

Stellungnahme

zu den Fragen an die Sachverständigen für das Expertengespräch im Unterausschuss Europarecht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 28. November 2007, 14.30 bis 17.30 Uhr

„Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht?“

„Die in der ‚Dritten Säule‘ der Europäischen Union praktizierte Zusammenarbeit einer begrenzten gegenseitigen Anerkennung, die keine allgemeine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen vorsieht, ist gerade auch mit Blick auf den Grundsatz der Subsidiarität (Art. 23 I GG) ein Weg, um die nationale Identität und Staatlichkeit in einem einheitlichen europäischen Rechtsraum zu wahren.“

Bundesverfassungsgericht, 18.7.2005, 2 BvR 2236/04

Der Titel des Expertengesprächs setzt hinter die Entstehung eines einheitlichen europäischen Strafrechts noch ein Fragezeichen. Die sechs vorgegebenen Fragen scheinen seine Entstehung teilweise schon vorauszusetzen. Ich hielte eine solche Prämisse angesichts der geltenden Verträge und auch angesichts des sich abzeichnenden Vertrages von Lissabon für sehr weitgehend und unterstreiche daher das Fragezeichen im Titel des Expertengesprächs: **Nein**, in (den Mitgliedstaaten) der Europäischen Union entsteht **ein in einzelnen Bereichen** (im Sinne einer Mindestangleichung) **vereinheitlichtes, aber kein** (im Sinne einer Totalharmonisierung) **einheitliches Strafrecht**.

Die Stellungnahme verzichtet weitgehend auf Anmerkungen und Nachweise aus der Literatur. Siehe hierzu meine Kommentierungen der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 29-42 EUV, auch veröffentlicht unter www.beck-online.de im Fachmodul Europarecht plus, und Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-42 VerfEU.

Ich interpretiere die Frage nach der Entstehung eines einheitlichen europäischen Strafrechts in dem Sinne, ob es über die Strafrechtspolitik der Europäischen Union zu einer vollständigen oder zumindest weitgehenden Harmonisierung der nationalen Strafrechtspolitiken der EU-Mitgliedstaaten kommen wird.

Damit sind zwei Dimensionen des Begriffes „europäisches Strafrecht“ angesprochen: Erstens ist der Begriff „europäisches Strafrecht“ als Bezeichnung für die Strafrechtspolitik der Europäischen Union durchaus üblich. Zweitens sind mit dem Begriff „europäisches Strafrecht“ im rechtsvergleichenden Sinne auch die nationalen Strafrechtssysteme der EU-Mitgliedstaaten angesprochen. Ausgeblendet bleibt hier die Tatsache, dass es weit mehr europäische Staaten als EU-Mitgliedstaaten gibt. Natürlich hat die EMRK nicht nur eine Bedeutung für die Grundrechtsbindung der EU und ihrer 27 Mitgliedstaaten, sondern für die über 45 Staaten, die die EMRK ratifiziert haben, um nur den wichtigsten europäischen Vertrag mit Strafrechtsbezug außerhalb des EU-Rechts zu nennen. Wir sollten also auch hier nicht den Fehler machen, Europa auf die EU zu reduzieren.

Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht? Entsteht ein einheitliches europäisches Zivilrecht? Entsteht ein einheitliches europäisches Verwaltungsrecht? Nein, aber ...? Ja und nein? Zu zehn, zwanzig, fünfzig Prozent? Rechtsgebietsübergreifend ist infolge einer drastischen Warnung des ehemaligen Bundespräsidenten Prof. Dr. Roman Herzog in den letzten Monaten in Berlin und Brüssel heftig gerechnet worden, wie viel Prozent des deutschen Rechts denn nun europarechtlich vorgeprägt seien. Die Debatte hat meines Erachtens gezeigt, dass sich der Grad der Vorprägung des nationalen Rechts durch die EU schwerlich überzeugend in Prozentzahlen oder als Diagramm beschreiben lässt.

Was das Strafrecht betrifft, haben wir in Deutschland vor einiger Zeit einen Aufschrei erlebt. Zwar waren die internationale Dimension des Strafrechts (u.a. Kriegsverbrechertribunale, Rechtshilfe) und die europäische Dimension des Strafrechts (u.a. EMRK) frühzeitig etabliert. Aber im Vergleich zum Privatrecht und zum Verwaltungsrecht kam der Erkenntnisschock des Europarechts in Gestalt des EU- bzw. EG-Rechts relativ spät. Fast konnte man den Eindruck haben, als hätten viele sich darauf verlassen, dass das Instrumentarium der sog. „dritten Säule“, also des Teils der EU-Politik im Bereich Justiz und Inneres, für den die typischen

Merkmale des Gemeinschaftsrechts überwiegend nicht gelten, schwerfällig, wenig praxisrelevant und vom Gemeinschaftsrecht Lichtjahre entfernt bleiben würde. Es wurde auch in der juristischen Fachöffentlichkeit in der Breite nicht realisiert, welche Entwicklung die europäischen Verträge hier seit dem 1992 unterzeichneten Vertrag von Maastricht genommen haben. Dass beispielsweise die dritte Säule keineswegs mehr nur intergouvernemental ausgestaltet ist und ihre zukünftige Überführung in die erste Säule in den Verträgen bereits deutlich angelegt ist, blieb zu wenig beachtet. Diese verzögerte Realisierung von Bedeutung und Reichweite des Europarechts haben wir vorher auch bereits in anderen Bereichen gesehen.

Seit einigen Jahren hat eine breitere Fachöffentlichkeit das Thema entdeckt, angeregt auch durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum **Europäischen Haftbefehl** (18.7.2005, 2 BvR 2236/04) sowie zwei Entscheidungen des EuGH (Große Kammer) zur **rahmenbeschlusskonformen Auslegung** (16.6.2005, C-105/03, „Pupino“) und zum **Umweltstrafrecht** (13.9.2005, C-176/03). Erst seit relativ kurzer Zeit gibt es Lehrbücher, die das Strafrecht der Europäischen Union etwas ausführlicher behandeln. Auch bei den Handbüchern, Kommentaren und Monographien tut sich etwas. Dabei kommt es zu einer reizvollen und bereichernden binnenjuristischen **Interdisziplinarität**, weil Spezialisten u.a. für das Strafrecht, das Europarecht, das Recht der inneren und äußeren Sicherheit sowie den Datenschutz gemeinsam betroffen sind. Natürlich laufen die Europarechtler hier Gefahr, mit ihren allgemeinen und teilweise relativ jungen Instrumenten den Fachdisziplinen die Welt aus supranationaler Perspektive neu erklären zu wollen und sind die anderen bestrebt, die besonderen Anforderungen ihrer Disziplin – hier des Strafrechts – besonders zu unterstreichen.

Die Debatte, die ich aus der Sicht des Europarechts zeitweise als **drastisch** empfunden habe - einschließlich einer etwas **einseitigen Kritik** insbesondere gegenüber dem EuGH und der Kommission -, hat sich zuletzt deutlich verbreitert und versachlicht. Dennoch stehen weiter sehr grundsätzliche Fragen im Raum: Inwieweit darf es ein EU-Strafrecht geben, obwohl die EU kein Staat ist und auch keiner werden soll? Schließlich haben wir gerade erst aus dem Reformvertrag verfassungsprägende Begriffe wie die Symbole oder den Außenminister gestrichen. Ist das EU-Strafrecht ausreichend demokratisch legitimiert? **Werden – über den Streit um demokratische Legitimationsstränge hinaus – die demokratischen**

Kontrollinstrumente ausreichend genutzt und sachgerecht weiterentwickelt? Reichen die juristischen Kontrollmechanismen? Ist die Wahrung der Grundrechte gesichert? **Besteht im EU-Strafrecht eine einseitige Tendenz zu Strafverfolgung und Strafverschärfung ohne parallele Entwicklung z.B. der Beschuldigtenrechte oder des Datenschutzes?** Welche Organe bzw. Gewalten auf welcher Verbandsebene (EU, Bund, Länder) müssen sich neuen Aufgaben stellen? Wer gehört zu den Gewinnern und wer zu den Verlierern?

1. Woraus ergibt sich dem Grunde nach und in welchem Ausmaß die Kompetenz für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafrechts:

- *nach dem Vertrag von Nizza,*
- *nach der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in den Rechtssachen C-176/03 („Umweltstrafrecht“) und C-440/05 („Meeresverschmutzung“),*
- *nach dem EU-Reformvertrag?*

Da die Rechtsprechung des EuGH auf Grundlage der geltenden Verträge erfolgt, unterfällt Frage 1 in zwei Teile: Die **aktuell geltenden Verträge** (zuletzt geändert durch den am 1.2.2003 in Kraft getretenen Vertrag von Nizza sowie die am 1.5.2004 und am 1.1.2007 in Kraft getretenen Beitrittsverträge) und die im **Vertrag von Lissabon** vorgesehenen Änderungen (zitiert nach Dokument Nr. SN 4579/07 vom 30.10.2007 und der Übereinstimmungstabelle in der Fassung vom 09.11.2007).

EU und EG haben **keine Kompetenz für eine Totalvereinheitlichung des Strafrechts der EU-Mitgliedstaaten** - weder nach den geltenden Verträgen noch nach dem sich abzeichnenden Vertrag von Lissabon.

„Unbeschadet der umfassenderen Bereiche, auf die der Vertrag von Amsterdam und der Wiener Aktionsplan abstellen, vertritt der Europäische Rat die Ansicht, dass sich in Bezug auf das nationale Strafrecht die Bemühungen zur Vereinbarung gemeinsamer Definitionen, Tatbestandsmerkmale und Sanktionen zunächst auf eine begrenzte Anzahl von besonders relevanten Bereichen, wie Finanzkriminalität (Geldwäsche, Bestechung, Fälschung des Euro), illegaler Drogenhandel, Menschenhandel, insbesondere die Ausbeutung von Frauen, sexuelle

Ausbeutung von Kindern, High-Tech-Kriminalität und Umweltkriminalität, konzentrieren sollten.“

Europäischer Rat von Tampere, 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen, Ziffer 48

Aktuelle Rechtslage: EUV und EGV

Nach der aktuellen Rechtslage ergeben sich aus dem EUV und dem EGV **Kompetenzen für eine Mindestangleichung der nationalen Strafrechtssysteme in einzelnen Bereichen.**

EUV (dritte Säule)

In der sog. „**dritten Säule**“ des EU-Rechts, den Bestimmungen über die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, findet sich in **Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV** folgende Kompetenzgrundlage für die Festlegung von Mindestvorschriften im **materiellen Strafrecht**:

Artikel 31 EUV

(1) Das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen schließt ein:

(...)

e) die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel.

Ausgefüllt wird diese Kompetenzgrundlage durch Rahmenbeschlüsse nach Art. 34 Abs. 2 lit. b) EUV:

Artikel 34

(...)

(2) Der Rat ergreift Maßnahmen und fördert in der geeigneten Form und nach den geeigneten Verfahren, die in diesem Titel festgelegt sind, eine Zusammenarbeit, die den Zielen der Union dient. Hierzu kann er auf Initiative eines Mitgliedstaats oder der Kommission einstimmig

(...)

b) Rahmenbeschlüsse zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten annehmen. Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Sie sind nicht unmittelbar wirksam;

Hervorzuheben im Hinblick auf das Rechtsetzungsverfahren ist dabei, dass

- die EU **kein unmittelbar wirkendes Recht** setzen kann, sondern nur ein **Ziel** vorgeben darf;
- **kein Initiativmonopol** der Kommission besteht;
- der Rat **einstimmig** entscheidet;
- das Europäische Parlament **kein Mitentscheidungsrecht** hat, sondern (nach Art. 39 EUV) nur angehört und fortlaufend unterrichtet wird.

Hervorzuheben im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle solcher Rahmenbeschlüsse (Art. 35 EUV) ist, dass

- es kein **Vertragsverletzungsverfahren** wegen der unzureichenden Umsetzung eines Rahmenbeschlusses gibt;
- keine zwingende und einheitliche Zuständigkeit des EuGH für **Vorabentscheidungsverfahren** besteht, sondern es hierfür einer gesonderten Zustimmung des einzelnen Mitgliedstaats bedarf, die Deutschland erteilt hat. (Meines Wissens haben **15** Mitgliedstaaten eine solche Erklärung abgegeben, was bedeuten würde, dass in **12** Mitgliedstaaten diese Zuständigkeit fehlt.);

- der EuGH in der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen nicht zuständig ist für die Überprüfung der **Gültigkeit** oder Verhältnismäßigkeit **von Maßnahmen der Polizei** oder anderer **Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats** oder der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.

Auf Grundlage von Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV sind in der Vergangenheit eine Reihe von Rechtsakten angenommen worden, so

- der Rahmenbeschluss 2000/383/JI des Rates vom 29. Mai 2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten **Schutzes gegen Geldfälschung** im Hinblick auf die Einführung des Euro, ABl. 2000 Nr. L 140/1, geändert durch den Rahmenbeschluss 2001/888/JI des Rates vom 6. Dezember 2001, ABl. 2001 Nr. L 329/3;
- der Rahmenbeschluss 2001/413/JI des Rates vom 28. Mai 2001 zur **Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln**, ABl. 2001 Nr. L 149/1;
- der Rahmenbeschluss 2001/500/JI des Rates vom 26. Juni 2001 über **Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten**, ABl. 2001 Nr. L 182/1;
- der Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates vom 13. Juni 2002 zur **Terrorismusbekämpfung**, ABl. 2002 Nr. L 164/3 (Änderungsvorschlag in KOM (2007) 650 endg.);
- der Rahmenbeschluss 2002/629/JI des Rates vom 19. Juli 2002 zur **Bekämpfung des Menschenhandels**, ABl. 2002 Nr. L 203/1;
- den Rahmenbeschluss 2002/946/JI des Rates vom 28. November 2002 betreffend die **Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt**, ABl. 2002 Nr. L 328/1;
- der Rahmenbeschluss 2003/80/JI des Rates vom 27. Januar 2003 über den **Schutz der Umwelt durch das Strafrecht**, ABl. 2003 Nr. L 29/55 (vom **EuGH** am 13.9.2005 für nichtig erklärt: C-176/03);
- der Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli 2003 zur **Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor**, ABl. 2003 Nr. L 192/54;

- der Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22. Dezember 2003 zur **Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie**, ABl. 2003 Nr. L 13/44;
- der Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur **Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels**, ABl. 2004 Nr. L 335/8;
- der Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates vom 24. Februar 2005 über **Angriffe auf Informationssysteme**, ABl. 2005 Nr. L 69/67;
- der Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12. Juli 2005 zur **Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe**, ABl. 2005 Nr. L 255/164 (vom **EuGH** am 23.10.2007 für nichtig erklärt: C-440/05).

Weitere Initiativen und Vorschläge bestanden bzw. bestehen u.a. in

- der Initiative der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Annahme eines Rahmenbeschlusses des Rates über den **strafrechtlichen Schutz gegen betrügerisches oder sonstiges unlauteres wettbewerbswidriges Verhalten im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Gemeinsamen Markt**, ABl. 2000 Nr. C 253/3;
- dem Vorschlag der Kommission vom 28.11.2001 für einen Rahmenbeschluss des Rates zur **Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit**, KOM (2001) 664 endg.;
- der Initiative der Hellenischen Republik im Hinblick auf die Annahme eines Rahmenbeschlusses des Rates zur **Verhütung und Bekämpfung des Handels mit menschlichen Organen und Geweben**, ABl. 2003 Nr. C 100/27;
- dem Vorschlag der Kommission vom 19.01.2005 für einen Rahmenbeschluss des Rates zur **Bekämpfung der organisierten Kriminalität**, KOM (2005) 6 endg.;
- Vorschlag der Kommission vom 12.7.2005 für einen Rahmenbeschluss des Rates zur **Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Ahndung der Verletzung geistigen Eigentums**, KOM (2005) 276 endg. (ersetzt durch KOM (2006) 168 endg.);
- dem Vorschlag der Kommission vom 6.11.2007 für einen Rahmenbeschluss des Rates zur **Änderung** des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur **Terrorismusbekämpfung**, KOM (2007) 650 endg.

Die Kompetenzgrundlage des Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV bereitet in zweierlei Hinsicht Probleme:

Erstens bedingt der **Vorrang der ersten Säule gegenüber der dritten Säule** (Art. 47, 29 Abs. 1 EUV), dass eine Regelung nicht auf die dritte Säule gestützt werden darf, wenn es eine Grundlage für diese Materie in der ersten Säule gibt. Ob es in der ersten Säule überhaupt eine Grundlage für die Festlegung von Mindestvorschriften im materiellen Strafrecht gibt, war zunächst umstritten.

Insbesondere der Rat, der in der dritten Säule über die weitergehenden Rechtsetzungsbefugnisse verfügt, weil weder ein Initiativmonopol der Kommission noch ein Mitentscheidungsrechts des Europäischen Parlaments besteht, war – auch mit Blick auf Art. 135 S. 2 und 280 Abs. 4 S. 2 EGV – davon ausgegangen, dass strafrechtliche Bestimmungen nicht auf das Gemeinschaftsrecht gestützt werden könnten. Daher erfolgte mehrfach eine doppelte Gesetzgebung in der Form, dass eine Richtlinie oder eine Verordnung auf das Gemeinschaftsrecht gestützt wurde und zusätzlich ein auf das Unionsrecht gestützter Rahmenbeschluss mit strafrechtlichen Bestimmungen erlassen wurde. Der EuGH hat dieser Praxis der Doppelgesetzgebung auf Klage der Kommission in seiner Entscheidung zum Umweltstrafrecht eine Absage erteilt (13.9.2005, C-176/03). Zwar falle das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft. Dies könne den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen unerlässliche Maßnahme darstelle. Diese Rechtsprechung hat der EuGH am 23.10.2007 bestätigt und präzisiert: Nach dem Rahmenbeschluss zum Umweltstrafrecht hat er auch den Rahmenbeschluss zur Meeresverschmutzung für nichtig erklärt (C-440/05).

In Konsequenz dieser Rechtsprechung ist der Anwendungsbereich der dritten Säule gegenüber der ersten Säule abzugrenzen und die Rechtmäßigkeit einer Reihe bereits erlassener Rahmenbeschlüsse zweifelhaft. Diese gelten aber zunächst weiter, solange sie nicht aufgehoben werden.

Die Kommission hat hierzu am 23.11.2005 eine Mitteilung veröffentlicht, KOM (2005) 583 endg./2. Nach ihrer Ansicht fallen die zur wirksamen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts erforderlichen strafrechtlichen Bestimmungen unter den EGV. Eine **speziell** auf den betreffenden Bereich zugeschnittene strafrechtliche Bestimmung sei entweder erforderlich, um die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, und werde dann im Rahmen der ersten Säule erlassen. Oder spezifische gesetzgeberische Maßnahmen auf europäischer Ebene erübrigten sich. Unter die dritte Säule (EUV) fielen dagegen **horizontale** Bestimmungen im Bereich des Strafrechts, die nicht mit der Umsetzung gemeinschaftlicher Politiken oder Grundfreiheiten zusammenzuhängen.

Die Mitteilung enthält eine Liste der nach Einschätzung der Kommission durch das Urteil betroffenen Rechtsakte und einen Vorschlag zum weiteren Umgang mit diesen Rechtsakten. Für bereits beschlossene Rechtsakte bietet die Kommission an, die fälschlich als Rahmenbeschlüsse erlassenen Rechtsakte unter Verzicht auf inhaltliche Änderungen in Richtlinien umzuwandeln (Nichtigkeitsklage konnte die Kommission wegen der Klagefrist in Art. 35 Abs. 6 Satz 2 EUV nur noch gegen den Rahmenbeschluss zur Meeresverschmutzung vom 12.7.2005 erheben.). Am 9.2.2007 hat die Kommission als Konsequenz der Aufhebung des Rahmenbeschlusses zum Umweltstrafrecht den „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt“, KOM (2007) 51, vorgelegt.

Für die Festlegung von Mindestvorschriften im materiellen Strafrecht auf Grundlage der dritten Säule bedeutet die Rechtsprechung des EuGH mithin eine deutliche **Einschränkung**. Der Rat entscheidet nicht allein und stets einstimmig. Sondern die Rolle der Kommission und des Europäischen Parlaments werden gestärkt. Beispielsweise gilt für den im „Vorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt“ als Rechtsgrundlage genannten Art. 175 Abs. 1 EGV das Mitentscheidungsverfahren und die qualifizierte Mehrheit im Rat. Diese qualifizierte Mehrheit im Rat muss aber auch erst einmal erreicht werden. Über zwei Jahre nach Aufhebung des Rahmenbeschlusses ist es noch nicht gelungen, diesen durch eine Richtlinie zu ersetzen.

Zweitens ist umstritten, ob Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV eng am Wortlaut auszulegen ist oder weiter ausgelegt werden kann. Noch einmal zur Erinnerung der Wortlaut:

Artikel 31 EUV

(1) Das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen schließt ein:

(...)

e) die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel.

U.a. die Kommission, die Bundesregierung und eine Reihe von Stimmen in der Literatur wollen diese Kompetenzgrundlage **nicht** auf die Bereiche **organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel** beschränken, sondern weiter auslegen.

Dabei wird im Wesentlichen wie folgt argumentiert:

- Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV sei „sprachlich missglückt“;
- Art. 29 EUV sei weiter gefasst;
- Die Formulierung „schließt ein“ in Art. 31 Abs. 1 EUV stehe ebenso wie das Wort „insbesondere“ in Art. 29 Abs. 2 EUV nicht für eine abschließende, sondern für eine beispielhafte Aufzählung;
- Eine enge Auslegung bedeute einen nicht beabsichtigten Rückfall hinter den Acquis communautaire. Denn bereits 1996 sei doch die Gemeinsame Maßnahme 96/443/JI betreffend die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit beschlossen worden.

Beispiele (Auswahl):

- Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang der Vorschlag der Kommission vom 6.11.2007 für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur **Terrorismusbekämpfung**, KOM (2007) 650 endg. Denn „Terrorismus“ ist in Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV ausdrücklich genannt.
- Die weite Auslegung von Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV war aber notwendig, um darauf den (vom Rat zunächst beschlossenen, aber inzwischen aus anderen Gründen vom EuGH aufgehobenen) „Rahmenbeschluss über den **Schutz der Umwelt** durch das Strafrecht“ zu stützen. Denn der Schutz der Umwelt kommt in Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV nicht vor.
- Und die weite Auslegung von Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV ist ebenfalls notwendig, wenn man darauf den „Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung von **Rassismus und Fremdenfeindlichkeit**“ stützen will. Denn die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit kommt in Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV nicht vor.

Ich gehöre zu denjenigen, die **Bedenken gegen die weite Auslegung von Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV** geäußert haben:

- Der Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV nennt nun einmal nur die drei Bereiche „organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel“. Es gibt keinerlei Anhaltspunkt in dessen **Wortlaut**, dass dieses nur Beispiele sein könnten;
- Der Hinweis der Gegenmeinung auf die Formulierung „schließt ein“ in Art. 31 Abs. 1 EUV erscheint **sehr weit hergeholt**: **Kann man denn wirklich dem gesamten Art. 31 Abs. 1 EUV nur Beispielcharakter zumessen und darüber hinaus großzügig ungeschriebene Kompetenzgrundlagen annehmen?**
- Der Hinweis auf den weitergehenden Wortlaut von Art. 29 EUV bereitet aus mehreren Gründen Unbehagen: **Erstens** ist Art. 29 EUV eine Zielbestimmung. **Es ist im EU-Recht gerade nicht möglich, von Zielbestimmungen auf Kompetenzen zu schließen.** Das ist nicht erst bei der Debatte um den Verfassungsvertrag bzw. den Reformvertrag sehr deutlich geworden. **Zweitens** nimmt **Art. 29 Abs. 2 Spiegelstrich 3 EUV wörtlich auf Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV und damit auch auf die darin enthaltenen Wortlautgrenzen Bezug.** Da also Art. 29 EUV den Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV wörtlich nennt und auf diesen Bezug nimmt, erscheint es nicht überzeugend,

zugleich Art. 29 EUV dafür ins Feld zu führen, die Wortlautgrenzen des Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV zu überschreiten.

- Der Hinweis, ein Rückschritt hinter den **Acquis** sei nicht beabsichtigt gewesen, halte ich ebenfalls für **problematisch**: Erstens kommen wir bei den europäischen Verträgen (Primärrecht) mit angeblichen oder tatsächlichen Gesetzgebungsmotiven selten weiter. Denn mit Kompromissformulierungen verbinden sich nun einmal oft gerade *nicht* übereinstimmende Absichten. Und selbst wenn es einheitliche Motive gegeben haben sollte, waren diese nicht Gegenstand der nationalen Ratifikationsverfahren. Zweitens überzeugt der Rückverweis auf den Acquis deshalb nicht, weil es seinerzeit (nach Maastricht und vor Amsterdam) noch gar keine Rahmenbeschlüsse gab. Es erscheint eher plausibel, dass mit der Einführung der erheblich intensiver in die nationalen Rechtsordnungen eingreifenden Rahmenbeschlüsse durch den Vertrag von Amsterdam der Anwendungsbereich stärker definiert werden sollte. Auch im Vertrag von Lissabon soll einerseits die Rechtsetzungskompetenz in diesem Bereich ausgeweitet werden, andererseits werden aber zusätzliche Voraussetzungen und Sicherungen eingeführt. Deshalb können wir den Vertrag von Lissabon hier auch nicht als „Klarstellung“ in Anspruch nehmen. „Gemeinsame Maßnahmen“ nach Art. K.3 Abs. 2 Spiegelstr. 2 lit. b) EUV in der Fassung des Maastricht-Vertrages konnten sich inhaltlich auf die gesamte justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen beziehen, aber es waren eben auch nur „gemeinsame Maßnahmen“. Drittens halte ich den Begriff „Acquis“ in diesem Zusammenhang auch deshalb für irreführend, weil die Gemeinsame Maßnahme 96/443/JI betreffend die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit eine Strafbarkeit der darin aufgelisteten Tätigkeiten nicht zwingend vorsieht.
- Allerdings könnte es im Hinblick auf Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV in der **Praxis** zu einer einvernehmlichen erweiternden Auslegung kommen, wenn alle Betroffenen damit einverstanden wären und es bewusst so praktizieren würden. Dieses entspricht dem Rechtsgedanken aus Art. 31 Abs. 3 lit. b) Wiener Vertragsrechtskonvention. Beispielsweise wird im Europarecht trotz des klaren Wortlauts von Art. 203 Abs. 1 EGV im Rat auch eine Stimmabgabe durch Regierungsvertreter unterhalb der Ministerebene zugelassen (näher: Suhr, in: LexisNexis, Kommentar EGV, Art. 203 EGV, Rz. 7). Hier ist aber

Vorsicht geboten, da immer die Gefahr besteht, dass von spezifischen Einzelfällen auf eine anerkannte Praxis geschlossen und das Erfordernis der innerstaatlichen Ratifikation von Primärrechtsänderungen (samt der für Primärrechtsänderungen explizit vorgesehenen Verfahren) umgangen wird.

Abgesehen von diesen allgemeinen Bedenken gegen eine erweiternde Auslegung von Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV noch zwei Bemerkungen speziell zu dem eingangs als Beispiel genannten „Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“:

Dem Vorschlag stehen die kompetenzrechtlichen Bedenken quasi auf der Stirn geschrieben, spricht der Vorschlag doch eingangs bei der obligatorischen Bezeichnung der Rechtsgrundlage statt wie sonst üblich von „Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV“ nur ganz allgemein von „Art. 31“ (EUV). **Genau genommen nennt der Vorschlag also gar keine spezifische Kompetenzgrundlage.** Insofern betrachte ich ihn auch als **Beispiel für eine unzureichende Begründung der Rechtsgrundlage.**

Wenn man Art. 29 Abs. 1 EUV genau liest, dann kann man den Eindruck gewinnen, dass **die Verhütung und Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit nicht zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gehört:**

Artikel 29 EUV

Unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft verfolgt die Union das Ziel, den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten, indem sie ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verhütet und bekämpft.

(...)

Wenn aber die Verhütung und Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit nach Art. 29 Abs. 1 EUV gar nicht Bestandteil der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ist, kann man dafür dann trotzdem eine Kompetenzgrundlage in Anspruch nehmen, die ausdrücklich nur für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen gilt (Wortlaut Art. 31 Abs. 1 EUV)? Ich halte daher Art. 29 EUV auch aus

diesem Grunde eher für ein Argument **gegen** eine Einbeziehung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit in Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV.

EGV (erste Säule)

Eine Rechtsetzungskompetenz für das materielle Strafrecht im Bereich der ersten Säule war zunächst umstritten. Sie wurde erst durch die Entscheidung des EuGH (Große Kammer) vom 13.9.2005 zum Umweltstrafrecht (C-176/03) definitiv festgestellt und durch die Entscheidung des EuGH (Große Kammer) vom 23.10.2007 zur Meeresverschmutzung durch Schiffe (C-440/05) bestätigt:

„Zwar fällt das Strafrecht grundsätzlich ebenso wie das Strafprozessrecht nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft ..., doch kann der Gemeinschaftsgesetzgeber, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender strafrechtlicher Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstellt, die Mitgliedstaaten gleichwohl zur Einführung derartiger Sanktionen verpflichten, um die volle Wirksamkeit der von ihm in diesem Bereich erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten ...“

EuGH, C-440/05, Rz. 66

Gleichzeitig hat der EuGH die Grenzen dieser Kompetenz weiter präzisiert:

„Die Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen fällt dagegen, anders als die Kommission meint, nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft.“

EuGH, C-440/05, Rz. 70

Diese Rechtsprechung des EuGH lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Der Gemeinschaftsgesetzgeber darf die Mitgliedstaaten zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen verpflichten, diese aber nicht selbst einführen. Dieses kann also nicht in Form einer Verordnung (Art. 249 Abs. 2 EGV), sondern **nur in Form einer Richtlinie** (Art. 249 Abs. 3 EGV) geschehen.
- b) Es muss sich um die Abwehr **schwerer Beeinträchtigungen** handeln. Diese Schwere wurde im Falle der Meeresverschmutzung durch Schiffe durch bereits eingetretene Umweltkatastrophen belegt, dürfte aber z.B. auch durch

Statistiken oder Gefahrprognosen darzulegen sein – mit entsprechenden Folgen für die Anforderungen an die **Begründung** des Vorschlags nach Art. 253 EGV.

- c) **Geschützte Rechtsgüter** waren in den bisher entschiedenen Fällen die Umwelt (C-176/03) bzw. die Sicherheit des Seeverkehrs und damit verbunden wiederum die (Meeres-)Umwelt (C-440/05). Im Hinblick auf den besonderen Querschnittscharakter der Umweltpolitik nach Art. 6 EGV war im Vorfeld der Rechtssache C-440/05 versucht worden, zu argumentieren, dass die Mitgliedstaaten vom Gemeinschaftsgesetzgeber nur in Zusammenhang mit dem **Umweltschutz** zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen verpflichtet werden dürften. Die Kommission argumentierte naturgemäß weitergehend. **Meines Erachtens hat der EuGH diesen Streit nicht abschließend entschieden, da es eben in beiden Fällen (zumindest auch) um den Umweltschutz ging.** Es fällt auf, dass der EuGH einerseits an den entscheidenden Stellen des Urteils jeweils auf die „Umwelt“ verweist (C-176/03, Rz. 48, und C-440/05, Rz. 66). Andererseits hebt er aber auch hervor, dass die **Verkehrspolitik** zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehöre (C-440/05, Rz. 55) und misst **auch anderen Kompetenzgrundlagen** als Art. 175 Abs. 1 EGV den Vorrang vor der dritten Säule zu, in diesem Fall Art. 80 Abs. 2 EGV (C-440/05, Rz. 74).

Meines Erachtens **ließe sich nur schwer begründen, warum die Verpflichtung zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen gerade exklusiv an das Ziel Umweltschutz gekoppelt sein sollte**, was Generalanwalt Ján Mazák bereits in Rz. 91 ff. seiner Schlussanträge in der Rechtssache C-440/05 überzeugend ausgeführt hat. **Ich gehe daher davon aus, dass diese Rechtsprechung nicht auf den Umweltschutz beschränkt ist.**

Ob sich aus Formulierungen wie „**wesentliches Gemeinschaftsziel**“ oder „**grundlegendes Gemeinschaftsziel**“, die sich durch die beiden Verfahren ziehen, wirklich zusätzliche Anforderungen an die besondere Qualität des Gemeinschaftsziels ergeben, halte ich ebenfalls für eine offene Frage. Generalanwalt Ján Mazák bezieht sich in Rz. 94 seiner Schlussanträge auf die in **Art. 2 und 3 EGV** genannten Ziele. Hierfür spricht auch die Überlegung, dass es keine „unwesentlichen“ Gemeinschaftsziele gibt und die

„Wesentlichkeit“ eines Gemeinschaftsziel bereits durch das Vorhandensein einer entsprechenden Rechtsgrundlage indiziert sein kann (näher zu den Gemeinschaftszielen Suhr, in: LexisNexis, Kommentar EGV, Art. 2 EGV, Rz. 1 ff.).

- d) Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen muss „**unerlässlich**“ sein für die volle Wirksamkeit der vom Gemeinschaftsgesetzgeber in diesem Bereich erlassenen Rechtsnormen. Man hat versucht, diese Unerlässlichkeit mit Begriffen wie „unabdingbar“ oder „ultima ratio“ zu umschreiben.

Wahrscheinlich wird man dem Begriff der Unerlässlichkeit am ehesten gerecht, wenn man ihn als **Spezialfall der „Erforderlichkeit“ im Sinne von Art. 5 Abs. 3 EGV** einordnet mit der Folge, dass sich **strenge Anforderungen an die Begründung des Rechtsakts im Sinne von Art. 253 EGV** ergeben.

Diese Erforderlichkeit steht für ein Übermaßverbot im Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten. Die Festlegung der innerstaatlich vorzusehenden Sanktionen auf das Strafrecht darf nur erfolgen, wenn andere Sanktionen nicht ausreichen würden. Auch wenn man hier um eine gewisse Einschätzungsprärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht herumkommt, **sollten an die Darlegung der Unerlässlichkeit höchste Anforderungen gestellt werden**. Die verfügbaren empirischen Daten und Erfahrungssätze müssen entsprechend ausgewertet worden sein. **Lapidare Begründungen reichen keinesfalls aus** (näher zur Erforderlichkeit und zur Begründungspflicht Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV, Rz. 64 ff.; Suhr, in: LexisNexis, Kommentar EGV, Art. 5, Rz. 9 f., Art. 253, Rz. 1 ff.).

Der EuGH bedient sich diesbezüglich eines **argumentativen Kunstgriffs** und läuft damit **unnötigerweise Gefahr, die Anforderungen an die „Unerlässlichkeit“ zu relativieren**: Er weist in der Rechtsache C-440/05, Rz. 68, darauf hin, dass der Rat, als er seinerzeit den streitgegenständlichen Rahmenbeschluss beschlossen habe, strafrechtliche Sanktionen für „**notwendig**“ gehalten habe. (In der Rechtssache C-269/03, Rz. 50, spricht der EuGH noch davon, dass die strafrechtlichen Sanktionen nach Ansicht des Rates „**unerlässlich**“ waren.) Also muss der Rat offenbar diese seine

Einschätzung auch im Rahmen der Prüfung, ob der Rechtsakt auf die erste Säule hätte gestützt werden können, gegen sich gelten lassen.

Hier sehe ich insofern eine Unschärfe des Urteils, als für den Rahmenbeschluss die Voraussetzung der „Unerlässlichkeit“ ja gar nicht galt und der EuGH sich jetzt in die Klemme bringt, diese trotzdem anhand des Rahmenbeschlusses beurteilen zu sollen. Hier hätte der EuGH trotz der u.a. von Generalanwalt Ján Mazák eingeforderten größtmöglichen Rechtsklarheit und Rechtssicherheit meines Erachtens nicht schon so weitgehend festlegen müssen, dass bestimmte Artikel des Rahmenbeschlusses auf die erste Säule hätten gestützt werden können. Denn das ist eine Frage der späteren Richtlinienvorschläge. Hier hätte die Feststellung gereicht, dass die Strafrechtsangleichung im Annex zu spezifischen Harmonisierungsmaßnahmen nicht auf die dritte Säule gestützt werden darf. (Die Kommission argumentiert meines Erachtens mit ihrer Differenzierung zwischen speziellen und horizontalen Maßnahmen in die richtige Richtung, KOM (2005) 583 endg./2, Ziffer 11.)

Unabhängig davon, ob man diese Analyse teilt, sollte die beschriebene Unschärfe jedenfalls nicht dazu führen, die Anforderungen an die (Begründung der) Unerlässlichkeit zu relativieren.

- e) Der Gemeinschaftsgesetzgeber darf **Art und Maß** der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen **nicht** bestimmen, was Generalanwalt Ján Mazák bereits in Rz. 103 ff. seiner Schlussanträge näher begründet hat. Art. 4 und 6 des für nichtig erklärten Rahmenbeschlusses zur Meeresverschmutzung werden damit gleichzeitig zu Beispielen dafür, was eine Kompetenzüberschreitung des Gemeinschaftsgesetzgebers darstellen würde. Dieses hat auch **Konsequenzen für die Richtlinienvorschläge** über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und über Sanktionen gegen Personen, die Drittstaatsangehörige ohne legalen Aufenthalt beschäftigen, soweit diese bisher noch Art oder Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen regeln.

- f) Im Umkehrschluss darf der Gemeinschaftsgesetzgeber festlegen, dass der Verstoß gegen eine bestimmte Richtlinien-Regelung als Straftat zu ahnden ist, und dass auch **Beihilfe und Anstiftung** zu dieser Straftat unter Strafe zu stellen sind (Art. 2 und 3 des für nichtig erklärten Rahmenbeschlusses zur Meeresverschmutzung).

Beispiele für Vorschläge der Kommission infolge dieser Rechtsprechung:

- Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über **strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums** vom 26.4.2006, KOM (2006) 168 endg. (gestützt auf Art. 95 EGV; siehe WD Nr. 35/06 vom 22.6.2006);
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den **strafrechtlichen Schutz der Umwelt** vom 9.2.2007, KOM (2007) 51 endg. (gestützt auf Art. 175 Abs. 1 EGV);
- Vorschlag für eine Richtlinie über **Sanktionen gegen Personen, die Drittstaatsangehörige ohne legalen Aufenthalt beschäftigen** vom 16.5.2007, KOM (2007) 249 (gestützt auf Art. 63 Abs. 3 lit. b) EGV).

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-176/03 hat massive Kritik erfahren. U.a. wird dem EuGH vorgeworfen, er habe gegen die Kompetenzordnung des EGV verstoßen. Ein gewisses Unbehagen wird auch in den Schlussanträgen von Generalanwalt Ján Mazák in der Rechtssache C-440/05 deutlich (insbesondere Rz. 114 ff.).

Meines Erachtens ist die **Grundfrage durch den EuGH entschieden und dies zu akzeptieren**, zumal der EuGH dieser Gemeinschaftskompetenz für eine „Teilharmonisierung der Strafrechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ (EuGH, C-176/03, Rz. 47) bereits **deutliche Grenzen** gesetzt hat. Wenn man sich die folgenden Umstände vor Augen führt, fällt es u.U. etwas leichter, das Urteil zu akzeptieren:

- Der Streit ist eine **Folge der zu keinem Zeitpunkt überzeugenden Säulenstruktur** (Nebeneinander von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht) sowie der gestreckten und portionsweisen Überführung der

Politik in den Bereichen Justiz und Inneres in das Gemeinschaftsrecht. Die sowohl in der dritten als auch in der ersten Säule bestehenden Unsicherheiten werden durch die überfällige Auflösung der Säulenstruktur im Vertrag von Lissabon – endlich – beendet werden.

- Wie man auch der Entschließung des Europäischen Parlaments in dieser Sache vom 14.6.2006 entnehmen kann, kam diese Rechtsprechung des EuGH nicht aus dem Nichts. Vielmehr hat sie den bestehenden Streit entschieden, inwieweit Richtlinien bestimmte mitgliedstaatliche Sanktionen anordnen dürfen. **Dem für nichtig erklärten Rahmenbeschluss zum Umweltstrafrecht vom 27.1.2003 war bereits Anfang 2001 ein Vorschlag der Kommission für eine entsprechende Richtlinie vorausgegangen**, KOM (2001) 139 endg. und KOM (2002) 544 endg.
- **Es geht nicht in erster Linie um die Frage, ob die Kompetenzen auf der Ebene der EU oder auf der Ebene der Mitgliedstaaten liegen, sondern es geht in erster Linie um einen interinstitutionellen Streit auf Ebene der EU.** Etappensieger sind die Kommission und das Europäische Parlament, da sie in der ersten Säule die größeren Mitspracherechte haben. Ob es einen Gesamtsieger geben wird, ist fraglich, da etliche Dossiers wie das Umweltstrafrecht erheblich verzögert wurden.
- Betrachtet man die Umsetzungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten, dann ergeben sich in diesem Kontext aus der Alternative „Rahmenbeschluss oder Richtlinie“ **praktisch kaum Unterschiede** - jedenfalls solange man sich an seine Verpflichtungen hält. (Dazu, dass das Bundesverfassungsgericht die Wirkung von Rahmenbeschlüssen in seiner Entscheidung vom 18.7.2005, 2 BvR 2236/04, zu stark relativiert, siehe unten Frage 6.)
- Für diejenigen, die mit Blick auf Art. 35 EUV eine zu geringe Justiziabilität der dritten Säule beklagen, bringt die Rechtsprechung des EuGH zum Bestehen einer Annexkompetenz in der ersten Säule einen Fortschritt, weil die nunmehr in ersten Säule als Richtlinien zu erlassenden Rechtsakte EU-rechtlich voll justiziabel sein werden.

- Als der EuGH 2005 in der Rechtssache C-176/03 entschieden hat, lag die Unterzeichnung des Vertrages über eine Verfassung für Europa schon einige Zeit zurück. **Sowohl der Verfassungsvertrag (Art. III-271 Abs. 2 VerfEU) als auch der am 13.12.2007 zur Unterzeichnung anstehende Vertrag von Lissabon sehen eine Kompetenz vor, wie sie der EuGH hier angenommen hat. Insbesondere gilt das Gesetzgebungsverfahren, das auch für die betreffende Harmonisierungsmaßnahme gilt und nicht das Gesetzgebungsverfahren der Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen:**

Art. 83 Abs. 2 AEUV [= Art. 69 f AEUV i.d.F.d. ReformV ≈ Art. III-271 Abs. 2 VerfEU]

1. (...)

2. *Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden. Diese Richtlinien werden unbeschadet des Artikels 76 nach dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen erlassen.*

3. (...)

Der EuGH befand sich also in dem Dilemma, einen Streit entscheiden zu sollen, der für die Zukunft quasi bereits entschieden war. Ist der EuGH möglicherweise der Versuchung erlegen, Art. III-271 Abs. 2 VerfEU (heute Art. 83 Abs. 2 AEUV) als Klarstellung zu werten? Sollte der EuGH sich denn wirklich gegen die Entscheidungsalternative wenden, die als Ergebnis des Verfassungskonvents im Vertrag von Rom am 29.10.2004 von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet worden war - also genau den Regierungen der Mitgliedstaaten, die durch diese Rechtsprechung für einen Teil des EU-Strafrechts ihr Alleinentscheidungsrecht im Rat vorzeitig zugunsten der Gemeinschaftsmethode verloren haben?

Rechtslage nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon

Der am 13.12.2007 zur Unterzeichnung anstehende **Vertrag von Lissabon** regelt den **Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts** in **Art. 67 ff. AEUV** und sieht grundlegende Änderungen für die Bereiche Justiz und Inneres vor. Die bislang in der dritten Säule noch stärker intergouvernemental geprägte Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wird weitgehend der Gemeinschaftsmethode unterworfen. **Die Unterscheidung zwischen dem ersten und dem dritten Pfeiler entfällt.**

Die **nationalen Parlamente** sind bisher dadurch auf nationaler Ebene direkt in die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen eingebunden, dass Übereinkommen nach Art. 34 Abs. 2 lit. d) EUV zu ratifizieren sind. Im Lissabon-Vertrag sind solche Übereinkommen nicht mehr vorgesehen. Die nationalen Parlamente werden aber in anderer Form verstärkt einbezogen. Sie sind mit der Subsidiaritätskontrolle im Rahmen des sog. „Frühwarnsystems“ betraut (Art. 69 AEUV), an der politischen Kontrolle der Tätigkeiten von Europol und der Bewertung der Tätigkeit von Eurojust beteiligt (Art. 85, 88 AEUV) und werden über Inhalt und Ergebnisse des Systems der gegenseitigen Bewertung unterrichtet (Art. 70 AEUV). (Innerstaatlich behält der Dialog mit den Regierungen im Hinblick auf das Verhalten im Rat große Bedeutung.)

Was die Zuständigkeit des **EuGH** im Bereich Justiz und Inneres betrifft, streicht der Lissabon-Vertrag weitgehend die bisher nach Art. 35 EUV und Art. 68 EGV bestehenden Sonderregelungen. Allerdings **soll Art. 35 EUV noch für eine Übergangsfrist von 5 Jahren weiter gelten** und wird Art. 35 Abs. 5 EUV in den AEUV übernommen (Art. 276 AEUV = Art. III-377 VerfEU).

In der **justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen** ersetzt Kapitel 4 (Art. 82 bis 86 AEUV ≈ Art. III-270 bis III-274 VerfEU) die Regelungen insbesondere von Art. 31 EUV. An die Stelle der speziellen Handlungsformen der dritten Säule nach Art. 34 EUV treten die **allgemeinen Rechtsakte**. Es kommt grundsätzlich das **ordentliche Gesetzgebungsverfahren** zur Anwendung. Die Abgrenzungsfragen, ob eine Kompetenzgrundlage der ersten oder der dritten Säule einschlägig ist und wie die

Wirkung der Rechtsakte der dritten Säule im Vergleich zu denen der ersten Säule zu beurteilen ist, stellen sich dann in dieser Form nicht mehr. Allerdings muss weiterhin zur **Bestimmung der richtigen Rechtsgrundlage** die Frage beantwortet werden, ob es sich um eine **Annexregelung zu einer Harmonisierungsregelung** oder um eine **Regelung der der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen** handelt.

Für Irland und das Vereinigte Königreich bestehen Sonderregelungen, was die Änderung bestehender Rechtsakte betrifft (Opt-out-Möglichkeit).

Weitere Ausnahmen bilden insbesondere das mitgliedstaatliche Initiativrecht, die Möglichkeit eines Mitgliedstaats, eine Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens zu veranlassen (sog. „**emergency brake**“) und die Einsetzung der Europäischen Staatsanwaltschaft: Nach Art. 76 AEUV (= Art. I-42 Abs. 3 i. V. m. III-264 VerfEU) ist das **Initiativrecht** im Bereich der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen der Kommission oder **einem Viertel der Mitgliedstaaten** zugewiesen. Das mitgliedstaatliche Initiativrecht, das nach Art. 34 Abs. 2 S. 2 EUV noch jedem Mitgliedstaat zusteht, wird also eingeschränkt, aber noch nicht zugunsten eines Initiativmonopols der Kommission abgeschafft. Wenn ein Vorschlag von einer Gruppe von Mitgliedstaaten ausgeht, gilt im Rat die besonders qualifizierte Mehrheit nach Art. 238 Abs. 2 AEUV (= Art. I-25 Abs. 2 VerfEU; siehe auch die übergangsweisen Sonderregelungen zur qualifizierten Mehrheit in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 2 und Art. 10 Protokoll (Nr. 10) über die Übergangsbestimmungen). Nach Art. 82 Abs. 3 AEUV kann ein Mitgliedstaat mit Hinweis auf grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und die Befassung des Europäischen Rates veranlassen. Bei einem Quorum von mindestens 9 Mitgliedstaaten besteht die **Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit** (Änderung von Art. III-270 Abs. 3 und 4 sowie III-271 Abs. 3 und 4 VerfEU). Nach Art. 86 AEUV ist über die Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft **einstimmig** zu beschließen. Der Reform-Vertrag sieht hier (über Art. III-274 VerfEU hinaus) zusätzlich die **Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit** von mindestens 9 Mitgliedstaaten vor.

Grundsatz der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ist die **gegenseitige Anerkennung** gerichtlicher Urteile und Entscheidungen. Eine **Rechtsangleichung**

ist sowohl im Strafprozessrecht als auch im materiellen Strafrecht vorgesehen: Im **Strafverfahrensrecht** betrifft dieses die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten, die Rechte des einzelnen im Strafverfahren und die Rechte der Opfer von Straftaten. Weitere Aspekte des Strafverfahrens können durch **einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments** einbezogen werden (Art. 83 AEUV). Im **materiellen Strafrecht** können **durch Richtlinien Mindestvorschriften** zur Festlegung von Straftaten und Strafen in folgenden Bereichen **besonders schwerer Kriminalität** festgelegt werden, sofern eine **grenzüberschreitende Dimension** besteht: **Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität. Weitere Kriminalitätsbereiche können durch einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einbezogen werden (Art. 83 Abs. 1 AEUV).**

In einem Gebiet, in dem **Harmonisierungsmaßnahmen** erfolgt sind, können Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen festgelegt werden, wenn die Strafrechtsangleichung **unerlässlich** für die wirksame Durchführung der EU-Politik in diesem Gebiet ist. Das **Gesetzgebungsverfahren** richtet sich in diesem Fall **nach der Rechtsgrundlage der Harmonisierungsmaßnahme** (Art. 83 Abs. 2 AEUV):

Art. 83 AEUV (= Art. 69 f ReformV ≈ Art. III-271 VerfEU)

1. *Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.*

Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.

Je nach den Entwicklungen der Kriminalität kann der Rat einen Beschluss erlassen, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden, die die Kriterien dieses Absatzes erfüllen. Er beschließt einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.

2. *Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können durch Richtlinien*

Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden. Diese Richtlinien werden unbeschadet des Artikels 68 gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen erlassen.

3. Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass der Entwurf einer Richtlinie nach den Absätzen 1 oder 2 grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann das Mitglied beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Nach einer Aussprache und im Falle eines Einvernehmens verweist der Europäische Rat den Entwurf binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet wird.

Sofern kein Einvernehmen besteht, mindestens neun Mitgliedstaaten aber eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer Richtlinie begründen möchten, teilen diese Mitgliedstaaten dies binnen derselben Frist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In diesem Fall gilt die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Artikel 10 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union und Artikel 280 d Absatz 1 des vorliegenden Vertrags als erteilt, und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung.

In der **Kriminalprävention** können Maßnahmen zur Förderung des Vorgehens der Mitgliedstaaten erfolgen. Eine Rechtsangleichung ist ausgeschlossen (Art. 84 AEUV). Die operationellen Zuständigkeiten von **Eurojust** werden erweitert und präzisiert (Art. 85 AEUV; siehe auch KOM (2007) 644 endg.). Ausgehend von Eurojust kann zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union durch einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments eine **Europäische Staatsanwaltschaft** eingesetzt werden (Art. 86 AEUV). Aufgabe der Europäischen Staatsanwaltschaft wäre die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie Anklageerhebung vor den zuständigen nationalen Gerichten. Die Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft können auf die Bekämpfung von schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension ausgedehnt werden.

Die neue Kompetenzgrundlage für das **materielle Strafrecht** möchte ich noch einmal wie folgt zusammen fassen:

Gegenstand	Gesetzgebungsverfahren	EuGH
<p>Es können Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen erlassen werden (Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV).</p> <p>Als Rechtsform sind nur Richtlinien zulässig (Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV).</p> <p>Es muss sich um Bereiche besonders schwerer Kriminalität handeln. Diese Kriminalitätsbereiche müssen aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben (Art. 83 Abs. 1 AEUV). Welche Kriminalitätsbereiche das sind, legt der AEUV selbst fest: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität (Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV).</p>	<p>Das Initiativrecht steht außer der Kommission auch einem Viertel der Mitgliedstaaten zu (Art. 76 AEUV).</p> <p>Es kommt grundsätzlich das ordentliche Gesetzgebungsverfahren zur Anwendung, also Mehrheitsentscheidung im Rat und Mitentscheidung des Europäischen Parlaments (Art. 83 Abs. 1 AEUV).</p> <p>Für die Bestimmung der qualifizierten Mehrheit kommen übergangsweise Sonderregelungen zur Anwendung (Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 2 und Art. 10 Protokoll (Nr. 10) über die Übergangsbestimmungen). Eine Sonderregelung gilt auch immer dann, wenn der Vorschlag von einer Gruppe von Mitgliedstaaten ausgeht (Art. 238 Abs. 2 AEUV).</p> <p>Jeder Mitgliedstaat kann im Rat eine Mehrheitsentscheidung verzögern oder sogar endgültig verhindern. In diesem Fall steht kann eine Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten eine verstärkte Zusammenarbeit vereinbaren (Art. 83 Abs. 3 AEUV).</p>	<p>Es gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln.</p> <p>Allerdings gilt übergangsweise für 5 Jahre Art. 35 EUV a.F. weiter.</p> <p>Art. 276 AEUV übernimmt den Vorbehalt in Art. 35 Abs. 5 EUV a.F.</p>
<p>Es handelt sich bei den Kriminalitätsbereichen um eine abschließende Aufzählung. Allerdings können durch gesonderten Ratsbeschluss weitere Kriminalitätsbereiche einbezogen werden (Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV).</p>	<p>Der Ratsbeschluss über die Einbeziehung weiterer Kriminalitätsbereiche setzt Einstimmigkeit im Rat voraus.</p> <p>Das Europäische Parlament muss zuvor zustimmen (Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV).</p>	(wie oben)
<p>Eine Ausnahme gilt für Annexregelungen zu Harmonisierungsmaßnahmen (Art. 83 Abs. 2 AEUV).</p> <p>Zur wirksamen Durchführung der Politik der Union auf diesem Gebiet muss die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten unerlässlich sein.</p>	<p>Für Annexregelungen zu Harmonisierungsmaßnahmen gilt das Gesetzgebungsverfahren der betreffenden Harmonisierungsmaßnahme (Art. 83 Abs. 2 Satz 2 AEUV).</p>	<p>Die übergangsweise Weitergeltung von Art. 35 EUV a.F. für 5 Jahre und der Vorbehalt gemäß Art. 276 AEUV (= Art. 35 Abs. 5 EUV a.F.) wirken sich hier nicht aus.</p>

Im Zusammenhang mit der Möglichkeit, den Katalog der Kriminalitätsbereiche durch einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments zu erweitern – eine Parallelvorschrift besteht für das Strafprozessrecht – bin ich in der Literatur auf den Alarmbegriff „Kompetenz-Kompetenz“ gestoßen. Das halte ich für überzogen. Allerdings halte ich die **Beteiligung der nationalen Parlamente** vor solch einem einstimmigen Erweiterungsbeschluss im Rat gemäß Art. 82 Abs. 2 lit. d)

AEUV oder Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV für wichtig. Diese Beteiligung sollte nicht im Rahmen der routinemäßig erfolgenden Informationsverfahren untergehen, sondern verdient eine **besondere Hervorhebung**, beispielsweise in der bestehenden **Vereinbarung über die Zusammenarbeit mit der Bundesregierung**. Eine mögliche Ausweitung der Kriminalitätsbereiche sollte meines Erachtens seitens des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente davon abhängig gemacht werden, dass **zuvor** komplementäre Bereiche wie die **Mindeststandards in Strafverfahren und der Datenschutz** entsprechend geregelt werden.

2. *Ergeben sich aus dem Grundgesetz Schranken, die die Geltung oder Anwendung eines einheitlichen europäischen Strafrechts begrenzen oder verhindern könnten?*

Auch wenn man sich bewusst macht, dass erstens die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wegen der daraus resultierenden **Eingriffsintensität** eine besondere Relevanz für **Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte** hat und zweitens die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen von den EU-Mitgliedstaaten als besonders sensibel, da **besonders souveränitätsrelevant**, eingestuft wird, kommen hier meines Erachtens die **allgemeinen Grundsätze für das Ineinandergreifen von deutschem und EU-Verfassungsrecht** zur Anwendung.

„... durch das Inkraftsetzen eines strikten Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung und der damit verbundenen weitgehenden gegenseitigen Vertrauensbekundung der Staaten untereinander (kann) die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Grundrechte nicht eingeschränkt werden ...“.

BVerfG, 18.7.2005, 2 BvR 2236/04

Zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem EuGH besteht meiner Einschätzung nach ein ausgewogenes und funktionierendes **Kooperationsverhältnis**. Unterschiede in der Wahrnehmung der eigenen Aufgaben und ihrer Grenzen sind vor allem durch **unterschiedliche Perspektiven** bedingt. Die latente Gefahr, dass dieses Kooperationsverhältnis in ein offenes Konkurrenzverhältnis umschlägt, hat sich bisher nicht realisiert.

Als Europarechtler hat man die Forderung, jetzt müsse das Bundesverfassungsgericht „endlich“ wegen krasser Grundrechts- oder Kompetenzverletzungen aus Brüssel, Straßburg und Luxemburg einschreiten, schon oft gehört. Und auch die „Maastricht-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts wird häufig beschworen. Zwar beflügelt hier zur Zeit die Sache „Mangold“ noch stärker als das EU-Strafrecht die Phantasie der Verfassungsrechtsauguren (FAZ vom 13.11.2007, Seite 10). Allerdings hat das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zum ersten Europäischen Haftbefehlsgesetz (2 BvR 2236/04) meines Erachtens eindringlich gezeigt, dass auch **das EU-Strafrecht das Konfliktpotential birgt, dieses Kooperationsverhältnis an seine Grenzen zu bringen**. Besonders deutlich wird dies bei der Lektüre der Sondervoten.

Bundesverfassungsgericht und EuGH stehen permanent politisch unter Beobachtung, ob sie sich an die (Wortlaut-) Grenzen der jeweiligen Referenztexte halten und im Rahmen der gebotenen richterlichen Zurückhaltung bewegen oder sich selbst zum Übergesetzgeber aufschwingen. Damit verbunden sind ganz deutlich jeweils auch das Wissen um die Notwendigkeit einer breiten Akzeptanz der eigenen Entscheidungen, das Werben um diese Akzeptanz sowie der Selbstbehauptungswille als Verfassungsorgan. Und auch hier wird bei Kompetenzverschiebungen institutionell die Gewinner- und Verliererfrage gestellt.

Grundsätzlich ist es Sache des EuGH, im Rahmen der vorgegebenen Verfahren das EU-Recht auszulegen und zu überprüfen. **Das Bundesverfassungsgericht prüft am Maßstab des Grundgesetzes die Umsetzung und Anwendung in Deutschland, soweit diese nicht zwingend durch das EU-Recht vorgegeben sind.** Darüber hinaus wird dem Bundesverfassungsgericht regelmäßig bei den Reformen der europäischen Verträge die Frage nach der **Verfassungskonformität des deutschen Vertragsgesetzes** gestellt, so zuletzt auch im Falle des „Gesetzes zu dem Vertrag vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa“ und wohlmöglich auch wieder im Falle des Gesetzes zu dem Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007.

Das Bundesverfassungsgericht kann also im Rahmen der vorgegebenen Verfahren EU-Vertragsrevisionen vor Ihrem Inkrafttreten einer Vorabprüfung unterziehen und die Umsetzung und Anwendung von EU-Recht prüfen, sofern es innerstaatliche Spielräume gibt. **Das Bundesverfassungsgericht kann grundsätzlich kein geltendes EU-Recht prüfen und verwerfen.**

Nur „grundsätzlich nicht“, weil das Bundesverfassungsgericht sich eine Reservekompetenz vorbehalten hat, darüber zu wachen, dass die EU-Politik einerseits den vom Grundgesetz geforderten Grundrechtsstandard nicht massiv unterschreitet (**Solange**-Rechtsprechung) und andererseits das vom Grundgesetz und den Vertragsgesetzen abgedeckte Integrationsprogramm nicht massiv überschreitet (**Maastricht**-Rechtsprechung). Diese Reservekompetenz oder Wächterfunktion ist als **ultima ratio** zu betrachten. Die Schwelle für ihre Aktivierung ist hoch. Ich möchte sie von der Dimension her vergleichen mit der Suspendierung der Mitgliedschaft eines EU-Mitgliedstaats nach Art. 7 EUV oder dem von vielen immer schon anerkannten und im Vertrag von Lissabon jetzt auch fixierten Recht zum Austritt aus der EU (Art. 50 EUV zukünftiger Fassung).

Das beschriebene Kooperationsverhältnis zwischen dem EuGH und dem Bundesverfassungsgericht bringt letzteres in eine delikate Situation, wenn in einem Verfahren EU-rechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken zusammenkommen. Genau das war beim (**ersten**) **Europäischen Haftbefehlsgesetz** der Fall (2 BvR 2236/04). Das Bundesverfassungsgericht hat sich darauf beschränkt, die deutsche Umsetzung wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz zu verwerfen. Wenn es auch durchgreifende Bedenken gegen den zugrunde liegenden Rahmenbeschluss gehabt hätte, hätte es meines Erachtens diese Frage nur dem EuGH vorlegen können (§ 35 Abs. 1 EUV).

Dass das Bundesverfassungsgericht bisher prinzipiell keine **Vorabentscheidungen** des EuGH einholt, halte ich einerseits für nachvollziehbar. Soll man sich einem anderen Gericht unterordnen bzw. dessen Entscheidung unterwerfen, wenn man dessen Tun doch zugleich – wenn auch nur im Hintergrund und als ultima ratio – überwacht? Würde man mit einer Vorlage nicht die eigene vom Grundgesetz übertragene Wächterrolle untergraben? Oder hebt das Bundesverfassungsgericht sich eine solche Vorlage als ultimatives Warnsignal an den EuGH auf, also quasi als

gelbe Karte und letzten Schritt vor einer eigenen Prüfung und Verwerfung von EU-Recht?

Andererseits gibt meines Erachtens aber das Kooperationsverfahren zwischen beiden Gerichten im Sinne **einer von wechselseitigem Vertrauen und wechselseitiger Rücksichtnahme geprägten Arbeitsteilung** eine Vorlage durchaus her. Insofern würde ich eine Vorlage des Bundesverfassungsgerichts auch als Zeichen für Souveränität werten. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte für eine Sorge, dass der EuGH eine Vorlage für einen Übergriff in die Domäne des Bundesverfassungsgerichts nutzen könnte. Und es liegt im Wesen des Vorabentscheidungsverfahrens, dass nach der Antwort des EuGH auf die Vorlagefrage(n) das Bundesverfassungsgericht das letzte Wort hätte.

3. Welche Instanz soll anhand welchen Maßstabs die Rechtmäßigkeit der Normen eines einheitlichen europäischen Strafrechts überprüfen:

- *der nationale Gesetzgeber,*
- *die nationalen Gerichte und das Bundesverfassungsgericht,*
- *der EuGH,*
- *der EGMR?*

Der nationale Gesetzgeber

Der nationale Gesetzgeber unterliegt der Bindung an Recht und Gesetz. Daher darf er sich am Zustandekommen rechtswidriger Rechtsakte nicht beteiligen, sondern muss diese nach Möglichkeit verhindern bzw. beseitigen.

Zu Beginn des EU-Rechtsetzungsverfahrens, also vor Inkrafttreten eines EU-Rechtsakts, haben Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat die Aufgabe, die Rechtmäßigkeit von Vorschlägen zu prüfen. Maßstab ist die gesamte Rechtsordnung einschließlich des internationalen Rechts, des EU-Rechts und des deutschen Rechts.

Die Bundesregierung darf rechtswidrigen Vorschlägen im Rat nicht zustimmen und muss ihr Inkrafttreten nach Möglichkeit verhindern.

Bundestag und Bundesrat haben im Verfahren nach **Art. 23 GG** gegenüber der Bundesregierung - neuerdings auch direkt gegenüber der Europäischen Kommission (**Direktzuleitungsverfahren**) - die Rechtswidrigkeit geltend zu machen. Nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon wird Bundestag und Bundesrat zusätzlich das **Subsidiaritäts-Frühwarnsystem** nach dem Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zur Verfügung stehen. Eine interessante Frage in diesem Zusammenhang ist die Reichweite dieses Rügerechts.

Nach Inkrafttreten eines Rechtsakts stellt sich die Frage einer **Rücknahme bzw. Änderung** oder einer **Klage vor dem EuGH**. (Dazu, dass in Extremsituationen als ultima ratio auch eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts gegen EU-Recht möglich sein kann, bereits oben.)

Die Bundesregierung kann dort, wo das Initiativrecht wie in Art. 34 Abs. 2 Satz 2 EUV bei Rahmenbeschlüssen **nicht** der Kommission vorbehalten ist, sondern jeder Mitgliedstaat ein Initiativrecht hat, eine **Aufhebung oder Änderung** selbst vorschlagen. Nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon wird es dieses einzelstaatliche Initiativrecht nicht mehr geben, sondern ein Initiativrecht eines Viertels der Mitgliedstaaten, Art. 76 lit. b) AEUV. Dann müsste die Bundesregierung sich um das Zustandekommen dieses Quorums bemühen. Dort, wo die Kommission wie in Art. 175 Abs. 1 EGV (Art. 192 AEUV) ein Initiativmonopol hat, müsste die Bundesregierung sich im Rat darum bemühen, dass der Rat die Kommission zur Vorlage eines Vorschlags auffordert (Art. 208 EGV, gestärkt durch Art. 241 AEUV).

Die **Nichtigkeitsklage** steht nach Art. 35 Abs. 6 EUV, 230 EGV jedem einzelnen Mitgliedstaat zu. Die Bundesregierung müsste also klagen. Der Bundestag müsste die Bundesregierung im Rahmen seiner allgemeinen und durch Art. 23 GG akzentuierten Kontrollaufgaben zu einer Nichtigkeitsklage auffordern. Der Bundesrat müsste unter den Voraussetzungen des § 7 EUZBLG, der u.a. an die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder anknüpft, von der Bundesregierung eine Klageerhebung verlangen.

Nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon werden Bundestag und Bundesrat jeweils nach Art. 8 Abs. 1 des Protokolls (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit die Erhebung einer Subsidiaritäts-Nichtigkeitsklage veranlassen können. Wie zuvor stellt sich auch hier die Frage, ob über den Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip hinaus weitere Mängel wie das Fehlen jeglicher EU-Kompetenz gerügt werden können und zu welchem Prüfungsumfang dieses vor dem EuGH führt.

Steht ein EU-Rechtsakt zur Umsetzung in ein Bundesgesetz an, kann als weiteres Verfassungsorgan der Bundespräsident den EU-Rechtsakt, aus dem sich die Umsetzungspflicht ergibt, für rechtswidrig halten. In diesem Falle hielte ich es für richtig, dass der Bundespräsident das Gesetz ausfertigt, aber seine Zweifel dokumentiert und eine Klärung anregt. Zu beachten ist allerdings, dass die Klagefrist von nur zwei Monaten für Nichtigkeitsklagen beim EuGH regelmäßig bereits abgelaufen sein wird.

Die nationalen Gerichte und das Bundesverfassungsgericht

Haben deutsche Gerichte Zweifel an der **Auslegung** von EU-Recht, dann können sie nach Art. 35 Abs. 1-4 EUV bzw. Art. 68, 234 EGV (zukünftig Art. 267 AEUV) eine **Vorabentscheidung** des EuGH veranlassen, als konkret letztinstanzliches Gericht sind sie u.U. sogar dazu verpflichtet. Will ein Gericht das EU-Recht nicht anwenden, weil es dieses für rechtswidrig hält, muss wegen des Verwerfungsmonopols des EuGH eine Vorlage erfolgen.

(Wie oben bereits dargelegt, erfolgen seitens des Bundesverfassungsgerichts bisher keine Vorlagen an den EuGH, obwohl es dafür gute Gründe geben kann. Wie ebenfalls bereits erörtert, kann das Bundesverfassungsgericht nur in Extremsituationen EU-Recht verwerfen.)

Der EuGH

Der EuGH hat die **Aufgabe**, das EU-Sekundärrecht nach Maßgabe von Art. 35 EUV sowie Art. 68, 226 ff. EGV auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Maßstab ist das gesamte höherrangige Recht, insbesondere die europäischen Verträge. Nach **Art. 6 Abs. 2 EUV** gehören hierzu auch die EMRK und die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten.

Hervorzuheben im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle von Rahmenbeschlüssen (Art. 35 EUV) ist, dass

- es kein **Vertragsverletzungsverfahren** wegen der unzureichenden Umsetzung eines Rahmenbeschlusses gibt;
- keine zwingende und einheitliche Zuständigkeit des EuGH für **Vorabentscheidungsverfahren** besteht, sondern es hierfür einer gesonderten Zustimmung des einzelnen Mitgliedstaats bedarf, die Deutschland erteilt hat. (Meines Wissens haben **15** Mitgliedstaaten eine solche Erklärung abgegeben, was bedeuten würde, dass in **12** Mitgliedstaaten diese Zuständigkeit fehlt.)
- der EuGH in der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen **nicht zuständig** ist für die Überprüfung der Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats oder der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.

Diese Einschränkungen sollten aber meines Erachtens nicht überschätzt werden: Ob aktuell eine ausreichende **Justiziabilität der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen** besteht, wird unterschiedlich bewertet. Klar ist allerdings, dass

- die Rechtsprechung des EuGH zum Bestehen einer Annexkompetenz in der ersten Säule (Rechtssachen C-176/03 und C-440/05) dazu führt, dass die betreffenden Regelungen EU-rechtlich voll justizabel sind, weil die Einschränkungen der dritten Säule nicht gelten;

- dass nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die im Bereich der dritten Säule bestehenden Einschränkungen (Art. 35 EUV), um die es hier geht, nach einer Übergangszeit von 5 Jahren weitgehend wegfallen werden.

Der **Vertrag von Maastricht**, der am 7.2.1992 unterzeichnet wurde und am 1.11.1993 in Kraft getreten ist, sah nur eine sehr eingeschränkte Justiziabilität der Bestimmungen über die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres vor: Nach **Art. L** lit. b) i. V. m. Art. K.3 Abs. 2 lit. c) Unterabs. 3 EUV i. d. F. des Vertrags von Maastricht konnte eine Zuständigkeit des EuGH für Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von völkerrechtlichen Übereinkommen im Rahmen der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in dem jeweiligen Übereinkommen verankert werden. Einer der wesentlichen Aspekte der **Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts** war die Sorge, dass Art. L zu **Rechtsschutzlücken** führen könnte.

Der **Amsterdamer Vertrag**, der am 2.10.1997 unterzeichnet wurde und am 1.5.1999 in Kraft getreten ist, hat durch die Einfügung des Art. 35 EUV eine erhebliche Verstärkung des Rechtsschutzes sowohl hinsichtlich der überprüfbaren Rechtsakte als auch hinsichtlich der Verfahrensarten bewirkt.

Der **Vertrag von Lissabon** hebt die Beschränkungen und Abweichungen der Justiziabilität der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen nach einer Übergangszeit von 5 Jahren weitgehend auf. Der EuGH wird auch zuständig für die Entscheidung über Verstöße der Mitgliedstaaten in diesem Bereich. Allerdings übernimmt **Art. 276 AEUV** (= Art. III-377 VerfEU) die Einschränkung aus Art. 35 Abs. 5 EUV, wonach der EuGH in der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen **nicht** zuständig ist

„... für die Überprüfung der Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats oder der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“

Da der EuGH aber ohnehin in allererster Linie zur Prüfung von EU-Recht und nicht von nationalem Recht berufen ist und zweitens dazu tendiert, solche Ausnahmen eng auszulegen, stupe ich dieses eher als **Klarstellung** denn als wesentliche Relativierung der Justiziabilität der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ein.

Nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon wird zusätzlich über einen Querverweis die **Charta der Grundrechte** rechtsverbindlich sein:

Artikel 6 EUV i.d.F.d. LissabonV

1. Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in ... angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte hat dieselbe Rechtsverbindlichkeit wie die Verträge.

Durch die Bestimmungen der Charta werden die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert.

Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen von Titel VII der Charta, in dem ihre Auslegung und Anwendung geregelt wird, und unter gebührender Beachtung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt.

2. Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei. Dieser Beitritt ändert nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union.

3. Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts."

Allerdings besteht ein Protokoll (Nr. 7), dass die Anwendbarkeit der Charta relativiert und von dem wohl zumindest das Vereinigte Königreich Gebrauch machen wird. Diese aus der Perspektive des EU-Rechts **systemwidrige** (gleichwohl politisch offenbar unvermeidbare) Ausnahme gilt allerdings nur für die Charta der Grundrechte und nicht etwa auch für die Bindung an die EMRK und die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Mir sind bisher keine Fallkonstruktionen bekannt, in denen sich hieraus nachweisbare Lücken im Rechtsschutz ergeben. Sollten solche Lücken allerdings konkret nachgewiesen werden, wäre hierauf zu reagieren. Hier besteht also noch Prüfbedarf.

Der EGMR

Derzeit können Rechtsakte der EU bzw. der EG nicht vor dem EGMR angegriffen werden, weil die EU bzw. die EG keine Signatäre der EMRK sind. Zwar dürfen die EU-Mitgliedstaaten sich ihren Verpflichtungen im Rahmen der EMRK nicht dadurch entziehen, dass sie die Kompetenzen von der EU bzw. der EG ausüben lassen.

Jedoch gilt im Verhältnis Straßburg-Luxemburg ein ähnliches Kooperationsverhältnis wie im Verhältnis Karlsruhe-Luxemburg: Solange es im EU-Recht einen gleichwertigen Grundrechtsschutz gibt, schreitet der EGMR nicht ein, prüft also kein EU-Recht (siehe u.a. die EGMR-Urteile Matthews/Vereinigtes Königreich vom 18.2.1999 und Bosphorus/Irland vom 30.6.2005).

Das würde sich durch den zukünftig in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehenen Beitritt der EU zu EMRK ändern. Dieser setzt neben einer Ratifikation des Vertrages von Lissabon eine Anpassung der Straßburger Rechtsgrundlagen voraus (wo zuallererst aber einmal Lösungen für die Überlastung des EGMR gefunden werden müssen). So wie sich heute schon das Bundesverfassungsgericht einer Überprüfung durch den EGMR stellen muss, würde das dann auch für den EuGH gelten.

4. Vor welchem Gericht und auf welcher Grundlage können Beschuldigte Rechtsschutz erlangen?

Der Rechtsschutz erfolgt nach den regulären Verfahren vor den nationalen Gerichten. Die deutschen Gerichte wenden neben dem Grundgesetz und dem übrigen nationalen und internationalen Recht auch das EU-Recht (in den Grenzen seines Anwendungsbereichs) an.

Konflikte mit höherrangigem Recht lassen sich nicht selten bereits im Wege einer verfassungs-, europarechts- oder völkerrechtskonformen Auslegung lösen.

Hält das deutsche Gericht nur das deutsche Umsetzungsgesetz für rechtswidrig (was *im Ergebnis* beim ersten Europäischen Haftbefehlsgesetz der Fall war), holt es im Rahmen einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein.

Hat das deutsche Gericht Zweifel an der **Auslegung** von EU-Recht, dann kann es nach Art. 35 Abs. 1-4 EUV bzw. 234 EGV (zukünftig Art. 267 AEUV) eine **Vorabentscheidung** des EuGH veranlassen, als konkret letztinstanzliches Gericht

ist es u.U. sogar dazu verpflichtet. Will das Gericht das EU-Recht nicht anwenden, weil es dieses für rechtswidrig hält, muss wegen des Verwerfungsmonopols des EuGH eine Vorlage erfolgen.

„Das Vorabentscheidungsverfahren, das eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten verlangt, ist das Kernstück der Gemeinschaftsrechtsordnung. ... Insbesondere bei Grundrechtsfragen können durch ein frühzeitiges Einschreiten des Gerichtshofs ... Probleme bereits im Vorfeld gelöst werden ...“

KOM (2006) 346 endg.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf die Arbeiten an einer **Beschleunigung des Vorabentscheidungsverfahrens** und die **Einführung eines Eilverfahrens für Vorlagefragen, die den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betreffen**. Diesen Arbeiten liegt ein Auftrag des Europäischen Rates aus dem Jahr 2004 zugrunde. Die Ratsformation Justiz und Inneres hat darüber – auf Grundlage von Vorschlägen des EuGH – zuletzt am 18.9.2007 beraten (Ratsdokumente Nr. 11824/07, 11759/07, 13272/06 + COR 1).

(Die Möglichkeit einer individuellen direkten Anrufung des EuGH besteht in aller Regel nicht, weil die Voraussetzungen für Individualklagen zum EuGH nach Art. 230 Abs. 4 EGV (zukünftig Art. 263 Abs. 4 AEUV) nicht vorliegen.)

Nach Abschluss des Instanzenzuges bleibt nur die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe. Deren Gegenstand kann auch eine **unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu Unrecht unterbliebene Vorlage** an den EuGH oder das Bundesverfassungsgericht sein. Und in Karlsruhe besteht letztmals die - bislang theoretische (siehe oben) - Chance auf eine Vorlage an den EuGH.

Zuletzt kann noch Individualbeschwerde beim EGMR erhoben werden, die allerdings derzeit nur gegen einen Signatarstaat der EMRK und nicht gegen EU oder EG und deren Rechtsakte möglich ist. Letzteres wird sich allerdings bei einer Umsetzung des Auftrages aus Art. 6 Abs. 2 EUV zukünftiger Fassung, dem Beitritt der EU zur EMRK, ändern.

5. Welche Auswirkungen auf das nationale Strafrecht sind von einem einheitlichen europäischen Strafrecht zu erwarten?

„... Kohärenz (ist) eine wesentliche Voraussetzung für einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.“

KOM (2006) 346 endg., Seite 5

„Die weitere Verwirklichung der gegenseitigen Anerkennung als Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit schließt die Entwicklung gleichwertiger Standards für die Verfahrensrechte in Strafverfahren ein, wobei Untersuchungen zum Schutzniveau in den Mitgliedstaaten zugrunde zu legen sind und die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten gebührend zu berücksichtigen sind. In diesem Zusammenhang sollte der Entwurf eines Rahmenbeschlusses über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union bis Ende 2005 angenommen werden.“

Europäischer Rat, 4./5.11.2004, Schlussfolgerungen Anlage I: Haager Programm

Bei dieser Frage werde ich den zu dem Gespräch geladenen Strafrechtsexperten den Vortritt lassen. Möglicherweise werden diese einräumen, dass die bisherigen praktischen Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht sich noch in Grenzen halten. Möglicherweise werden sie auch einräumen, dass der Status quo ante in grenzüberschreitenden Fragen auch nicht immer beispielgebend war. Ein Blick auf die von Richter am Bundesgerichtshof a.D. Wolfgang Schomburg zur Verfügung gestellte Übersicht über die wichtigsten Rechtshilfebeziehungen Deutschlands in Strafsachen unter

<http://www.bundesgerichtshof.de/docs/bibliothek/rechtshilfe.pdf>

halte ich in diesem Zusammenhang für aufschlussreich.

Es erfolgt ein beschleunigter Prozess der Europäisierung des Strafrechts, den man meines Erachtens nicht aufhalten, sondern nur kanalisieren kann. Dieser Prozess erfolgt schrittweise und sektoral bzw. punktuell, was wahrscheinlich gegenüber dem Versuch eines großen Wurfs erheblich mehr Vor- als Nachteile hat. Auch bei dieser

schrittweisen Entwicklung besteht aber die Sorge um die **Kohärenz des nationalen Strafrechtssystems** und die Sorge um die **Kohärenz des internationalen und europäischen Strafrechtssystems**.

Nicht nur im Strafrecht erleben wir den normalen Abwehrreflex, dass EU-rechtlich vorgegebene Änderungen als systemfremd geißelt werden und man bewährte Rechtsinstitute und Verfahrensweisen nicht ohne Not aufgeben will. **Hier sollte der Bundestag bei neuen Plänen, Programmen und Initiativen frühzeitig externe Stellungnahmen zur Frage der Konsequenzen für die Kohärenz unseres Strafrechtssystems einholen**. Das EU-Recht ist für diese Art von Fragen nicht blind. Beispielsweise wurde mit der Schlussakte des Vertrages von Amsterdam eine Erklärung (Nr. 8) angenommen, wonach ein Mitgliedstaat, dessen Rechtssystem keine **Mindeststrafen** vorsieht, nicht zur Einführung von Mindeststrafen verpflichtet wird. Ähnliche Problemstellungen bestehen im Zusammenhang mit der Frage der **Verantwortlichkeit juristischer Personen** oder mit der **Sorge um die Wahrung der justiziellen Sachleitungsbefugnis gegenüber polizeilicher Strafverfolgungstätigkeit**.

Verfahrenstechnisch lässt sich das Ineinandergreifen der nationalen Systeme und des europäischen Systems lösen. Dafür gibt es Gremien wie den Artikel 36-Ausschuss und die Ratsarbeitsgruppen „Materielles Strafrecht“, „Strafrechtliche Zusammenarbeit“ oder „Organisierte Kriminalität“. Und formal lässt sich auch die Kohärenz auf EU-Ebene herstellen: Beispielsweise begründete das Urteil des EuGH zum Umweltstrafrecht vom 13.9.2005 die Sorge um die Kohärenz des EU-Strafrechts, da fortan nicht nur Rechtsakte der dritten Säule Regelungen zum materiellen Strafrecht enthalten würden, sondern auch Rechtsakte der ersten Säule, über die in anderen Ratsformationen und anderen Ratsarbeitsgruppen beraten wird. Daher haben die EU-Justizminister im Januar 2006 verabredet, dass auch bei Rechtsakten der ersten Säule, die strafrechtliche Vorgaben enthalten, die Beteiligung der Justizseite sichergestellt werden müsse. Praktisch soll diese Kohärenz dadurch gewährleistet werden, dass die Ratsarbeitsgruppe „Materielles Strafrecht“ auch bei allen Richtlinien mit Strafrechtsbezug einbezogen wird und hierzu Stellung nimmt.

Aber solche Verfahrensabreden sind natürlich überhaupt nicht ausreichend. Sorgen bereiten mir im Hinblick auf die Kohärenz und Balance des EU-Strafrechts vor allem zwei Aspekte:

Erstens gilt es einer Tendenz entgegenzutreten, dass die Eingriffsinstrumentarien einseitig verschärft werden, ohne dass die Bürgerrechte Schritt halten. Der **Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren** (KOM (2004) 328 endg.) ist trotz einer entsprechenden Verabredung im Europäischen Rat und trotz des Einsatzes der deutschen Ratspräsidentschaft gescheitert. Hier bedarf es neuer Anstrengungen. Besser sieht es meines Wissens aus bei dem **Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden** (KOM (2005) 475 endg.). Das Europäische Parlament ist hier bereits sensibilisiert und die nationalen Parlamente sollten an demselben Strang ziehen. Wir haben bei den letzten beiden Erweiterungsrounden an die Beitrittskandidaten zu Recht hohe Anforderungen in punkto Rechtsstaatlichkeit gestellt und sollten uns jetzt selbst an dieser hohen Latte messen lassen.

Zweitens bereitet die bestehende und durch den Vertrag von Lissabon fortgeschriebene **Rechtszersplitterung** Sorge.

Beispiele sind z.B.

- Ausnahme von der Verbindlichkeit der Grundrechte-Charta zumindest für Großbritannien;
- Für zusätzliche 5 Jahre keine allgemeine und einheitliche Zuständigkeit des EuGH für Vorabentscheidungsverfahren;
- Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich Strafrecht und Strafprozessrecht, die z.B. für die Verfahrensrechte schon konkret im Raum steht;
- Ausnahmen für die Veränderung bestehender Rechtsakte für Großbritannien und Irland.

Bekanntlich waren diese Ausnahmeregelungen der politische Preis für die Einigung auf den Vertrag von Lissabon. Ich halte es dennoch für wichtig, die Auswirkungen dieser Ausnahmen und Lücken – z.B. durch das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg – einmal im Zusammenhang analysieren zu lassen. Denn trotz großer Wertschätzung für das Instrument der verstärkten Zusammenarbeit in einer EU mit 27 und mehr Mitgliedstaaten: In *einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* darf die Landkarte der Verfahrensrechte wie auch des gesamten Grundrechtsschutzes keine weißen Flecken haben.

6. Welcher Handlungsbedarf ergibt sich für den nationalen Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Entstehung eines einheitlichen europäischen Strafrechts?

Schon heute haben Bundestag und Bundesrat nach **Art. 23 GG** die Aufgabe, in EU-Angelegenheiten mitzuwirken. Das im Vorgriff auf die Reform der europäischen Verträge eingeführte **Direktzuleitungsverfahren**, das bisher meines Wissens nur der Bundesrat nutzt, zeigt bereits, dass **die nationalen Parlamente in Zukunft eigene Akteure der EU-Politik sind und nicht mehr nur mittelbar über die Bundesregierung beteiligt werden**. Diese neue Rolle bringt nicht nur zusätzliche Rechte mit sich, sondern ist vor allem **Aufgabe und Verpflichtung**.

Diese neue Rolle der nationalen Parlamente steht in einem Spannungsfeld zu dem Interesse an einer Stärkung der Handlungsfähigkeit sowohl der EU insgesamt als auch Deutschlands in der EU.

Im Zuge der Föderalismusreform I ist der Komplex Art. 23 GG intensiv beraten worden. Dabei wurde auch immer wieder die Notwendigkeit unterstrichen, dass Deutschland in Brüssel möglichst mit einer Stimme sprechen sollte. Insgesamt kam es aber zu keinen grundlegenden Änderungen. Ich halte die Logik des Art. 23 GG und seiner Vorgängerregelungen, bei der der Verlust eigener Kompetenzen durch **mittelbare Beteiligungsrechte** kompensiert wird, einerseits für **unbefriedigend**. Dieses wird vollends deutlich, wenn es um regionale Parlamente geht. Nur: Die Rechtspolitik hat hier bisher keine besseren (und mit Art. 79 Abs. 3 GG zu

vereinbarenden) Lösungen parat. Im Gegenteil: EU-Mitgliedstaaten mit ebenfalls dezentralen bzw. föderalen Verfassungsstrukturen adaptieren Elemente unseres Systems.

Man sieht bei der Lektüre des Vertrages von Lissabon deutlich **die beiden demokratischen Legitimationsstränge der EU-Politik über das Europäische Parlament und über die nationalen Parlamente**. Dieses gilt insbesondere für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen:

- Art. 69 AEUV: Subsidiaritätskontrolle im Rahmen des Frühwarnsystems;
- Art. 70 AEUV: Unterrichtung über Inhalt und Ergebnisse des Systems der gegenseitigen Bewertung;
- Art. 71 AEUV: Unterrichtung über die Arbeiten des ständigen Ausschusses;
- Art. 74 AEUV: Anhörung bei Maßnahmen der Verwaltungsarbeit;
- Art. 76, 82, 83, 84, 85 AEUV: Grundsätzliche Anwendbarkeit des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (Kodezision Rat und Europäisches Parlament);
- Art. 85 AEUV: Beteiligung an der politischen Kontrolle von Eurojust;
- Art. 86 AEUV: Zustimmung zur Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Ausdehnung ihrer Befugnisse.

Die Diskussionen im Zuge der Föderalismusreform I und der Revision der europäischen Verträge hat meines Erachtens gezeigt, dass noch **Spielräume für eine effektivere praktische Ausnutzung der Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat** bestehen. Hinzu kommen die **zusätzlichen Aufgaben aus dem Vertrag von Lissabon**, im Zuge derer **die europäischen Verträge die nationalen Parlamente als konstituierende Elemente des europäischen Verfassungssystems anerkennen**.

Bundestag und Bundesrat haben diese Herausforderung bereits angenommen und eine Reihe von Maßnahmen eingeleitet. Für den Bundesrat stellt sich meines Erachtens u.a. die Frage, wie im Rahmen seiner Mitwirkung noch eine **verbesserte Schwerpunktsetzung** erreicht werden kann. Für den Bundestag wird es meines Erachtens darauf ankommen – trotz der systembedingten strukturellen

Übereinstimmung zwischen der Bundesregierung und den Mehrheitsfraktionen – weiter gegenüber der Bundesregierung ein **eigenständiges Profil** zu gewinnen.

Lehrstück im negativen Sinne war das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zum ersten Europäischen Haftbefehlsgesetz (18.7.2005, 2 BvR 2236/04). Dieses hat sehr deutlich gezeigt, dass Art und Umfang der Parlamentsbeteiligung im Hinblick auf Rechtsakte der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen nicht ausreichend klar waren.

Das Bundesverfassungsgericht will in dieser Entscheidung den Rechtsakt „Rahmenbeschluss“ völkerrechtlich verstehen und spricht sogar davon, dass die nationalen Parlamente notfalls die Umsetzung von Rahmenbeschlüssen verweigern könnten. Diese Aussage hat in den Sondervoten und in der Literatur erhebliche Kritik erfahren.

Diese Kritik teile ich insofern, als darauf hingewiesen wird, dass gerade bei einem Einstimmigkeitserfordernis im Rat die verbesserte demokratische Fundierung dadurch erfolgen kann, dass auf nationaler Ebene der parlamentarische Einfluss auf das Stimmverhalten der Regierungsvertreter im Rat verstärkt wird (Sondervotum der Richterin Lübke-Wolf). Mit anderen Worten: **Vor und während eines EU-Gesetzgebungsverfahrens sind die nationalen Parlamente besonders gefordert.** Denn die Änderung oder Aufhebung eines einmal in Kraft getretenen Rechtsaktes durch ein neues Gesetzgebungsverfahren oder ein Klageverfahren werden nur im Einzelfall betrieben werden können. Und die schlichte Verweigerung der Umsetzung eines Rahmenbeschlusses oder einer Richtlinie ist keine Lösung.

Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen würde es sich meines Erachtens besonders lohnen, ein **eigenes parlamentarisches Prüfraster** für EU-Rechtsetzungsinitiativen zu erarbeiten. Zwar bestehen schon detaillierte Regelungen der Information des Bundestages durch die Bundesregierung. So regelt Ziffer I.5. der Zusammenarbeitsvereinbarung Einzelheiten eines „Berichtsbogens“ und einer „Bewertung“. Nur: **Um die Bewertung der Bundesregierung, des Rats oder der Kommission geht es nicht. Sondern der Bundestag muss sich mit den Ressourcen ausstatten, um eine eigene Bewertung zu treffen.** Nur so kann der Bundestag in Zukunft seiner neuen Rolle gerecht werden, die ihm der Vertrag von Lissabon überträgt, und die meines Erachtens über Kompetenzabgrenzung und

Subsidiarität hinaus auch eine besondere Verantwortung für die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte einschließt. Und hierzu gehört auch die Balance bzw. Kohärenz des EU-Strafrechts.

Über die generelle Verantwortung im Rahmen des Frühwarnsystems hinaus sehe ich also eine **besondere parlamentarische Verantwortung** für die Rechtsgüter, die klassischerweise im Spannungsverhältnis zu dem Bereich Strafjustiz und Inneres stehen, u.a. **die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte**. Hierzu gehört gerade **nicht nur die Ablehnung** von Initiativen der Kommission mit dem Kampfschrei „Subsidiarität“, sondern auch die Förderung zusätzlicher Initiativen im Dienste beispielsweise der Kohärenz des Strafrechtssystems, der komplementären Entwicklung der Beschuldigtenrechte, des Datenschutzes oder einer ausreichenden politischen und juristischen Kontrolle neuer Instrumente und Einrichtungen. Und da Gesetzgebungsaktivitäten in diesem Bereich nicht selten unter dem (Ein)Druck aktueller Bedrohungen oder Kriminalitätsformen erfolgen (z.B. terroristische Anschläge), halte ich auch **regelmäßige Überprüfungsfristen** für wichtig, wie sie in der europäischen Deregulierungsdebatte diskutiert werden.

Saarbrücken, 21. November 2007

Oliver Suhr