s. w. gerichtet sind).

Die Auffassung, dass der Angriff in der Regel einen Handlungskomplex beschreibt²⁴ erscheint zutreffend. Sie wird auch vom Plenum des Obersten Gerichts der Russischen Föderation geteilt, das in seinem Beschluss vom 21. Dezember 1993 erläuterte, dass bei Banditentum unter einem Angriff „solche Handlungen zu verstehen sind, die auf die Erreichung von kriminellen Zielen gerichtet sind“. Allerdings wird durch diese höchstrichterliche Auslegung auch eine einzelne Handlung nicht von der strafrechtlichen Subsumtion unter den Begriff des Bandenangriffes ausgeschlossen.

²¹ *Radtschenko V. I.* [Радченко В. И.], Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации по уголовным делам с комментариями и пояснениями [Sammelband der geltenden Beschlüsse des Plenums der Obersten Gerichte der UdSSR, RSFSR und Russischen Föderation in Strafsachen mit Kommentaren und Erläuterungen], Moskau 2000, S. 289.

²² *Ivachnenko A. M.* [Ивахненко А. М.], Квалификация бандитизма, разбоя, вымогательства: проблемы соотношения составов [Qualifizierung des Banditentums, Raubes, Erpressung: Probleme des Wechselverhältnisses der Tatbestände], Diss., Moskau 1996, S. 89; siehe auch *Sevrjukov A. P.* [Северюков А. П.], Криминологическая и уголовно-правовая характеристика грабежей и разбоев, совершаемых с незаконным проникновением в жилище, и их предупреждение [Kriminologische und strafrechtliche Charakterisierung des offenen Diebstahls und Raubes bei Wohnungseinbrüchen und deren Vorbeugung], Diss., Moskau 2000, S. 151.

²³ *Volženkin B. V.* [Волженкин Б. В.], Вопросы квалификации краж, грабежей и разбоев, совершенных с целью завладения личным имуществом граждан [Fragen der Abgrenzung des Diebstahls, offenen Diebstahls und Raubes, begangen zwecks Aneignung von Privateigentum der Bürger], Leningrad 1981, S. 16.

²⁴ Siehe *Gravina A. / Jani S.* [Гравина А., Яни С.], Правовая характеристика нападения как объективной стороны разбоя [Rechtliche Charakteristik des Angriffes als objektives Merkmal des Raubes], in: Советская юстиция [Sowjetische Justiz], 1981/7, S. 19.

Die komplexe Handlungsstruktur wäre nur dann ein wesentliches Merkmal des Angriffs, wenn sowohl der allgemeine Angriffsbegriff als auch seine unterschiedlichen Erscheinungsformen diese Voraussetzung aufweisen.

Das 1988 in Rom beschlossene Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt bestimmt die Struktur der Piraterie als einen Handlungskomplex. Im Bericht des *Piracy Reporting Centre* des International Maritime Bureau (IMB) von 1992 wird die Piraterie dagegen als eine weniger komplexe Struktur bezeichnet.

Der Raub kann aus einem Handlungskomplex oder in einer Einzelhandlung bestehen (es genügt nämlich die Drohung „Geld oder Leben!“), denn auch im letzteren Fall handelt es sich um eine für das Opfer plötzliche Aggressionserscheinung. Ein Piratenangriff verläuft dagegen in der Regel über einen längeren Zeitraum und stellt einerseits einen physischen Einwirkungsprozess auf Menschen und Sachen und andererseits eine psychische Einwirkung auf Menschen durch eine Drohung mit Gewaltanwendung dar. Allerdings reicht auch die Enterung eines Schiffes mit dem Ziel seiner Aufbringung aus, um das Verhalten als vollendete Piraterie zu bezeichnen.

Die komplexe Handlungsstruktur ist deshalb lediglich ein fakultatives Merkmal des Angriffs, das das Wesen und den Charakter dieser besonderen Handlungsart im objektiven Tatbestand entsprechender Delikte des Besonderen Teils des UK RF nicht bestimmt.

Ein Teil der Literatur betrachtet die Zielgerichtheit als wesentliches Merkmal des Angriffs. So behauptet *L. D. Gauchman*, dass der Gesetzgeber beim Raub den Begriff „Angriff“ als Bindeglied zwischen den Merkmalen „mit dem Ziel der Entwendung fremden Eigentums“ und „Gewalt“ verwendet. Daraus folgert *L. D. Gauchman*, dass „das Wesen des Raubes in einer unauflösbaren Verbindung zwischen der lebens- oder gesundheitsgefährlichen Gewalt (bzw. Drohung mit dieser Gewaltanwendung) und dem Ziel der Eigentumsentwendung“²⁵ besteht. Diese Folgerung trifft allerdings nur bestimmte Tatbestände zu, nämlich für Art. 162 und Art. 227 UK RF.

Art. 209, 340, 360 UK RF fordern die Zielgerichtheit des Angriffes nicht. Diese Straftaten werden zwar zur Erreichung eines bestimmten kriminellen Zieles begangen. Dies gilt aber zum einen grundsätzlich für alle Straftaten, und zum anderen kann die Vermutung, dass der Täter ein Ziel verfolgen wird, nicht als Voraussetzung für das Vorliegen eines Angriffs betrachtet werden.

Die Zielgerichtheit der plötzlichen Aggression stellt daher ebenfalls keine wesentliche Eigenschaft des Angriffs dar, weil die Zielgerichtheit keine zwingende, gesetzliche und typische Voraussetzung aller Tatbestände, die das Merkmal des Angriffs aufweisen, darstellt. Nach unserer Auffassung ist das Ziel des Angriffs nur bei Raub und Piraterie ein besonderes, in diesen Tatbeständen ausdrücklich genanntes Merkmal.

²⁵ *Gauchman L. D.* [Гаухман Л. Д.], *Насилие как средство совершения преступления* [Gewalt als Mittel der Tatbegehung], Moskau 1974, S. 107 f.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass viele der in der Literatur diskutierten Eigenschaften des Angriffs nicht zur Bestimmung dieses Begriffs erforderlich sind, weil sie keine spezifischen Besonderheiten der Tathandlung als Teil des objektiven Tatbestandes widerspiegeln. Die Vertreter der unterschiedlichen Auffassungen zum Wesen des Angriffes stützen sich auf die Analyse eines bestimmten Straftatbestands (Raub, Piraterie, Banditentum, Angriff auf Personen und Einrichtungen, die internationalen Schutz genießen usw.). Ihre Folgerungen treffen deshalb nur in einem bestimmten Zusammenhang zu. Jähheit, Intensität (Gefahr), Offenheit, Bewaffnung, Zielgerichtetheit des Vorsatzes (des Ziels des Angriffs) sind fakultative Merkmale des Angriffes. Einzelne dieser Merkmale haben zwar bei bestimmten Tatbeständen eine konstitutive Bedeutung, weil sie dem konkreten Tatbestand seine typischen Konturen geben, sie bestimmen aber nicht das Wesen des Angriffs als Handlungstypus. Daraus folgt, dass es nicht möglich ist, auf der Grundlage eines einzelnen „Mustertatbestandes“ die Voraussetzungen eines allgemeingültigen „Oberbegriffs“ des Angriffs festzulegen.

Der Angriff als Handlungstypus lässt sich jedoch beschreiben *als nicht provozierte plötzliche aggressiv-gewaltsame Einwirkung auf den Betroffenen oder die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter.*

Diese Voraussetzungen weisen alle Tathandlungen auf, die das Gesetz als „Angriff“ bezeichnet. Diese Klärung des Begriffsinhalts erleichtert die strafrechtliche Bewertung des Tatgeschehens wesentlich, da diese Definition die Mehrdeutigkeit und Widersprüchlichkeit bei der Gesetzesauslegung ausschließt und folglich die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Gesetzlichkeitsprinzips schafft.



МГЮА имени О.Е.Кутафина

Der vorliegende 3. Band der „Schriften zum deutschen und russischen Strafrecht“ enthält die Vorträge, die an dem „Internationalen rechtsvergleichenden Runden Tisch zu aktuellen Themen des deutschen und russischen Strafrechts“, der am 18. Dezember 2012 an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam stattgefunden hat, gehalten wurden. Die Beiträge der Wissenschaftler und Praktiker aus Russland und Deutschland decken ein breites Spektrum an Themen ab, die in beiden Ländern von Interesse sind. In den Band aufgenommen wurden zudem der Festvortrag von Professor Alexey Rarog zum Tag der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam am 20. Juni 2012, ein Beitrag von Professor Igor Matskevich sowie ein weiterer Aufsatz von Professor Alexey Rarog und Tajjana Nagaeva. Die Publikation der Beiträge in deutscher und russischer Sprache ermöglicht den Lesern in beiden Ländern die Lektüre in der jeweiligen Muttersprache.

ISSN 2191-088X
ISBN 978-3-86956-260-5



9 783869 156260 5