



**RHEINISCHE FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN**  
Strafrechtliches Institut der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

Prof. Dr. Martin Böse  
Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Europäisches und Internationales Strafrecht

Strafrechtliches Institut Adenauerallee 24-42 53113 Bonn

Tel.: 0228/73 91 55  
Fax: 0228/73 2518  
e-mail: [martin.boese@uni-bonn.de](mailto:martin.boese@uni-bonn.de)

Bonn, 27. November 2007

## Stellungnahme

**im Rahmen des Expertengespräches zu dem Thema  
„Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht ?“  
im Unterausschuss Europarecht des Rechtsausschusses des Deutschen  
Bundestages**

### **Vorbemerkung**

Die folgende Stellungnahme nimmt nicht für sich in Anspruch, die an die Sachverständigen gerichteten Fragen erschöpfend zu beantworten, sondern soll als Grundlage für das Expertengespräch dienen und beschränkt sich daher auf eine thesenartige Zusammenfassung der aus meiner Sicht wesentlichen Gesichtspunkte.

### **1. Kompetenzen zur Schaffung eines europäischen Strafrechts**

Eine allgemeine und umfassende Kompetenz zur Schaffung eines europäischen Strafrechts (eines europäischen Strafgesetzbuches) besteht weder nach dem EG-Vertrag noch nach dem EU-Vertrag noch nach dem Reformvertrag.

*a) Kompetenzen nach dem EG-Vertrag („erste Säule“)*

Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt das Strafrecht nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft, der Gemeinschaftsgesetzgeber kann die Mitgliedstaaten jedoch zur Einführung von Strafvorschriften verpflichten, wenn die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen unerlässlich ist, um die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.<sup>1</sup>

Der EuGH hat eine solche Kompetenz auf der Grundlage des Art. 175 EG und des Art. 80 Abs. 2 EG bejaht.<sup>2</sup> Diese Rechtsprechung ist grundsätzlich auch auf andere vertragliche Ermächtigungsgrundlagen übertragbar.<sup>3</sup> Allerdings entbindet dies den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht von der Pflicht, die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung in dem jeweiligen Kontext zu begründen.

So vermag insbesondere ein nachrangiger Bezug zum Binnenmarkt eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 95 EG nicht zu begründen, wenn der Rechtsakt in erster Linie auf die Verfolgung und Verhütung terroristischer Straftaten abzielt.<sup>4</sup> Dass der EuGH eine Gesetzgebungskompetenz für eine Regelung der grenzüberschreitenden Übermittlung von Passagierdaten verneint hat<sup>5</sup>, lässt sich möglicherweise auch damit erklären, dass der EuGH im Bereich des Verfahrensrechts in höherem Maße auf die Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen Rücksicht nimmt.<sup>6</sup>

Sofern eine Anweisungskompetenz der Gemeinschaft besteht, umfasst diese jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht die Befugnis, Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen in einer Richtlinie

---

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 13.9.2005, Rs. C-176/03 (Umweltstrafrecht), Slg. 2005, I- 7879 Rn. 48; Urt. v. 23.10.2007, Rs. C.-440/05 („Meeresverschmutzung“), Rn. 66.

<sup>2</sup> EuGH, a.a.O.

<sup>3</sup> S. Generalanwalt *Mazak*, Schlussanträge vom 28.6.2007, in: Rs. C-440/05 (Fußn. 1), Rn. 97 ff.

<sup>4</sup> EuGH, Verb. Rs. C-317 und 318/04 (PNR-Daten), Slg. 2006, I-4721 Rn. 54 ff., 68 f.; GA *Léger*, ebenda, Rn. 147 ff.

<sup>5</sup> EuGH, a.a.O.

<sup>6</sup> S. zum Grundsatz der Verfahrensautonomie: *Rodriguez Iglesias*, EuGRZ 1997, 289 ff.

festzulegen.<sup>7</sup> Diese Beschränkung ergibt sich aus der Erwägung, dass anderenfalls die Kohärenz der nationalen Strafrechtsordnungen gefährdet würde, und aus dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 EG).<sup>8</sup>

Dies schließt m.E. den Erlass unmittelbar geltender Strafvorschriften in Gestalt einer Verordnung nicht von vornherein aus.<sup>9</sup> Eine solche Kompetenz ist vorstellbar, sofern eine wirksame Strafbewehrung gemeinschaftsrechtlicher Normen durch eine Anweisungskompetenz nicht gewährleistet wird, z.B. aufgrund der verfassungsrechtlichen und praktischen Probleme, die bei der Verweisung von nationalen Blankettstrafgesetzen auf gemeinschaftsrechtliche Ausfüllungsnormen auftreten.<sup>10</sup>

#### *b) Kompetenzen nach dem EU-Vertrag*

Im EU-Vertrag ist ausdrücklich eine Kompetenz vorgesehen, für besonders schwere Formen der Kriminalität (organisierte Kriminalität, Terrorismus und Drogenhandel) einen strafrechtlichen Mindeststandard zu schaffen (Art. 31 Abs. 1 lit. e EU). Dies wird allgemein dahingehend verstanden, dass in den Harmonisierungsmaßnahmen nur ein Mindestmaß für die Obergrenze des Strafrahmens vorgegeben wird (sog. Mindesthöchststrafe; s. dazu auch u. 5. und 6.).

Nach überwiegender Ansicht enthält Art. 31 Abs. 1 lit. e EU keine abschließende Regelung<sup>11</sup>, so dass auch andere Deliktsbereiche als die in Art. 31 Abs. 1 lit. e ausdrücklich genannten Gegenstand von

---

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2007 (Fußn. 1), Rn. 70.

<sup>8</sup> Generalanwalt *Mazak* (Fußn. 3), Rn. 103 ff.

<sup>9</sup> Vgl. auch Generalanwalt *Mazak* a.a.O. Rn. 104, zu strafrechtlichen Sanktionen, die von der Gemeinschaft verhängt werden; s. dazu allgemein *Böse*, GA 2006, 211, 220 ff.

<sup>10</sup> S. zuletzt OLG Koblenz, NJW 2007, 2344; s. dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), S. 122 ff.

<sup>11</sup> Generalanwältin *Kokott*, in: EuGH Rs. C-105/03, Pupino, Slg. 2005, I-5289 Rn. 50; s. auch den französischen Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 EU: “L’action en commun dans le domain de coopération judiciaire en matière pénale vise, entre autres à: ...”

Harmonisierungsmaßnahmen sein können.<sup>12</sup> Rechtsakte zur Angleichung des nationalen Strafrechts können außerdem auf der Grundlage des Art. 31 Abs. 1 lit. c erlassen werden, sofern es zur Verbesserung der strafrechtlichen Zusammenarbeit erforderlich ist, die Vereinbarkeit der nationalen Strafvorschriften zu gewährleisten.<sup>13</sup>

Eine Annäherung der nationalen Strafvorschriften kann geboten sein, um eine gleichmäßige strafrechtliche Verfolgung grenzüberschreitender Straftaten zu ermöglichen; daneben können einheitliche Strafbestimmungen die strafrechtliche Zusammenarbeit erleichtern, indem - als Alternative zu einem Verzicht auf die beiderseitige Strafbarkeit - Rechtshilf Hindernisse abgebaut werden.<sup>14</sup>

In jedem Fall setzen derartige Rechtsakte allerdings voraus, dass diese zur Erreichung der genannten Ziele erforderlich sind (Art. 29 Abs. 2 tir. 3 bzw. Art. 31 Abs. 1 lit. c EU; s. bereits Art. 2 Abs. 2 EU)<sup>15</sup>; insoweit können die gegen eine Festlegung von Art und Maß der Strafe erhobenen Bedenken [s.o.a)] auch im Rahmen der Art. 29 ff. EU relevant werden.<sup>16</sup>

Das Instrument zur Angleichung des nationalen Strafrechts ist der Rahmenbeschluss (Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b EU), der in nationales Recht umgesetzt werden muss (vgl. Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b a.E. EU); der Erlass unmittelbar geltender Strafvorschriften auf der Grundlage der Art. 29 ff. EU ist daher ausgeschlossen.

### *c) Kompetenzen nach dem Reformvertrag*

---

<sup>12</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), S. 422 f. m.w.N.

<sup>13</sup> Weyembergh, CMLRev. 2005, 1567, 1571.

<sup>14</sup> S. zu den Funktionen einer Harmonisierung des Strafrechts: Weyembergh, CMLRev. 2005, 1567, 1574 ff.

<sup>15</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), S. 395 f.

<sup>16</sup> So sind beispielsweise nur geringe Vorgaben zur Höhe der Strafen erforderlich, um die Auslieferungsfähigkeit der Tat sicherzustellen, vgl. auch Art. 3 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses vom 19.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1; zu den kompetenzrechtlichen Bedenken gegen Maßnahmen zur Harmonisierung des Strafverfahrensrechts: Mitsilegas, CMLRev. 2006, 1277, 1304 ff.

Mit dem Reformvertrag wird die bisherige Säulenstruktur aufgelöst und die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit „vergemeinschaftet“.

Die vertragliche Grundlage für eine Harmonisierung des Strafrechts findet sich in Art. 69f des Reformvertrages:

Art. 69f Abs. 1 enthält eine Kompetenz zur Festlegung eines strafrechtlichen Mindeststandards (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. e EU); die Deliktsbereiche, die für Harmonisierungsmaßnahmen in Betracht kommen, werden dort abschließend genannt; allerdings kann diese Liste durch einstimmigen Ratsbeschluss mit Zustimmung des Parlaments erweitert werden. Art. 69f Abs. 2 sieht eine strafrechtliche Annexkompetenz ausdrücklich vor [vgl. o. a)].

Art. 69f Abs. 3 räumt Mitgliedstaaten, die durch Harmonisierungsmaßnahmen grundlegende Aspekte ihrer Strafrechtsordnung berührt sehen, die Möglichkeit ein, den Erlass einer solchen Maßnahme zu verhindern, lässt aber in diesem Fall unter erleichterten Bedingungen eine verstärkte Zusammenarbeit der anderen Mitgliedstaaten zu.

Art. 69f Abs. 1 und Abs. 2 enthalten nur eine Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien; der Erlass unmittelbar anwendbarer Strafvorschriften kann daher auf diese Vorschrift nicht gestützt werden.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob Art. 69f des Reformvertrages insoweit eine abschließende Regelung trifft. Der Umstand, dass in Art. 280 Abs. 4 EG der zweite Satz („Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleibt von diesen Maßnahmen unberührt.“), deutet darauf hin, dass auf diese Ermächtigung nunmehr auch der Erlass unmittelbar

anwendbarer Strafvorschriften gestützt werden kann.<sup>17</sup> Dies dürfte auch für Art. 27a des Reformvertrages (Art. 135 EG) gelten.

## **2. Schranken des Grundgesetzes für ein europäisches Strafrecht**

Die verfassungsrechtlichen Grenzen der europäischen Integration (Art. 23 Abs. 1 GG) werden durch die strafrechtlichen Kompetenzen, die im EG-Vertrag und im EU-Vertrag vorgesehen sind, nicht überschritten, insbesondere genügt das Rechtssetzungsverfahren der „dritten Säule“ - wie das BVerfG in seiner Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl festgestellt hat<sup>18</sup> - den Anforderungen des Demokratieprinzips.<sup>19</sup> Entgegen der Begründung der Senatsmehrheit ist die demokratische Legitimation jedoch nicht im Rahmen der Umsetzung in innerstaatliches Recht, sondern bereits im Gesetzgebungsverfahren auf Unionsebene über die Einflussnahme der nationalen Parlamente auf das Abstimmungsverhalten der Regierungsvertreter im Rat zu gewährleisten.<sup>20</sup>

Soweit das sekundäre Gemeinschaftsrecht verbindliche Vorgaben für das nationale Strafrecht normiert, werden diese (und ihre Umsetzung in deutsches Recht) aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vom BVerfG nicht mehr auf ihre Vereinbarkeit mit den nach dem Grundgesetz garantierten Grundrechten überprüft.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> So *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), S. 96; *T. Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 917 f. m.w.N.

<sup>18</sup> BVerfGE 113, 273, 301.

<sup>19</sup> S. dazu *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (3. Aufl.), Vor § 78 IRG Rn. 4 f. m.w.N. (im Erscheinen).

<sup>20</sup> S. die abweichende Meinung der Richterin am BVerfG *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 113, 327, 337.

<sup>21</sup> S. BVerfGE 89, 155, 174 f.; 102, 162 f. 164.

Diese Rechtsprechung kann auch auf unionsrechtliche Rahmenbeschlüsse übertragen werden.<sup>22</sup> Das BVerfG hat zwar in seiner Entscheidung über den Europäischen Haftbefehl einen Vorrang des Unionsrechts abgelehnt, die verfassungsgerichtliche Überprüfung aber ausdrücklich auf die nach dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl dem deutschen Gesetzgeber belassenen Spielräume beschränkt.<sup>23</sup>

### **3. Kontrolle der Rechtmäßigkeit eines europäischen Strafrechts**

#### *a) Der nationale Gesetzgeber*

Der nationale Gesetzgeber wirkt bei dem Erlass eines europäischen Strafrechts bzw. entsprechender Vorgaben mit (s.o. 2.). Er hat dabei darauf zu achten, dass die vertraglichen Grenzen für den Erlass derartiger Rechtsakte eingehalten werden, ist aber nicht dazu berufen, verbindlich über die Rechtmäßigkeit von Rechtsangleichungsmaßnahmen zu entscheiden. Hält der nationale Gesetzgeber einen Rechtsakt wegen Kompetenzüberschreitung oder wegen Verletzung von Grundrechten für nichtig, so hat er auf die Einleitung einer Nichtigkeitsklage (Art. 230 Abs. 2 EG, Art. 35 Abs. 6 EU) oder auf eine Änderung des entsprechenden Rechtaktes hinzuwirken.

Lehnt man einen Vorrang des Unionsrechts ab (s.o. 2.), so muss der nationale Gesetzgeber die Umsetzung eines Rahmenbeschlusses verweigern, soweit die darin enthaltenen Vorgaben die nach dem Grundgesetz garantierten Grundrechte verletzen. Vorzugswürdig ist es in einem solchen Fall jedoch, entsprechende Bedenken bereits im Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene geltend zu machen und in

---

<sup>22</sup> S. dazu Böse, in: Grütznert/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (3. Aufl.), Vor § 78 IRG Rn. 6 ff. m.w.N. (im Erscheinen).

<sup>23</sup> BVerfGE 113, 273, 300 f.

den Verhandlungen darauf hinzuwirken, dass die nach dem Grundgesetz garantierten Grundrechte gewahrt werden.<sup>24</sup>

#### *b) BVerfG und EuGH*

Das BVerfG überprüft die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben nur, soweit dem deutschen Gesetzgeber ein Spielraum bei der Umsetzung dieser Vorgaben verbleibt.<sup>25</sup> Dies gilt entsprechend für die Überprüfung von Gesetzen zur Umsetzung von Rahmenbeschlüssen (s.o. 2. zum Vorrang des Unionsrechts).

Die Rechtmäßigkeit der gemeinschaftsrechtlichen bzw. unionsrechtlichen Vorgaben überprüft der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 234 EG, Art. 35 Abs. 1 - 3 EU i.V.m. § 1 EuGH-Gesetz).

#### *c) EGMR*

Gegen ein Urteil, das ein nationales Gericht auf der Grundlage eines europäischen Strafgesetzes bzw. eines auf europäischen Vorgaben beruhendes nationalen Strafgesetzes erlassen hat, kann die verurteilte Person zur Wahrung der nach der EMRK garantierten Rechte Individualbeschwerde zum EGMR erheben (Art. 34 EMRK).

Allerdings prüft der EGMR die Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen mit den Konventionen nur noch eingeschränkt nach, sofern der jeweilige Eingriff auf verbindlichen Vorgaben durch eine supranationale Organisation - in diesem Fall die Gemeinschaft - beruht und diese einen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> S. zur entsprechenden Pflicht der Bundesregierung: *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der EU (2007), S. 52 m.w.N.

<sup>25</sup> BVerfG EuGRZ 1989, 339, 340.

<sup>26</sup> EGMR NJW 2006, 197 ff. – *Bosphorus Hava Yollari Turzim/Irland*.

#### **4. Rechtsschutz für den Beschuldigten**

Rechtsschutz gegen die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen wird grundsätzlich durch die nationalen Strafgerichte gewährt.

Im Rahmen des nationalen Strafverfahrens ist erforderlichenfalls eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen (z.B. zur Vereinbarkeit der Vorgaben eines Rahmenbeschlusses mit den Grundrechten nach Art. 6 Abs. 2 EU). Darüber hinaus kann der Verurteilte Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) und Individualbeschwerde zum EGMR (Art. 34 EMRK) erheben (s. auch o. 3.).

Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe wird ebenfalls durch das nationale Gericht gewährt; die obigen Ausführungen gelten insoweit entsprechend. Ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen Datenverarbeitungseingriffe europäischer Institutionen (Europol, Eurojust) ist im Rahmen der strafrechtlichen Zusammenarbeit nach Art. 29 ff. EU nicht vorgesehen.<sup>27</sup>

#### **5. Auswirkungen auf das nationale Strafrecht**

Die Maßnahmen zur Schaffung eines einheitlichen strafrechtlichen Mindeststandards führen zu einer repressiven Ausrichtung der Harmonisierung, da die Kompetenz nach Art. 31 Abs. 1 lit. e EU herkömmlicherweise so verstanden wird, dass sie es den Mitgliedstaaten freistellt, weitergehende Straftatbestände mit höheren Strafrahmen zu erlassen.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> S. dazu *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der EU (2007), S. 105 ff. m.w.N.

<sup>28</sup> *Weigend*, ZStW 116 (2004), 284 f.

Diese Herangehensweise führt dazu, dass den Mitgliedstaaten häufig nur die Wahl bleibt, entweder über den vorgegebenen „strafrechtlichen Mindeststandard“ hinauszugehen oder eine mit der nationalen Strafrechtsordnung inkonsistente Regelung zu schaffen.<sup>29</sup>

## **6. Handlungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber**

M.E. besteht für den nationalen Gesetzgeber in dreierlei Hinsicht Handlungsbedarf.

### *a) Nutzung von Umsetzungsspielräumen*

Soweit das europäische Recht dem nationalen Gesetzgeber Umsetzungsspielräume belässt, ist dieser gehalten, diese Spielräume in eigener Verantwortung und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auszufüllen. Angesichts der zum Teil recht weitgehenden europarechtlichen Pflichten zur Schaffung von Strafvorschriften ist der nationale Gesetzgeber hier in besonderer Weise gefordert, um den Rückgriff auf das Strafrecht als „ultima ratio“ auf das unvermeidbare Maß zu begrenzen.<sup>30</sup>

### *b) Alternativen zur Harmonisierung*

Eine weitere Herausforderung besteht darin, auf europäischer Ebene eine Diskussion über Grund und Grenzen einer Strafrechtsharmonisierung in Gang zu setzen und entsprechende Vorschläge in höherem Maße als bisher auf ihre Notwendigkeit („Unerlässlichkeit“) hin zu untersuchen. Dies ist

---

<sup>29</sup> S. z.B. die in Art. 3 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels angedrohte Mindesthöchststrafe von acht Jahren und deren Umsetzung in § 233a Abs. 2 StGB (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren).

<sup>30</sup> S. insoweit etwa die Kritik an der Umsetzung des Rahmenbeschlusses vom 19.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1, in § 233 StGB: *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2007), § 233 Rn. 9, 13; *Eydner*, NSZ 2006, 10, 13 f.; *F.C. Schroeder*, NJW 2005, 1393, 1396.

nicht allein eine kompetenzrechtliche, sondern auch und vor allem eine inhaltliche Frage.<sup>31</sup>

Als Alternative zu einer Harmonisierung der einzelnen Strafvorschriften könnte beispielsweise eine verbesserte Koordinierung und eine wechselseitige Beschränkung der nationalen Strafgewalten (z.B. auf Inlandstaten) in Betracht kommen. Soweit im Bereich von Auslieferung und Rechtshilfe auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet wird<sup>32</sup>, entfällt - jedenfalls unter diesem Aspekt - die Notwendigkeit einer Strafrechtsharmonisierung.

Des Weiteren wäre zu erwägen, ob eine Harmonisierung durch bestehende völkerrechtliche Übereinkommen ausreicht, um die verfolgten Ziele zu erreichen; auf diese Weise könnten auch mögliche Widersprüche zwischen völkerrechtlichen und europarechtlichen Pflichten vermieden werden.

Die Diskussion über die Erforderlichkeit einer Harmonisierung betrifft schließlich auch das Ausmaß der Harmonisierung; insoweit dürften die Grenzen, die sich aus der neueren Rechtsprechung des EuGH ergeben, auch für die Art. 29 ff. EU zu berücksichtigen sein, soweit sie auf dem Subsidiaritätsprinzip beruhen (s.o. 1.). So bedürfen Vorgaben zum Strafraumen in der Regel einer besonderen Begründung; jedenfalls sollten Milderungsmöglichkeiten, die nach nationalem Recht bestehen, von derartigen Vorgaben unberührt bleiben.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> S. insoweit auch die abweichende Meinung der Richterin am BVerfG *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 113, 327, 330 f.

<sup>32</sup> Das BVerfG hegt gegen einen Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit bei Auslandstaten keinerlei verfassungsrechtlichen Bedenken, s. BVerfGE 113, 273, 308.

<sup>33</sup> Auf diese Weise könnte verhindert werden, dass eine schwerere Höchststrafe allein deshalb angedroht wird, um auch im Fall einer Beihilfe und der nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB obligatorischen Strafandrohung den Vorgaben eines Rahmenbeschlusses zu entsprechen, s. zu § 184b Abs. 4 S. 2 StGB BT-Drucks. 15/350, S. 21.

c) „Doppelter“ Mindeststandard

Soweit eine Harmonisierung für erforderlich gehalten wird, könnte schließlich erwogen werden, den inhaltlichen Defiziten der bisherigen Harmonisierungsmaßnahmen (s.o. 5.) mit einem weitergehenden Verständnis der „Mindestvorschriften“ in einem (auch) individualschützenden Sinne (d.h. einer Obergrenze für das nationale Strafrecht) zu begegnen.<sup>34</sup>

Ein solches Vorgehen griffe sicherlich in höherem Maße in die Souveränität der Mitgliedstaaten ein, wäre aber zugleich auch in höherem Maße geeignet, die mit einer Harmonisierung verfolgten Ziele zu erreichen, denn diese gewährleistet jetzt nicht nur ein einheitliches Schutzniveau in Bezug auf das strafrechtlich geschützte Rechtsgut, sondern auch einen einheitlichen Schutz der von Strafe bedrohten Grundrechte; insoweit ist - angesichts der „weichen“ Vorgaben der Verfassung<sup>35</sup> und der EMRK - die gesetzliche Festlegung von Mindeststandards dringlicher als beispielsweise im Strafverfahrensrecht (s. insoweit nur Art. 5 und 6 EMRK und die einschlägige Rechtsprechung des EGMR).

Zugleich wäre die Festlegung eines „Rahmens“<sup>36</sup> für die jeweiligen nationalen Strafvorschriften in höherem Maße geeignet, einen Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit zu begründen als die derzeitige Regelungstechnik.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> S. auch zur Verhältnismäßigkeit der Strafe: Art. 49 Abs. 3 Grundrechte-Charta; s. ferner EuGH Rs. 68/88, Griechischer Mais, Slg. 1989, 2985 Rn. 24; s. auch zum Strafverfahrensrecht: Art. 69e Abs. 2 des Reformvertrages.

<sup>35</sup> S. nur BVerfGE 90, 145 ff. (Cannabis).

<sup>36</sup> Um den Eingriff in die Gesetzgebungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers zu verringern, könnte den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt werden, bestimmte Handlungsweisen von der Strafbarkeit auszunehmen, vgl. insoweit Art. 3 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses vom 22.12.2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, ABl. L 13 vom 20.1.2004, S. 44.

<sup>37</sup> S. zur entsprechenden Kritik an dem Wegfall der Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit bei der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls: *Peers CMLRev.* 2004, 5, 33.