

**Prof. Dr. Helmut. Satzger**

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und  
Internationales Straf- und Strafprozessrecht  
sowie Wirtschaftsstrafrecht  
Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof.-Huber-Platz 2  
80539 München  
Tel.: ++49-(0)89-2180 2734  
Fax: ++49-(0)89-2180 3464  
helmut.satzger@jura.uni-muenchen.de  
www.jura.uni-muenchen.de

**„Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht?“**

Stellungnahme für das Expertengespräch im Unterausschuss Europarecht des  
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 28. November 2007

## „Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht?“

Stellungnahme für das Expertengespräch im Unterausschuss Europarecht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 28. November 2007

### Vorbemerkung

Zur Beantwortung der für das Expertengespräch gewählten Fragestellung bedarf es vorab einer gewissen Klarstellung: Wenn von „Strafrecht“ die Rede ist, so gehe ich im Folgenden davon aus, dass damit **sowohl materielles Strafrecht wie auch Strafprozessrecht** erfasst sein soll. Außerdem unterstelle ich, dass mit „Strafrecht“ **nur Kriminalstrafrecht**, nicht aber Strafrecht in einem weiteren Sinn – also Ordnungswidrigkeiten- oder Verwaltungsstrafrecht – gemeint ist. In Bezug auf letztere Materie besteht nämlich bereits seit langem ein weit entwickeltes einheitliches Sanktionenrecht auf europäischer Ebene (z.B. im Bereich des EG-Kartellrechts).

Um die Fragestellung nicht zu verengen, muss darüber hinaus der Begriff des „einheitlichen“ europäischen Strafrechts weit verstanden werden. Es geht also sicherlich nicht allein um ein in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen anwendbares **supranationales Strafrecht**, welches – zumindest bislang – nicht existiert, aber nach Inkrafttreten des Reformvertrages durchaus geschaffen werden kann. Vielmehr geht es auch – und wohl in erster Linie – um die Angleichung der verschiedenen nationalen Strafrechte, also um **„harmonisiertes Strafrecht“**, welches durch europäische Vorgaben beeinflusst, jedoch immer noch nationales Strafrecht ist.

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?

### A) Kompetenzlage nach dem Vertrag von Nizza

Auf der Grundlage der derzeitigen Verträge ist für die Beantwortung der Kompetenzfrage zwischen der supranationalen „Ersten Säule“ der EU – der Europäischen Gemeinschaft –

und der (ursprünglich intergouvernementalen) „Dritten Säule“ der EU – der Polizeilichen und Justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 29 ff. EUV) – zu unterscheiden.

## **1. „Dritte Säule“ der EU**

### **a) Keine Kompetenz zum Erlass supranationalen Strafrechts**

Bereits aus dem klaren Wortlaut der Vorschriften der Art. 29 ff. EUV wird deutlich, dass im Rahmen der PJZS keine Kompetenznorm existiert, auf deren Grundlage supranationales Strafrecht, also in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Strafrecht (z.B. ein EU-Straftatbestand), erlassen werden könnte. Ebenso wird dies daran deutlich, dass der im Bereich der Dritten Säule hauptsächlich zum Einsatz kommende „Rahmenbeschluss“ – der der Richtlinie des EG-Rechts nachgebildet wurde – ausweislich der expliziten Regelung in Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV (anders als Richtlinien nach st. Rspr. des EuGH) keinerlei unmittelbare Wirkung entfalten können. Dieser negative Kompetenzbefund wird, soweit ersichtlich, nirgends angezweifelt.

### **b) Kompetenz zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Strafrechts**

Ebenso ist unstrittig – weil im EU-Vertrag ausdrücklich geregelt –, dass im Rahmen der „Dritten Säule“ grundsätzlich eine Kompetenz zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Strafrechts/Strafprozessrechts existiert (s. Art. 29 UA 2 EUV), und zwar mittels Übereinkommen (Art. 34 Abs. 2 lit. d EUV) sowie – und das ist die regelmäßige Handlungsform - Rahmenbeschlüssen (Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV).

Uneinheitlich wird hier insbesondere der Umfang der Harmonisierungskompetenz beurteilt. Hintergrund ist ein offensichtlicher Fehler im Vertragstext: Während Art. 29 UA 2 EUV das Ziel eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ durch ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten „zur Verhütung und Bekämpfung der – organisierten wie nichtorganisierten – Kriminalität“ u.a. durch Strafrechtsangleichung erreichen will, soweit dies erforderlich ist, nennt der Art. 31 I lit.e EUV, auf den Art. 29 sogar ausdrücklich verweist, nur die Bereiche „Organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel“ als mögliche Harmonisierungsbereiche. Ob die Beschränkung auf die in Art. 31 I lit. e EUV genannten Bereiche – wie der Wortlaut dieser Vorschrift auf den ersten Blick nahe legt – letztlich haltbar ist, erscheint zweifelhaft. Der Widerspruch zum wesentlich weiteren Art. 29 EUV muss aufgelöst werden. Es kann zudem davon ausgegangen werden, dass mit dem Vertrag von Nizza nicht hinter den „acquis communautaire“ des Maastrichter Vertrages zurückgegangen werden sollte, da die Kriminalitätsbekämpfung mit dem Vertrag von Amsterdam gerade gestärkt werden sollte. Eine weite Interpretation lässt sich zudem mit dem Wortlaut des Art. 31 EUV (gerade noch) vereinbaren, da dessen Einleitungssatz („das gemeinsame Vorgehen ... schließt ein“) gerade den nicht abschließenden Charakter des Artikels betont. Die auf

dieser Grundlage bislang erlassenen und erarbeiteten Rechtsakte zeigen, dass auch die Praxis von einer weiten Auslegung ausgeht.<sup>1</sup> Zu wünschen ist selbstverständlich, dass künftig – gerade bei so bedeutsamen Rechtsgrundlagen – der Formulierung und Konsistenz des Vertragstextes größere Aufmerksamkeit geschenkt wird, um derartige – überflüssige – Probleme bei der Auslegung zu vermeiden.

Die Ausübung der Harmonisierungskompetenz unterliegt gewissen Schranken: Allgemein gilt auch im Bereich der Dritten Säule das **Subsidiaritätsprinzip** (Art. 2 II EUV), wenngleich es insoweit an der Justitiabilität fehlt (vgl. Art. 46 EUV). Justitiabel sollte hingegen – zumindest im Grundsatz – das Kriterium der „**Erforderlichkeit**“ sein, von welchem Art. 29 UA 2 EUV die Strafrechtsharmonisierung abhängig macht, auch wenn hier ein erheblicher Beurteilungsspielraum der zuständigen Organe kaum vermeidbar sein wird. Schließlich lässt der EUV stets nur eine **Mindestharmonisierung** zu, d.h. die Mitgliedstaaten bleiben zu weitergehenden Kriminalisierungen bzw. zu schärferen Strafdrohungen berechtigt. An dieser Stelle sei bereits angemerkt, dass hierdurch bereits eine Grundtendenz europäischer Strafrechtsharmonisierung vorgezeichnet ist: Die Zielrichtung ist ein „Mehr“ an Kriminalisierung und ein „Mehr“ an Strafe (im Sinne eines „Raums der Sicherheit“); eine Rechtsgrundlage zur Beschränkung von Strafen im Sinne des Auf- und Ausbaus eines „Raums der Freiheit und des Rechts“ ist nicht vorgesehen.

Die „Dritte Säule“ ist dadurch gekennzeichnet, dass der Rat das maßgebliche Rechtssetzungsorgan ist. Im Rat herrscht das Einstimmigkeitserfordernis, d.h. jeder Mitgliedstaat kann den Erlass eines Rechtsaktes verhindern. Das EP wird nur angehört, seine Stellungnahme ist nicht mehr als eine Anregung für den Rat. Die Kommission hat hier zwar ein Initiativrecht, jedoch kein Initiativmonopol. Daneben kann nämlich auch jeder Mitgliedstaat ein Rechtssetzungsverfahren initiieren, so dass die politische Gestaltungsmacht der Kommission deutlich eingeschränkt ist.

Aus dieser – zumindest im Ursprung intergouvernemental geprägten – Struktur wird ein **Defizit an demokratischer Legitimation** ersichtlich: Auf europäischer Ebene wird demokratische Legitimation nicht hergestellt: Das Europäische Parlament hat praktisch keine Einflussmöglichkeiten. Auf nationaler Ebene besteht nur eine mittelbare demokratische Legitimation über die Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber der Legislative. Insbesondere nachdem der Rat eine Einigung über einen harmonisierenden Rahmenbeschluss erzielt hat, ist daran gem. Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV auch der nationale

---

<sup>1</sup> S. dazu etwa den Überblick bei *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 56 sowie ausführlicher *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 11 Rn. 11 ff.

Gesetzgeber – sprich: das nationale Parlament – gebunden. Dies zeigt eine gewisse „Machtlosigkeit“ der – nationalen wie europäischen – Parlamente.

Auch aus europäischer Sicht sind die zur Verfügung stehenden Rechtsaktsformen, mit denen Harmonisierung im Rahmen der „Dritten Säule“ betrieben werden kann, teilweise unbefriedigend: Übereinkommen bedürfen einer Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten, was zu einer großen Verzögerung führen kann.<sup>2</sup> Dieses Problem wird dadurch entschärft, aber nicht behoben, dass seit dem Vertrag von Amsterdam eine Ratifikation durch die Hälfte der Mitgliedstaaten genügt, um das jeweilige Übereinkommen für die ratifizierenden Staaten in Kraft treten zu lassen. Zudem fehlt im Rahmen der „Dritten Säule“ die Möglichkeit zu einer gerichtlichen Durchsetzung der sich aus den Harmonisierungsmaßnahmen ergebenden Umsetzungsverpflichtungen. Ein Vertragsverletzungsverfahren ist – anders als im EGV (s. dort Art. 226 EGV) – nicht vorgesehen.

## **2. „Erste Säule“ der EU**

### **a) Keine Kompetenz zum Erlass supranationalen Strafrechts**

Im EG-Vertrag gibt es zwar eine Reihe von Kompetenznormen, deren Wortlaut – bei weiter Auslegung – durchaus eine Erstreckung auch auf kriminalstrafrechtliche Sanktionen nahe legt (z.B. Art. 71 Abs. 1 lit. d [Verkehrsstrafrecht], Art. 83 Abs. 2 lit. a [Wettbewerbsstrafrecht], 175 Abs. 1 [Umweltstrafrecht]). Die Schaffung supranationalen Strafrechts kann auf diese Grundlage – nach richtiger Ansicht<sup>3</sup> – gleichwohl nicht gestützt werden. Argumente hierfür sollen im hiesigen Kontext nur kurz angedeutet werden.

Erstens wird auf den engen Zusammenhang zwischen der Kriminalstrafe als Ultima Ratio des staatlichen Sanktionsinstrumentariums sowie der mit ihr verbundenen stigmatisierenden Wirkung einerseits und der Souveränität der Staaten andererseits verwiesen. Die Übertragung eines so elementaren Bestandteils der nationalen Souveränität hätte ausdrücklich – und nicht nur als „Annex“ – geregelt werden müssen. Noch aufschlussreicher ist der Blick auf die Systematik von EG- und EU-Vertrag seit dem Vertrag von Amsterdam: Denn durch diesen Vertrag wurde die Dritte Säule in der damaligen Form weitgehend in das Gemeinschaftsrecht, und damit in die erste Säule der EU, überführt. Das Strafrecht verblieb in der nunmehr „strafrechtlich akzentuierten“ dritten Säule, die nunmehr mit „Polizeilicher und

---

<sup>2</sup> So beispielsweise bei der sog. PIF-Konvention zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG (ABIEG 1995 Nr. C 316, S. 49).

<sup>3</sup> So z.B. *Griese*, EuR 1998, 476; *Streinz-Satzger*, Art. 280 EGV Rn 20; *Calliess/Ruffert-Waldhoff*, Art. 280 Rn 3, 19; *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, S. 64; *Müller-Gugenberger*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn 65; *Filopoulos*, Europarecht, S. 19; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 11 Rn 6 ff.; *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 4 Rn 90 ff., 101; ähnlich auch *Kapteyn/VerLooren van Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, 3. Aufl., 1998, S. 1395.

Justitieller Zusammenarbeit in Strafsachen“ überschrieben war. Dies zeigt, dass das Strafrecht gerade nicht in das Gemeinschaftsrecht integriert, sondern jenseits der supranationalen EG belassen werden sollte.<sup>4</sup> Bestätigt wird die Richtigkeit dieser Ansicht anhand des im Zuge der Verhandlungen zum Vertrag von Nizza klar zum Ausdruck gekommenen Willens der Mitgliedstaaten: Die Kommission hatte zu dieser Zeit die Einfügung eines neuen Art. 280a EGV vorgesehen, der auch die Setzung supranationalen Strafrechts ermöglicht hätte, konnte sich mit ihrem Vorschlag allerdings nicht durchsetzen. Außerdem lässt sich dieser negative Kompetenzbefund auf zwei durch den Vertrag von Amsterdam eingefügte Vorschriften – Art. 135 und Art 280 EGV – stützen. Beide enthalten einen Vorbehalt, wonach „die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege ... unberührt“ bleiben sollen. Darin muss – entgegen anders lautenden Ansichten – eine Klarstellung dahingehend gesehen werden, dass auch in Bezug auf diese neu eingeführten Kompetenznormen – wie auch sonst im Gemeinschaftsrecht – das Strafrecht ausgenommen sein soll. Dass nach dem Wortlaut der Vorschrift nur „die Anwendung“ des nationalen Strafrechts (nicht aber „das nationale Strafrecht“ unberührt bleibt, kann nicht so interpretiert werden, dass ergänzendes EU-Strafrecht, das neben die nationalen Straftatbestände tritt, diese aber (vorrangig) anwendbar belässt, erlassen werden kann.<sup>5</sup> Denn die Gesamtheit der Straftatbestände auf nationaler Ebene garantiert einen Freiraum von Handlungen, die nicht strafbar sind (StGB als „Magna Charta des Verbrechers“). Würden nun gemeinschaftsrechtliche Straftatbestände geschaffen, würde diese freiheitssichernde Funktion der Strafrechtsanwendung jedenfalls „berührt“.<sup>6</sup>

Im Übrigen wäre – selbst wenn man eine entsprechende Rechtssetzungskompetenz unterstellen wollte – höchst fraglich, ob der Erlass supranationalen Strafrechts angesichts des Subsidiaritätsprinzips zu rechtfertigen wäre.

### **b) Keine Rechtsgrundlage für eine Harmonisierung nationalen Kriminalstrafrechts**

Die Harmonisierung des nationalen Rechts durch Richtlinien wird an zahlreichen Stellen vorgesehen. Das Strafrecht wird insoweit nicht erwähnt. Aus strafrechtlicher Sicht bestehen zwar zunächst keine Bedenken gegen eine Harmonisierung auf Seiten der Tatbestandsvoraussetzungen. Da strafrechtliche Harmonisierungsakte die fehlende Strafrechtssetzungskompetenz aber nicht „umgehen“ dürfen, kann es nicht zulässig sein, in einer Richtlinie detaillierte Vorgaben hinsichtlich der anzudrohenden Strafe vorzusehen. Vielmehr muss den Mitgliedstaaten – angesichts der eigenständigen und national durchaus unterschiedlichen Konzeption der Strafe und des Strafrechts – die Wahl der Sanktion, und

---

<sup>4</sup> S. *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 141 ff.

<sup>5</sup> So v.a. *Tiedemann*, GA 1998, 108, dort Fn. 7; *ders.*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 415.

<sup>6</sup> Ausführlich *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 138 ff.

damit auch die Entscheidung über den Rückgriff auf das eigene Kriminalstrafrecht zustehen. Allenfalls denkbar wäre es – wie von mir andernorts vorgeschlagen<sup>7</sup> – ein „Ergebnisverpflichtungsmodell“ zu etablieren, wonach die Harmonisierungsrechtsakte die zu erzielenden „Ahndungseffekte“ der Sanktionen vorschreiben.

Diese Ansicht steht im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des EuGH. In seiner Entscheidung zur Rs. „Griechischer Mais“ hat dieser grundlegend festgestellt, dass die Mitgliedstaaten die auf Art. 10 EGV basierende Verpflichtung trifft, Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sanktionieren; insbesondere müssten Verstöße demnach genauso behandelt werden wie Verstöße gegen entsprechende nationale Vorschriften. Zentral ist dabei jedoch die Aussage des EuGH, dass den Mitgliedstaaten „die Wahl der Sanktionen“ verbleiben solle. Ihnen soll also die Entscheidung darüber zustehen, ob sie ihr Kriminalstrafrecht oder andere Sanktionen (z.B. Verwaltungssanktionen) einsetzen. Nur wenn ohne Rückgriff auf das nationale Kriminalstrafrecht eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionierung nicht möglich wäre, lässt sich somit aus dem EG-Recht eine Pflicht der Mitgliedstaaten ableiten, ihr Kriminalstrafrecht einzusetzen (statt etwa Verwaltungssanktionen o.Ä.). Dass der Mitgliedstaat in diesem Fall zum Strafrecht greifen muss, folgt somit nur mittelbar aus der europarechtlichen Loyalitätspflicht; unmittelbar ist es die Folge der Ausgestaltung der Sanktionsmechanismen im nationalen Recht.

### **B) Kompetenzlage nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH**

Einen neuen Weg hat der EuGH mit seinen Entscheidungen in den Rs. C-176/03 und C-440/05 beschritten und dabei die bislang dargestellte – und weitgehend konsenterte – Kompetenzordnung – zumindest meiner Ansicht nach – „auf den Kopf gestellt“. Beiden Urteilen lag eine Nichtigkeitsklage der Kommission gegen einen vom Rat im Rahmen der PJZS erlassenen Rahmenbeschluss mit strafrechtlichem Inhalt zugrunde. In beiden Entscheidungen ging der Gerichtshof davon aus, dass der Rechtsakt gem. Art. 47 EUV nicht auf Grundlage der „Dritten Säule“, sondern im Rahmen der „Ersten Säule“ hätte erlassen werden müssen.

Nach der Entscheidung in der Rs. C-176/03, die den Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht betraf, verfügt die Gemeinschaft – auch wenn das Strafrecht grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft falle – über eine Kompetenz zur Ergreifung von Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten, wenn diese *nach Meinung des Gemeinschaftsgesetzgebers* erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit

---

<sup>7</sup> Ausführlich *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 460 ff.

des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen. Die Aussagen dieses Urteils waren zunächst allein auf das Umweltstrafrecht bezogen. Das Strafrecht in diesem Bereich wurde so – wie jedes andere Rechtsgebiet auch – dem „*effet utile*“-Gedanken unterworfen. Von der zuvor (auch seitens des EuGH<sup>8</sup>) anerkannten Autonomie der Mitgliedstaaten bzgl. der Wahl der Sanktionen und dem darauf basierenden „strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatz“ bleibt danach nichts mehr übrig. Dies führt dazu, dass das Umweltstrafrecht der Mitgliedstaaten als reiner Durchsetzungsmechanismus des Gemeinschaftsrechts behandelt wird. Dies mag man aus europarechtlicher Sicht als wenig spektakulär ansehen und meinen, das Strafrecht sei nunmehr eben an einem Punkt angelangt, den alle anderen Rechtsgebiete schon lange erreicht hätten. Übersehen wird dabei aber, dass Strafrecht – auch national – nicht irgendwie und unbesehen zur Durchsetzung irgendwelcher Ziele und Vorschriften eingesetzt werden kann. Jeder Staat verfolgt eine Kriminalpolitik, die Vorgaben für den Einsatz seines Strafrechts vorsieht. Der bloße Rekurs auf den „*effet utile*“-Gedanken lässt jede entsprechende kriminalpolitische Überlegung auf europäischer Ebene vermissen. Hierin liegt also ein wesentlicher Umstand, der zur Vorsicht bei der Strafrechtsharmonisierung mahnen müsste.

In seiner zweiten Entscheidung hat der EuGH diese Haltung zur Kompetenz grundsätzlich bestätigt. Ob damit eine umfassende strafrechtliche Annexkompetenz auch jenseits des Umweltstrafrechts begründet werden soll, beantwortet der EuGH nicht eindeutig, Generalanwalt *Mazák*<sup>9</sup> tritt jedoch für eine – in der Logik des *effet utile* liegende – Verallgemeinerung der Rechtsprechung ein. Erfreulicherweise erkennt der GA jedenfalls die kriminalpolitische Problematik, wenn er darauf verweist, dass in der akzessorischen strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz der EG „keine besonders zufriedenstellende Grundlage für eine allgemeine Entwicklung in Richtung Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts mit strafrechtlichen Mitteln“ liege. Eine „spezifische Rechtsgrundlage“, die ein „einheitliches Rechtssetzungsverfahren“ schaffe, sei wünschenswert.<sup>10</sup>

Trotz der Bestätigung der Rechtsprechung durch das Urteil in der Rs. C-440/05, enthält letzteres eine wichtige Einschränkung: Die Gemeinschaft darf demnach zwar vorschreiben, dass prinzipiell strafrechtliche Sanktionen zu verhängen sind; sie darf jedoch weder Art noch Maß der strafrechtlichen Sanktionen selbst festlegen. Insoweit liegt die Entscheidung bei den Mitgliedstaaten. Danach ist also für eine umfassende Harmonisierung weiterhin eine Kombination von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen erforderlich. Der „Eingriff“ in die Autonomie der Mitgliedstaaten bleibt dadurch erhalten, er reduziert sich aber darauf, dass „nur“ über das „Ob“ des Einsatzes von Kriminalstrafrecht seitens der Gemeinschaft

---

<sup>8</sup> S. das Urteil in der Rs. „Griechischer Mais“, Rs. 68/88, EuGHE 1989, 2965.

<sup>9</sup> Schlussanträge v. 28.6.2007 (Rn. 99)

<sup>10</sup> Schlussantrag v. 28.6.2007 (Rn. 122)

entschieden werden können soll. Angesichts der unterschiedlichen nationalen Strafrechtskonzeptionen und v.a. der national unterschiedlichen Kriminalpolitiken ist gerade dies jedoch problematisch.

Anzumerken bleibt, dass der EuGH nicht nur kriminalpolitische Erwägungen völlig außer Betracht lässt. Vielmehr fehlt in seinen Entscheidungen jegliche Form einer Begründung für die Bejahung der strafrechtlichen Kompetenz. Es ist kaum erklärlich, warum das höchste europäische Gericht, welches ein Interesse an der Akzeptanz seiner Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten haben muss, nicht einmal die Mühe einer – wenn auch nur kurzen – Begründung seiner Entscheidung auf sich nimmt.

Eine Kompetenz zur Schaffung supranationalen Strafrechts lässt sich aus den Entscheidungen nicht ableiten. Ganz auszuschließen ist eine Fortentwicklung in diese Richtung aber gleichwohl nicht, wie auch einige Stellungnahmen in der Literatur beweisen.<sup>11</sup>

Wichtig erscheint mir auch der zeitliche Zusammenhang mit dem gescheiterten Verfassungsprojekt und dem auf den Weg gebrachten Reformvertrag, die beide eine strafrechtliche Annexkompetenz enthalten. Die vom EuGH aus Effektivitätsgesichtspunkten abgeleitete strafrechtliche Annexkompetenz (auch in der nach dem 2. Urteil beschränkten Form) nimmt die Vertragsänderung – zumindest teilweise – vorweg. Das ist insbesondere deshalb problematisch, weil diese Vertragswerke – als Zugeständnis an die Mitgliedstaaten – erhebliche Einschränkungen und Vorbehalte im Hinblick auf eine derartige Annexkompetenz vorsehen, so dass die Fortentwicklung der Rechtsprechung weit über das politisch Machbare im Rahmen der Vertragsreform hinausgeht. Dieses grundsätzliche Manko wird auch durch die eher einschränkende Tendenz des zweiten Urteils nicht beseitigt, zumal dieses Urteil weitere – hier nicht näher darlegbare – Probleme in sich birgt.

### **C) Kompetenzlage nach dem EU-Reformvertrag**

Mit der grundlegenden Reform der europäischen Verträge, auf die sich die Mitgliedstaaten mittlerweile verständigt haben, wird die Säulenstruktur aufgelöst; die Unterscheidung zwischen „Erster“ und „Dritter Säule“ entfällt und die Union wird Rechtsnachfolgerin der EG.

#### **1. Kompetenz zur Setzung supranationalen Strafrechts**

Der Kompetenzbefund wird durch die Neugestaltung der vertraglichen Grundlage wesentlich verändert: Mit der Auflösung der Säulenstruktur sind zunächst die oben für die bisherige

---

<sup>11</sup> Böse, GA 2006, 211 ff.

Rechtslage angeführten systematischen Einwände weggefallen. Kaum zu überschätzen ist überdies die scheinbar geringfügige Modifikation des Art. 280 Abs. 4 EGV, dessen Satz 2 gestrichen werden soll – damit entfällt ein zentrales Argument, das bislang stets gegen eine strafrechtliche Kompetenz der EG, gerade auch im Bereich der Betrugsbekämpfung, vorgebracht werden konnte und musste. Aus meiner Sicht erscheint damit – mit dem Inkrafttreten des Reformvertrags – die Setzung wirklich supranationalen europäischen Strafrechts – jedenfalls im Bereich der Betrugsbekämpfung – dem Grundsatz nach möglich. Denkbar ist insoweit dann nicht nur ein europäischer, in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen anwendbarer Straftatbestand des EU-Betrugs. Vielmehr wird man im Bereich der Betrugsbekämpfung eine Reihe von Delikten einzuordnen haben, wie sie etwa im Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der EG enthalten waren. Ebenso stellt sich dann natürlich – wie auch bei den Arbeiten am Corpus Juris – die Frage nach dem für alle diese Delikte geltenden Allgemeinen Teil (Regelung des Versuchs, des Vorsatzes, der Rechtfertigungsgründe, der Konkurrenzen etc.).

Auf der wesentlich neu gestalteten vertraglichen Grundlage ist diese Veränderung aus strafrechtlicher Sicht durchaus akzeptabel. Von einer erheblichen mangelnden demokratischen Legitimation derartigen supranationalen Strafrechts ist – anders als derzeit im Bereich der „Dritten Säule“ – nicht auszugehen. Denn im Bereich der EU wird demokratische Legitimation – wie das BVerfG in seinem Maastricht-Urteil zu Recht anerkannt hat – notwendig anders als auf staatlicher Ebene vermittelt. Hier wird einerseits auf europäischer Ebene über die notwendige Mitwirkung des Europäischen Parlaments, andererseits über die Rückkopplung der Regierungen der Mitgliedstaaten, die im Rat vertreten sind, an die nationalen Parlamente das Demokratieprinzip so gewahrt, wie es der Struktur der Union und der dort vorzufindenden Form der Gewaltenteilung gerecht wird. Aus eben demselben Grund muss auch eine entsprechend hervorgebrachte Verordnung als „lex parlamentaria“ betrachtet werden, auch wenn Unterschiede zu einem nationalen Parlamentsgesetz natürlich unübersehbar sind.<sup>12</sup>

Es stellt sich dann allerdings die Frage, in welchem Umfang die Setzung supranationalen Strafrechts auch erforderlich ist – mit anderen Worten: Es ist dennoch im Einzelfall streng auf die Einhaltung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 2, 3 EGV, Art. 5 Abs. 1, 3, 4 Entwurf EUV) zu achten. In diesem Zusammenhang wird es erforderlich sein, sich über eine rationale Kriminalpolitik auf europäischer Ebene zu verständigen. Die zukünftige Diskussion wird also sinnvollerweise nicht mehr darüber geführt werden können, ob europäisches Strafrecht gesetzt werden kann, sondern wo und inwieweit solche Strafgesetze sinnvoll und geboten sind. Auch hieran wird deutlich, dass eine offene

---

<sup>12</sup> Zum Ganzen ausführlich *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 128 ff.

Diskussion über Kriminalpolitik auf europäischer Ebene unerlässlich ist, bislang aber leider so gut wie völlig fehlt.

Hier ergeben sich – neben den bereits existierenden Einflussmöglichkeiten des Bundestags – durch die neuen Protokolle zum Reformvertrag wichtige Mitwirkungsmöglichkeiten für die nationalen Parlamente, auf die bei Frage 6 zurückzukommen sein wird.

## **2. Strafrechtliche Harmonisierungskompetenz**

Art. 69f Abs. 1 des Entwurfs des neuen Vertrags über die Arbeitsweise der Union (Entwurf AEUV) sieht explizit in seinem UA 1 eine strafrechtliche Angleichungskompetenz für den Bereich besonders schwerer grenzüberschreitende Kriminalität vor. In einem **Katalog** werden die einzelnen Kriminalitätsbereiche aufgezählt, in denen Angleichungsmaßnahmen erfolgen können (UA 2). Dieser kann allerdings gem. Art. 69f Abs. 1 UA 3 Entwurf AEUV durch einstimmigen Beschluss des Rates um weitere Kriminalitätsfelder erweitert werden.

Art. 69f Abs. 2 Entwurf AEUV enthält darüber hinaus eine Grundlage für eine – bereits angesprochene – **umfassende Annexkompetenz** der Gemeinschaft für strafrechtliche Harmonisierungsakte. Diese kennt – im Unterschied zur neuesten EuGH-Rechtsprechung – keine Beschränkung auf die Festlegung von Tatbestandsmerkmalen und die strafrechtliche Natur der Sanktion: Auch Art und Maß der Strafen können nach dieser Norm angeglichen werden.

Art. 69e Entwurf AEUV sieht zudem eine Angleichungskompetenz der Gemeinschaft für bestimmte Bereiche des **Strafprozessrechts** vor (Zulässigkeit von Beweismitteln, Individual- und Opferrechte in Strafverfahren), namentlich um der Durchsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, welches nunmehr in Art. 69e Abs. 1 Entwurf AEUV festgeschrieben ist, zum Erfolg zu verhelfen. Diese Liste kann – wie auch im Bereich der materiellen Strafrechtsangleichung – durch einstimmigen Ratsbeschluss erweitert werden.

Für alle diese Rechtsgrundlagen (Strafprozessrecht wie materielles Strafrecht) ist jedoch in Art. 69e Abs. 3 bzw. Art. 69f Abs. 3 Entwurf AEUV eine sog. „**Notbremse**“ („emergency break“) vorgesehen. Danach kann ein Mitgliedstaat, der durch die Harmonisierung des nationalen Strafprozessrechts oder des materiellen Strafrechts die Grundlagen seiner Rechtsordnung berührt sieht, durch sein „Veto“ das ordentliche Gesetzgebungsverfahren bzgl. eines solchen Harmonisierungsakts zunächst aussetzen und eine Befassung des Europäischen Rates erzwingen. Sollte auch dieser keine Einigung bzgl. des Rechtsakts herstellen können, bleibt den Mitgliedstaaten, welche an der Harmonisierungsmaßnahme

festhalten wollen, zwar die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit; den anderen Mitgliedstaaten kann eine Harmonisierung ihres Rechts dann aber zumindest nicht aufgezwungen werden. Dieser Vorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten stellt einen gravierenden Unterschied zur Annexkompetenz nach der Rechtsprechung des EuGH dar.

Natürlich wäre es kaum wünschenswert, dass von dieser Notbremse häufig Gebrauch gemacht würde. Es könnte zu einer Zersplitterung statt zu einer Angleichung des Strafrechts in der EU führen. Jedoch sollte aus nationaler Sicht – gerade für die Anfangsphase, in der eine kriminalpolitische Grundlinie auf europäischer Ebene nicht erkennbar ist – der Vorteil dieser Regelung erkannt werden: Wird das Strafrecht als Durchsetzungsmechanismus „missbraucht“ und lassen sich deswegen die europäischen Vorgaben für das Strafrecht mit anerkannten Grundsätzen deutscher Kriminalpolitik nicht vereinbaren, so kann über die Geltendmachung „grundlegender Aspekte“ politischer Druck ausgeübt werden. Dessen Ziel darf aber selbstverständlich nicht sein, dem europäischen (Straf-) Gesetzgeber die deutschen Grundvorstellungen über den Einsatz von Strafrecht „aufzuzwängen“. Vielmehr geht es darum, im Einvernehmen mit allen Mitgliedstaaten ein kriminalpolitisches Grundkonzept zu entwerfen, auf dessen Grundlage Strafrecht eingesetzt und Strafverfahrensrecht in Übereinstimmung mit grundlegenden, auch international anerkannten Prinzipien, wie etwa dem „fair trial“-Grundsatz entworfen werden kann. Hier bietet also der Art. 69e Entwurf AEUV einen Ansatzpunkt für politische Einflussnahme, welcher in jedem Fall genutzt werden sollte.<sup>13</sup>

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

Grundgesetzliche Schranken, die sich bzgl. eines einheitlichen europäischen Strafrechts – mit den notwendig damit verbundenen intensiven Eingriffen – etwa aus den Grundrechten, dem Rechtsstaats- und Gesetzlichkeitsprinzip ergeben können, lassen sich von vornherein nur insofern begründen, wie dem europäischen Recht kein Vorrang gegenüber dem deutschen Verfassungsrecht zukommt.

### **A) Grundgesetzliche Schranken de lege lata**

Für das eindeutig supranational konzipierte EG-Recht lassen sich dem Grundgesetz nur bedingt Schranken entnehmen. Nach rein europarechtlicher Sichtweise gelangt man sogar

---

<sup>13</sup> Vgl. *Satzger*, in Hefendehl (Hrsg.), Schünemann-Symposium, 2005, S. 312.

zu einem absoluten Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber jeder Form von nationalem Recht (auch Verfassungsrecht), da der EuGH – aus seiner Sicht durchaus konsequent – eine entsprechende Kollisionsregel im Gemeinschaftsrecht verortet.<sup>14</sup> Das BVerfG geht demgegenüber nur von einem beschränkten Vorrang aus. Nur im Verhältnis zu einfachgesetzlichen Normen des deutschen Rechts hat es allgemein den Vorranganspruch des EG-Rechts anerkannt.<sup>15</sup> Gegenüber dem deutschen Verfassungsrecht hat es sich – zumindest im Prinzip – nicht jeder Kontrollmöglichkeit begeben. Anknüpfungspunkt ist dabei Art. 23 I GG, der den Vorrang des Gemeinschaftsrechts nur solange zulasse, wie das darin vorgesehene Integrationsprogramm nicht überschritten ist. In der Formulierung des BVerfG bedeutet dies, dass die künftige Integration dort an ihre Grenzen stößt, „wo die Identität der geltenden Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch einen Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen“ aufgegeben würde.<sup>16</sup>

Im Übrigen beruft sich das BVerfG auf ein „Kooperationsverhältnis“ zum EuGH. Seit seiner berühmten Solange II-Entscheidung hat das BVerfG auf eine Kontrolle von EG-Recht am Maßstab des Grundgesetzes solange verzichtet, wie das EG-Recht nach Inhalt und Wirksamkeit eine Grundrechtsgeltung gewährleiste, die dem Grundrechtsschutz des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichkomme. Der EuGH gewährleiste danach den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der EG, das BVerfG beschränke sich auf eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards.<sup>17</sup>

Wo allerdings EG-rechtliche Vorgaben in nationales Recht umzusetzen sind und dem nationalen Gesetzgeber bezüglich der Umsetzung Ausgestaltungsspielräume verbleiben, ist der Gesetzgeber selbstverständlich an das Grundgesetz gebunden.

Bzgl. des Unionsrechts („Dritte Säule“) ist bereits fraglich, ob überhaupt ein Vorrang gegenüber nationalem Recht anzunehmen ist. Die ursprünglich als rein intergouvernemental strukturierte „Dritte Säule“ enthielt keinerlei supranationale Elemente und entfaltete somit keinen Vorrang gegenüber dem Grundgesetz. Die zwischenzeitlichen Veränderungen der vertraglichen Grundlage (insbes. durch den Vertrag von Amsterdam) haben die „Dritte Säule“ etwas weiter in Richtung einer supranationalen Struktur verschoben; dies wurde insbesondere mit der Entscheidung des EuGH in der Rs. Pupino<sup>18</sup> deutlich, in der die „rahmenbeschlusskonforme Auslegung“ in Parallele zur „richtlinienkonformen Auslegung“ anerkannt wurde. Der EuGH ließ anklingen, dass die Union mit bloßer

---

<sup>14</sup> EuGH 1964, 1251, 1270 – Rs. 6/64 „Costa ./ ENEL“

<sup>15</sup> BVerfGE 31, 145, 173 f.

<sup>16</sup> S. BVerfGE 73, 339, 375 f.

<sup>17</sup> BVerfGE 89, 155, 174 f.

<sup>18</sup> Rs. C-105/03.

intergouvernementaler Zusammenarbeit nicht mehr hinreichend zu beschreiben sei. Das BVerfG ist hingegen – in Kenntnis des Pupino-Urteils – in seiner Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl weiter vom rein völkerrechtlichen Charakter der „Dritten Säule“ ausgegangen.<sup>19</sup> Insoweit besteht also ein gewisser Widerspruch zwischen den Positionen der beiden Gerichte. Allerdings sollte betont werden, dass die „Dritte Säule“ ihrer Struktur nach – trotz einer nicht zu leugnenden „Fortentwicklung – immer noch intergouvernemental geprägt ist, die Annahme eines umfassenden Vorrangs würde aber eine eindeutige supranationale Struktur erfordern, die sich den Verträgen nicht entnehmen lässt.

### **(B) Grundgesetzliche Schranken de lege ferenda**

Die problematische Bestimmung des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht wäre nach Inkrafttreten des Reformvertrags jedoch hinfällig. Nach der Auflösung der Säulenstruktur ergehen auch Maßnahmen im Bereich der dann ehemaligen PJZS als Richtlinien oder Verordnungen im Rahmen der dann insgesamt supranational geprägten EU. Insoweit genießen diese Rechtsakte in dem Umfang Vorrang gegenüber nationalem Recht, wie dies bereits derzeit im Hinblick auf EG-Rechtsakte der Fall ist.

Insgesamt scheidet eine Kontrolle von europäischem Recht anhand des Grundgesetzes – auch zukünftig – zwar regelmäßig aus. Sollte allerdings die Entwicklung eines supranationalen wie harmonisierten Strafrechts sowie eines europäischen Strafverfahrensrechts auf Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zu strukturellen Grundrechts- und Rechtsschutzdefiziten führen (was nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann), könnten der Grundgesetz-Vorbehalt des BVerfG und dessen „subsidiäre Zuständigkeit“ durchaus wiederbelebt werden.

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?

Aus der Antwort auf die vorangegangene Frage lässt sich auch diejenige auf Frage 3 bereits teilweise ableiten: Nationale Instanzen eignen sich zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von einmal geschaffenem einheitlichen europäischen Strafrecht nur bedingt:

<sup>19</sup> BVerfG, v. 18.7.2005, 2 BvR 2236/04 (Rn. 81).

### **A) Kontrolle durch den nationalen Gesetzgeber**

Aus Sicht des Bundestages, der die zwingenden europarechtlichen Vorgaben zu beachten hat, geht es einerseits darum, verbleibende Spielräume unter Beachtung der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) auszufüllen. Daneben obliegt ihm aber – wegen der Bindung an die Verfassung – auch stets die Prüfung, ob der europäische Gesetzgeber die vom BVerfG vorgezeichneten verfassungsrechtlichen Grenzen (Grundrechtsschutz, Integrationsprogramm des Art. 23 GG) noch einhält.

Eine Weigerung, strafrechtliche Harmonisierungsakte durch nationale Gesetzgebung umzusetzen, wäre europarechtswidrig. Im Bereich des EG-Rechts könnte dies schon auf der Grundlage der geltenden Verträge zu einem Vertragsverletzungsverfahren (Art. 226 EGV) und einer Verurteilung der Bundesrepublik führen. Im Bereich der „Dritten Säule“ fehlt es de lege lata zwar an einem entsprechenden gerichtlichen Durchsetzungsmechanismus, nach einer Reform der Verträge werden europäische Umsetzungsvorgaben allerdings umfassend mit dem Vertragsverletzungsverfahren überprüfbar sein. Somit ist eine schlichte Verweigerung der Umsetzung von Harmonisierungsakten durch den nationalen Gesetzgeber nicht zielführend. Allerdings kann sich – und dies ist ratsam – das nationale Parlament frühzeitig einschalten, um schon die Entstehung rechtlich zweifelhafter Rechtsakte auf europäischer Ebene durch Einwirken auf die Regierung zu verhindern bzw. – ist der Rechtsakt bereits erlassen – um auf die Erhebung einer Nichtigkeitsklage (Art. 230 EGV, 35 VI EUV) durch die Regierung hinzuwirken. Nach Ablauf der zweimonatigen Klagefrist kann nur auf eine Aufhebung des Rechtsakts – wiederum durch Einwirken auf die Regierung – hingewirkt werden.

### **B) Kontrolle durch nationale Gerichte einschließlich Bundesverfassungsgericht**

De lege lata obliegt es (nach dem bereits Gesagten) den nationalen Gerichten grundsätzlich nicht, EG-Recht auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Zwar wenden sie – in ihrer Funktion als „Gemeinschaftsgerichte – auch europäisches Recht an. Das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol liegt jedoch allein beim EuGH. Sie sind dementsprechend zur Einleitung von Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 EGV) berechtigt bzw. – als letztinstanzliche Gerichte – sogar verpflichtet. Nur soweit von europäischer Seite keine zwingenden Vorgaben an den nationalen Gesetzgeber gemacht werden, soweit diesem also Umsetzungsspielräume verbleiben, können nationale Gerichte die Rechtmäßigkeit des in der

Folge geschaffenen mitgliedstaatlichen Rechts anhand des nationalen Verfassungsrechts überprüfen.

Eine solche Überprüfung hinsichtlich der Nutzung von Umsetzungsspielräumen ist jedenfalls auch bei Gesetzen möglich, welche der Umsetzung von im Rahmen der „Dritten Säule“ geschaffenem EU-Recht dienen. Treten bei der Anwendung von Umsetzungsgesetzen Unklarheiten bzgl. des Ausmaßes auf, in dem der jeweilige Unionsrechtsakt Vorgaben macht, so können – vergleichbar dem Art. 234 EGV im Rahmen der „Ersten Säule“ – deutsche Gerichte auf der Grundlage des § 1 EuGHG i.V.m. Art. 35 I-IV EUV dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen. Inwieweit die europäischen Vorgaben selbst anhand nationalen Verfassungsrechts überprüfbar sind, hängt davon ab, welchen Stellenwert man dem Unionsrecht in der Normenhierarchie beimisst (s.o.). Jedenfalls ist nach der Pupino-Entscheidung daran zu erinnern, dass die nationalen Gerichte Rechtsakte der PJZS bei der Auslegung des nationalen Rechts – im Wege der rahmenbeschlusskonformen Auslegung – zu berücksichtigen haben.

Die mit dem Status des Unionsrechts verbundene Ungewissheit wird nach dem In-Kraft-Treten des Reformvertrags entfallen. Nationales Verfassungsrecht kann dann nur noch für die Nutzung verbleibender Umsetzungsspielräume durch den nationalen Gesetzgeber als Maßstab einer Rechtmäßigkeitskontrolle dienen. Bei Fragen bzgl. der Vereinbarkeit mit europäischem Recht ist ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH einzuleiten.

### **C) Kontrolle durch den EGMR**

Erhebliche (teils selbst „gewählte“) Einschränkungen bestehen auch hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten des EGMR:

Derzeit ist die Union der EMRK noch nicht beigetreten, dies ist lediglich für die Zukunft beabsichtigt (vgl. Art. 6 Abs. 2 Entwurf EUV). Eine Kontrolle europäischer Rechtsakte anhand der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den EGMR scheidet darum zumindest bislang aus.

Wenn die Organe der Mitgliedstaaten jedoch Gemeinschaftsrecht anwenden oder durchführen, so könnte sich eine Kontrollmöglichkeit des EGMR bzgl. des Gemeinschaftsrechts ergeben: Denn die Handlungen der nationalen Organe der Mitgliedstaaten sind grundsätzlich anhand der EMRK überprüfbar – die Mitgliedstaaten sind ja ausnahmslos auch Vertragsstaaten der Menschenrechtskonvention. Der EGMR hat diese

Situation praktisch „gelöst“, indem er zwischen EG-Recht und EMRK-Gewährleistungen ein ganz ähnliches Verhältnis etabliert, wie es das BVerfG durch seine Solange-Rspr. zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalen Grundrechten angenommen hat.<sup>20</sup> Es bestehe eine „Vermutung“ der EMRK-Konformität, wenn ein Mitgliedstaat seine Verpflichtungen gegenüber einer internationalen Organisation erfülle, und diese einen der EMRK gleichwertigen Grundrechtsschutz biete – was im Hinblick auf die EU der Fall sei.<sup>21</sup> Damit hat der EGMR seine Rechtsprechung zu Gunsten des EuGH weitgehend zurückgenommen.

#### **D) Kontrolle durch den EuGH**

Die Letztentscheidungskompetenz über Auslegung und Verwerfung von Gemeinschaftsrecht und – im Verhältnis zu deutschen Gerichten zumindest – EU-Recht obliegt also dem EuGH. Dies gilt dann auch für strafrechtliche Harmonisierungsrechtsakte und – soweit zukünftig möglich – supranationale Straftatbestände. Maßstab für die Überprüfung ist dabei das EG-Recht bzw. EU-Recht und – über Art. 6 Abs. 2 EUV – auch die EMRK.

Im Bereich des Strafrechts können hier, gerade dann, wenn sich in zunehmendem Maße ein europäisches Strafrecht herausbildet, eine Vielzahl von Verfahren auf den EuGH zukommen. In diesem Kontext wäre zum einen wünschenswert, dass Entscheidungen schnell ergehen können. Es wäre für den Beschuldigten und die anderen Beteiligten an einem Strafverfahren unzumutbar, viele Monate auf eine Entscheidung aus Luxemburg zu warten. Zum anderen wäre es hilfreich, wenn von der in Art. 225a Entwurf AEUV nunmehr unter erleichterten Bedingungen (kein Einstimmigkeitserfordernis mehr) vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht würde, beim EuGH ein auf das Strafrecht spezialisiertes Fachgericht zu bilden. Ein derartiges Fachgericht könnte zudem für den Fall, dass eine Europäische Staatsanwaltschaft geschaffen werden sollte, wichtige, speziell strafrechtliche Kontrollfunktionen übernehmen.

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

#### **A) Rechtsschutz im Bereich des harmonisierten Strafrechts**

Der Beschuldigte, der von Maßnahmen auf Grundlage von angelegentlichem Recht betroffen wird, hat zunächst die im nationalen Recht verankerten Rechtsschutzmöglichkeiten, inklusive

<sup>20</sup> Vgl. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., 2008, § 10 Rn 16.

<sup>21</sup> EGMR, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi*, Urt. v. 30.6.2005, NJW 2006, 197.

einer subsidiären Verfassungsbeschwerde. Die insoweit zuständigen nationalen Gerichte überprüfen die Rechtmäßigkeit der dem Beschuldigten gegenüber ergangenen Maßnahmen am Maßstab des gesamten für sie anwendbaren Rechts. Neben dem deutschen ist damit auch EG-Recht und EU-Recht (daneben ggf. auch sonstiges internationales Recht) zu berücksichtigen.

Treten dabei Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung europäischen Rechts auf, so steht den nationalen Gerichten das Vorabentscheidungsverfahren zur Verfügung. Eine Verwerfungskompetenz bzgl. ihrer Ansicht nach rechtswidrigem EG- oder EU-Recht haben die nationalen Gerichte nicht, insoweit liegt das Verwerfungsmonopol beim EuGH. Rechtsschutzlücken können sich insoweit ergeben, als die geltend gemachten Rechtsverletzungen im Strafverfahren bereits in den europarechtlichen Vorgaben angelegt sind. Gegen den europäischen Rechtsangleichungsakt kann der Beschuldigte – mangels unmittelbarer und individueller Betroffenheit – regelmäßig nicht selbstständig vorgehen.<sup>22</sup> Darüber hinaus liegt es in der Logik der Solange II-Rechtsprechung, dass ein Zurückbleiben hinter dem Grundrechtsstandard des GG im Einzelfall hingenommen würde, wenn zumindest im Allgemeinen auf Gemeinschaftsebene ein gleichwertiger Grundrechtsschutz gewährleistet ist.

### **B) Rechtsschutz in transnational geführten Strafverfahren**

Besonderes Augenmerk ist auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschuldigten in transnational geführten Strafverfahren zu richten, für die bereits derzeit – aber auch nach Inkrafttreten des Reformvertrags – das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung maßgebliches Leitprinzip bei der Schaffung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ sein soll. Durch die Instrumente, die in diesem Kontext zu einer Effektivierung der Strafverfolgung führen sollen (z.B. Europäischer Haftbefehl, zukünftig: Europäische Beweisanordnung etc.) kommt es – bewusst – zu einer Reduzierung des Rechtsschutzes des Beschuldigten. Er soll grundsätzlich nur in einem Mitgliedstaat Rechtsschutz erhalten, Verdopplungen des Rechtsschutzes sind – im Sinne der Effektivierung der Strafverfolgung – unerwünscht. Angesichts der nach wie vor erheblichen Unterschiede in den Strafprozesssystemen der Mitgliedstaaten kann dies allerdings zu Verwerfungen führen. Die bisherigen Bemühungen, Mindeststandards für Beschuldigte in der EU zu schaffen – ein notwendiges Korrelat zur Effektivierung der Strafverfolgung – sind kläglich gescheitert. Es besteht insoweit also eine Schiefelage zu Lasten des Beschuldigten. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Effektivität des Rechtsschutzes nicht unabhängig von den

---

<sup>22</sup> Zu insoweit extensiven Tendenzen des Rechtsschutzes s. aber Calliess/Ruffert-Cremer, Art. 230 Rn. 38 ff.

faktischen Möglichkeiten bewertet werden kann, diesen Rechtsschutz auch wahrzunehmen. Wird der Beschuldigte aber z.B. statt auf Rechtsschutz im Heimatstaat auf Rechtsschutz in einem anderen Staat (andere Rechtsordnung, andere Sprache) verwiesen, so führt dies zu zusätzlichen Beeinträchtigungen faktischer Art, die insbesondere dann kaum zu rechtfertigen sind, wenn keine klaren Regeln herrschen, welcher Mitgliedstaat die Verfolgung einer Straftat übernimmt.

Überaus deutlich wird diese Problematik im Zusammenhang mit dem Projekt einer Europäischen Staatsanwaltschaft, für deren Einrichtung sich nun im Reformvertrag eine Rechtsgrundlage findet (s. Art. 69i Entwurf AEUV). Diese Norm setzt zwar grundsätzlich Einstimmigkeit voraus, lässt aber auch ein Vorgehen einzelner Staaten im Wege der verstärkten Zusammenarbeit zu. Zwar ist in dieser Vorschrift das anzuwendende Verfahren nicht geregelt. Orientiert sich der Gesetzgeber aber bei der eventuellen Schaffung einer solchen Institution an dem entsprechenden Grünbuch über den Europäischen Staatsanwalt<sup>23</sup>, das maßgeblich auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung aufbaut, dann wird in einem solchen transnationalen Verfahren die freie „Verkehrsfähigkeit“ von Beweisen eine zentrale Rolle spielen: In einem Mitgliedstaat rechtmäßig erhobene Beweise wären grundsätzlich in allen anderen Mitgliedstaaten der EU verwertbar, selbst dann, wenn sie unter diesen Umständen im Staat, in dem der Beweis verwertet wird, so niemals hätten erhoben werden dürfen. Dadurch würden verschiedene Elemente unterschiedlicher Strafrechtssysteme willkürlich miteinander kombiniert. Sicherungsmechanismen der einzelnen mitgliedstaatlichen Strafverfahren, die in unterschiedlichen Verfahrensstadien verortet sein können, ließen sich so leicht umgehen.

Auch wenn dies nur Vorschläge sind und selbst noch keine Klarheit darüber besteht, ob tatsächlich ein Europäischer Staatsanwalt ins Leben gerufen werden wird, so ist dieser Entwicklung von Anfang an größte Aufmerksamkeit zu schenken. Sie führt nämlich klar die Gefahren, die das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in sich trägt, vor Augen. Dabei kann nicht geleugnet werden, dass das Prinzip als solches nicht „beschuldigtenfeindlich“ ist, er profitiert davon z.B. im Bereich des Doppelbestrafungsverbots (Art. 54 SDÜ). Jedoch überwiegen eindeutig die aus diesem Prinzip folgenden Gefahren.

Ein Alternativmodell zur Entwicklung eines solchen Strafprozessmodells haben wir im Rahmen einer von AGIS geförderten Arbeitsgruppe aus Wissenschaftlern aus ganz Europa als bewussten Kontrapunkt vorgeschlagen und diesen im Mai 2006 in Thessaloniki

---

<sup>23</sup> KOM (2001) 715 endg.

vorgelegt.<sup>24</sup> Danach werden die aufgezeigten Nachteile dadurch vermieden, dass zu Beginn eines Verfahrens festgelegt wird, welcher Staat die Verfolgung übernimmt. Nur dessen nationales Strafprozessrecht findet sodann auf das gesamte Verfahren Anwendung. Damit wird gewährleistet, dass eine in sich stimmige und faire Rechtsordnung das gesamte Verfahren beherrscht. Dieses Alternativmodell steht bei näherer Betrachtung auch gar nicht im Widerspruch zu einem richtig verstandenen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Unser Modell basiert nämlich darauf, dass alle Mitgliedstaaten das Verfahrensrecht des verfolgenden Staates *als Ganzes* im konkreten Verfahren als Grundlage einer europaweiten Strafverfolgung anerkennen.

### **C) Rechtsschutz im Bereich supranationalen Strafrechts**

Soweit zukünftig supranationales europäisches Strafrecht (z.B. zur Betrugsbekämpfung) geschaffen werden kann, obliegt die Anwendung dieser Tatbestände den nationalen Strafgerichten. Sie verurteilen den Täter somit aus unmittelbar anwendbarem EU-Strafrecht. Rechtsschutz wird bzgl. der Anwendung dieser supranationalen Strafvorschriften zunächst über den üblichen (nationalen) Instanzenzug zu suchen sein – vorbehaltlich anderer Regelungen *de lege ferenda*. Die Auslegungs- und Verwerfungskompetenz liegt hingegen allein beim EuGH.

Hingewiesen sei an dieser Stelle nochmals auf die nach dem Reformvertrag (Art. 225a AEUV) unter vereinfachten Voraussetzungen ermöglichte Schaffung von – auch strafrechtlichen – Fachgerichten beim EuGH.

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

### **A) Strafbarkeitserweiternde Tendenzen im Bereich des harmonisierten Strafrechts**

Das Strafrecht der Mitgliedstaaten wird durch die Angleichungsmaßnahmen des Europäischen Gesetzgebers im Bereich der „Dritten Säule“ bereits heute weitgehend zu Steuerungszwecken herangezogen, um wirtschaftspolitische, administrative und sicherheitspolitische Ziele zu erreichen. Die Annahme einer weitreichenden Annex-Kompetenz durch den EuGH und v.a. auch deren Schaffung mit dem Reformvertrag führt dazu, dass Strafrecht als bloßer – wenn auch äußerst starker –

<sup>24</sup> S. Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006.

„Durchsetzungsmechanismus“ behandelt wird. Die besondere stigmatisierende Wirkung, die vom Strafrecht – anders als von anderen staatlichen Sanktionen – ausgehen soll, wird dabei nicht berücksichtigt. Die „Ultima-ratio“- und die Rechtsgüterschutzfunktion des Strafrechts, die in Deutschland anerkannt sind, können so nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden. Die europäischen Vorgaben zielen vielmehr auf eine umfassende Absicherung der Einhaltung europäischen Rechts, es geht – zumindest der Tendenz nach – um Breitbandkriminalisierung. Das so angegliche und vorgegebene Strafrecht weist nicht mehr den klassischen „fragmentarischen Charakter“ auf.

Die strafrechtlichen Harmonisierungsrechtsakte haben teilweise v.a. einen hohen symbolischen Charakter, um auf aktuelle Situationen und (angebliche) Gefahren zu reagieren, oder um das Strafrecht als „Integrationsfaktor“ für die EU zu nutzen. Insgesamt folgt die Auswahl der zu harmonisierenden Deliktsbereiche keinen klaren Kriterien, ein kohärentes Strafrechtssystem lässt sich nicht erkennen.

Ein wichtiges Charakteristikum der harmonisierenden Strafrechtsakte ist deren tendenziell punitive Ausrichtung: Die Ausdehnung der Vor- und Nachfeldstrafbarkeit kennzeichnet die Rechtsakte. Es ist das Bestreben erkennbar, befürchtete Strafbarkeitslücken zu vermeiden oder zu schließen und umfassend den erwünschten Steuerungseffekt zu erreichen. Durch dieses Konzept gerät man in Konflikt mit der deutschen Vorstellung von der mit „subsidiärem Rechtsgüterschutz“ umschriebenen Aufgabe des Strafrechts.

Es ist zu erwarten, dass diese Tendenzen sich – bei zunehmender Angleichungstätigkeit auf strafrechtlichem Gebiet durch die Nutzung der neu zu schaffenden Kompetenzen – verschärfen werden. Problematisch ist insoweit, dass bislang versäumt wurde, eine kriminalpolitische Diskussion auf europäischer Ebene zu führen, mit dem Ziel, originär europäische Leitlinien für eine rationale Kriminalpolitik zu schaffen. Dabei geht es nicht darum, etwa deutsche Grundvorstellungen vom „Rechtsgüterschutz“ und von der „Ultima-ratio-Funktion“ unbesehen zu exportieren. Vielmehr kommt es darauf an, einen europäischen Maßstab herauszuarbeiten. Hierfür bietet sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip an, so wie es in der europäischen Rechtsordnung seine Ausprägung erfahren hat. Auf dieser Grundlage lassen sich wichtige Leitlinien für eine Strafrechtspolitik ausarbeiten, die für alle Mitgliedstaaten akzeptabel sein sollten.<sup>25</sup>

### **B) Angleichungstendenzen bzgl. des Allgemeinen Teils**

Rein technisch sind demgegenüber die Auswirkungen der Angleichungsrechtsakte und – noch mehr – des zukünftigen supranationalen Strafrechts auf die Ausgestaltung des rein

---

<sup>25</sup> Ausführlich dazu *Satzger*, in 4. Europäischer Juristentag, Wien, Strafrechtliche Abteilung (erscheint demnächst im Manz-Verlag).

nationalen Strafrechts. Dies gilt vor allem für den Bereich des Allgemeinen Teils. Es wurde bereits ausgeführt, dass die Schaffung von Straftatbeständen im Hinblick auf die Betrugsbekämpfung nicht ohne Regelungen zum Allgemeinen Teil auskommt. Werden diese auf europäischer Ebene entworfen, so gelten diese einheitlich in allen Mitgliedstaaten. Da sich die Vorschriften des Allgemeinen Teils in den Mitgliedstaaten teilweise aber sogar deutlich unterscheiden, bedeutet dies, dass in manchen Mitgliedstaaten zwei recht unterschiedliche Allgemeine Teile parallel nebeneinander gelten – der eine für EU-Delikte, der andere für nationale Delikte. Hierdurch könnten möglicherweise – und dies wäre ein positiver Effekt – Angleichungstendenzen des Allgemeinen Teils in Europa insgesamt angeregt werden. Es kann aber auch zu Unklarheiten, Verwerfungen und Akzeptanzproblemen in den Mitgliedstaaten kommen, wenn die entsprechenden Vorschriften nicht zusammenpassen (vgl. z.B. das Einheitstäterschaftsmodell in Österreich vs. Teilnahmemodelle in anderen Staaten oder auch die kontrovers geregelte Strafbarkeit juristischer Personen).

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

**A) Handlungsbedarf im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zur Schaffung einheitlichen europäischen Strafrechts**

Wegen des Vorrangs des europäischen Rechts besteht nur noch ein geringer Handlungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber, wenn ein europäischer Rechtsakt erst einmal erlassen ist.

Auch wenn der Reformvertrag durch die „zweistufige“ demokratische Legitimation bisherige Legitimationsdefizite weitgehend beseitigen oder entschärfen kann, verbleiben Schwächen der Neuregelung im Vergleich zu den bestehenden nationalen Systemen – Lücken bei der Rechtmäßigkeitskontrolle eines einheitlichen europäischen Strafrechts, Rechtsschutzdefizite, die Ausweitung der Strafbarkeit. V.a. funktioniert auch das „zweistufige“ Legitimationsmodell nur insoweit, wie die Beteiligung nationaler Parlamente hinreichend effektiv ausgestaltet ist. Hieraus ergibt sich ein Bedürfnis, die demokratische Legitimation von Seiten der nationalen Parlamente – gerade auch in Deutschland – zu stärken. Es ist also nach Möglichkeiten zu suchen, wie die nationalen Parlamente möglichst frühzeitig Einfluss auf den europäischen Gesetzgebungsprozess nehmen können.

## **1. Erstrebenswertes Ziel: Stärkere demokratische Rückkopplung**

Ideal ließe sich dieses Ziel dadurch erreichen, dass dem Abstimmungsverhalten des Vertreters der Bundesrepublik im Rat eine stärkere demokratische Rückbindung gegeben wird<sup>26</sup>: Denkbar wäre es, bevor eine Entscheidung im Rat gefällt wird, den Bundestag über das vom deutschen Vertreter in den Ratsverhandlungen anzustrebende Ergebnis abstimmen zu lassen. An diese Entscheidung des Bundestages sollte der deutsche Ratsvertreter grundsätzlich gebunden sein. Da jedoch im Rahmen der Verhandlungen im Rat – mit der Vielzahl der dort wiedergespiegelten Interessen und der Notwendigkeit von Kompromissen und Paketlösungen – dem deutschen Vertreter ein Verhandlungsspielraum nicht gänzlich entzogen werden sollte, wäre es sinnvoll, ein vom Bundestagsbeschluss abweichendes Abstimmungsverhalten nicht per se auszuschließen; Kompromisse im Rat müssten dann aber unter den Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung des deutschen Bundestages gestellt werden. Diese Vorbehaltslösungen zugunsten nationaler Parlament stellen auf europäischer Ebene nichts Außergewöhnliches dar, sie werden von anderen Mitgliedstaaten schon länger praktiziert.

Die Protokolle zum Reformvertrag bieten insoweit wertvolle Anknüpfungspunkte. So sieht das neue Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente v.a. eine frühere Informierung der nationalen Parlamente über europäische Gesetzgebungsinitiativen vor: Diesen sind europäische Gesetzgebungsinitiativen nun von den europäischen Institutionen früher und direkter zuzuleiten (s. dazu Art. 2 des 1. Protokolls). Zudem kann die betreffende Initiative – von Eilfällen abgesehen – in den auf die Übermittlung an die nationalen Parlamente folgenden acht Wochen nicht zur Festlegung eines Standpunktes auf die Tagesordnung des Rates gesetzt werden (Art. 4 des 1. Protokolls). Eine Beschlussfassung durch den europäischen Gesetzgeber ist somit prinzipiell erst möglich, nachdem die nationalen Parlamente die Gelegenheit hatten, auf die Willensbildung ihres Ratsvertreters Einfluss zu nehmen.

Es verbleibt natürlich auch insoweit stets die Möglichkeit, dass Deutschland im Rat überstimmt wird. Dies ist allerdings die Konsequenz des Mehrheitsprinzips und Ausfluss der Supranationalität. Darüber hinaus fehlt es an „Sanktionen“, wenn sich der Ratsvertreter nicht an die Vorgaben hält.

---

<sup>26</sup> Dies ließe sich durch eine Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (BGBl. 1993 I, S. 311) festschreiben.

## **2. Zusätzliche Kontrollmöglichkeiten bzgl. der Kompetenzausübung der EU anhand des Subsidiaritätsprinzips**

Die Mitsprachemöglichkeiten der nationalen Parlamente werden weiterhin im Zusammenhang mit der Überprüfung der Kompetenzausübung durch die Union mittels des zweiten Protokolls zum Reformvertrag – der Neufassung des alten Protokolls zum Subsidiaritätsprinzip – erheblich verbessert. Dies ist gerade hinsichtlich des Strafrechts von großer Bedeutung, da dort in vielen Bereichen besonders begründungsbedürftig sein dürfte, warum für die strafrechtliche Sanktionsdrohung gerade die europäische Ebene betreten werden muss.

Äußert während der achtwöchigen Stellungnahmefrist (s.o.) ein Viertel der nationalen Parlamente Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des geplanten Rechtsakts gem. Art. 68 AEUV (Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts) mit dem Subsidiaritätsprinzip, so muss der Initiator des Gesetzgebungsverfahrens eine Begründung dafür abgeben, warum er das Subsidiaritätsprinzip für gewahrt hält (s. Art. 7 Abs. 2 des 2. Protokolls).

Außerdem kann in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eine einfache Mehrheit der nationalen Parlamente eine Befassung des Unionsgesetzgebers mit den Bedenken hinsichtlich der Subsidiarität des geplanten Rechtsakts erzwingen (s. Art. 7 Abs. 3 des 2. Protokolls).

Diese Neuregelung gibt den nationalen Parlamenten mehr Einflussnahmemöglichkeiten. Dies gilt umso mehr, als gem. Art. 8 Abs. 1 des 2. Protokolls auch die Zuständigkeit des EuGH für Nichtigkeitsklagen wegen einer Verletzung des Subsidiaritätsprinzips umfassend eröffnet wird, und zwar auch dann, wenn ein Mitgliedstaat eine solche Klage im Namen seines Parlamentes erhebt. Anders als im bisherigen Drei-Säulen-Modell wird das Subsidiaritätsprinzip also nach dem Reformvertrag grundsätzlich allgemein justitiabel sein.

## **3. „Notbremse“ in Art. 69e Abs. 2 und 69f Abs. 2 AEUV**

Eine weitere Einflussnahmemöglichkeit hält der Reformvertrag mit der bereits in Frage 1 ausführlich angesprochenen „Notbremse“ im jeweiligen Absatz 3 seiner Art. 69e und 69f bereit. Es wurde bereits darauf verwiesen, dass es sich hierbei um einen Notanker handeln könnte, um politischen Druck auszuüben, wenn das Strafrecht extensiv als Durchsetzungsmechanismus „missbraucht“ wird. Die Rolle der nationalen Parlamente sollte in diesem Kontext darin bestehen, den Willensbildungsprozess der nationalen Vertreter im Rat bzw. Europäischen Rat in ihrem Sinne zu beeinflussen. Optimal wäre hierfür die bereits oben angesprochene Möglichkeit, Vorgaben an den Ratsvertreter zu machen. Eine interessante Überlegung wäre es außerdem, ob sich innerstaatlich eine Verpflichtung der

Bundesregierung festlegen ließe, bei einem klaren Beschluss des Bundestags die „Notbremse“ auf europäischer Ebene ziehen zu müssen.

### **B) Handlungsbedarf bei der Entwicklung einer europäischen Kriminalpolitik**

Die vorstehenden Ausführungen sollten gezeigt haben, dass der Bundestag zwar versuchen kann, Einfluss auf die Entstehung von Rechtsakten zu nehmen. Wichtiger erscheint mir jedoch, eine breite kriminalpolitischen Diskussion über die Grenzen hinweg anzustoßen, und dabei andere nationale Parlamente, das Europäische Parlament und die Kommission einzubeziehen, um so ein Konzept zu entwerfen, auf dessen Grundlage zukünftige strafrechtliche Schritte auf EU-Ebene in ganz Europa zumindest insoweit akzeptabel sein sollten, dass der Gebrauch von Notbremsen und Ähnlichem überflüssig wird.