



LUDWIG-MAXIMILIANS- UNIVERSITÄT MÜNCHEN

INSTITUT FÜR DIE GESAMTEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFTEN PP.
LEHRSTUHL PROF. DR. DRES. h.c. BERND SCHÜNEMANN
UNIVERSITÄT MÜNCHEN, PROF.-HUBER-PLATZ 2, D-80539 MÜNCHEN

JURISTISCHES SEMINAR

INSTITUT FÜR DIE GESAMTEN STRAFRECHTSWIS-
SENSCHAFTEN, RECHTSPHILOSOPHIE UND
RECHTSINFORMATIK

Ludwigstr. 29 / I, U-Bahnhaltestelle Universität

Vorstand:
Professor Dr. Dres. h.c.* Bernd Schünemann
(* Mongolische Staatsuniversität, Universität Zaragoza)

LEHRSTUHL FÜR STRAFRECHT, STRAFPROZESSRECHT,
RECHTSPHILOSOPHIE UND RECHTSZOLOGIE

TELEFON
089 / 2180 - 2790 (Sekretariat)
- 2735 (Prof. Dr. Dr. h.c. Schünemann)
TELEFAX 089 / 2180 - 3085
E-Mail: Bernd.Schuenemann@jura.uni-muenchen.de

DATUM
27.11.2007

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

„Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht?“

A. Vorbemerkung

Ich sehe meine Aufgabe nicht darin, die gestellten Fragen durch eine Nacherzählung des Wortlauts der einschlägigen Normen der früheren oder projektieren Verträge oder des Inhalts dazu ergangener Entscheidungen des Europäi-

schen Gerichtshofes oder des Bundesverfassungsgerichts sowie der dazu bisher beobachteten Praxis der europäischen Organe zu beantworten. Denn ich sehe den Unterausschuß „Europarecht“ des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages als den Repräsentanten des Souveräns der deutschen Demokratie, deren Parlament in Kürze in souveräner Freiheit¹ über den für die Zukunft des Rechtsstaates in der Europäischen Union schicksalhaften Vertrag von Lissabon zu entscheiden haben wird. Die vornehmste Aufgabe der Strafrechtswissenschaft besteht deshalb im Augenblick darin, Ihnen die spezifischen gesteigerten Anforderungen, die in einem demokratischen Rechtsstaat an die Strafrechtsordnung gestellt werden müssen, in einer von Euphemismen und Halbherzigkeiten befreiten Deutlichkeit und ohne Verzagtheit vor politischen Machtstrukturen zu vermitteln sowie die bisherigen europäischen Akte und die durch den Vertrag von Lissabon geplante, speziell im Strafrecht tiefgreifende Neustrukturierung daran zu messen.

Ich werde deshalb zunächst in aller Kürze diejenigen Grundsätze zusammenfassen, die die Minimalia eines rechtsstaatlichen Strafrechts bilden und über die deshalb auch um noch so nützlicher europäischer Effekte willen nicht verfügt werden darf. Daraus werden sich die Antworten auf die einzelnen mir gestellten Fragen ebenso prägnant wie zwangsläufig ergeben.

¹ So hat das Bundesverfassungsgerichts im Urteil zum europäischen Haftbefehl, BVerfGE 113, 273, 301, betont, dass der Gesetzgeber die politische Gestaltungsmacht behalte und notfalls Umsetzung verweigern könne.

B. Mindestbedingungen der Strafrechtsordnung in einem demokratischen Rechtsstaat

I. Das Gesetzlichkeitsprinzip (nullum crimen, nulla poena sine lege parlamentaria)

Daß die Angelegenheiten des Strafrechts durch den Gesetzgeber geregelt werden müssen, bei dem es sich in einer Demokratie nur um das Parlament handeln kann, ist ein allen geschriebenen Verfassungen voraus- und zugrundeliegendes Postulat, das bereits von den Staatsphilosophen und Strafrechtstheoretikern der Aufklärungszeit herausgearbeitet worden ist und inzwischen auch im Rechtskreis des Common Law vorbehaltlich gewisser Ausnahmen allgemeine Anerkennung genießt. Daß dieser Grundsatz nur respektiert wird, wenn das Parlament über die Strafgesetze „in souveräner Freiheit“ befindet, ist eine analytische Aussage und deshalb unbestreitbar. Daß die Europarechtler dies 10 Jahre lang übersehen haben und deshalb auch gegenwärtig davon geflissentlich keine Notiz nehmen, ändert an der Wahrheit dieses Satzes so wenig wie der Jahrtausende alte Irrglaube an das ptolemäische Weltbild den Kreislauf der Erde um die Sonne hinwegzueskamotieren vermochte.

II. Das Strafrecht wird durch seine Aufgabe als ultima ratio zum Rechtsgüterschutz legitimiert und limitiert

Die Beschränkung des Strafrechts auf die Verhütung von Sozialschäden, die mit der in Deutschland üblichen Formel der ultima ratio zum Rechtsgüterschutz ausgedrückt wird (ähnlich das angelsächsische „harm principle“),

stammt ebenfalls aus der Aufklärungszeit und ist damit das Fundament der im 19. Jahrhundert siegreichen Rechtsstaatsbewegung gewesen.

III. Der Beschuldigte hat einen Anspruch auf ein faires Verfahren, und das setzt eine Ausstattung seiner Verteidigung mit effektiven Rechten zur Herstellung einer Balance zwischen Anklage und Verteidigung voraus

Das Recht des Beschuldigten auf einen sog. fair trial ist heute weltweit anerkannt. Natürlich müssen diese Rechte auch der jeweiligen Verfahrensstruktur angepasst und dadurch insgesamt wirksam sein, so dass das im Europarecht wie eine Zauberformel benutzte französische Schlagwort des *effet utile* selbstverständlich auch für die faire Ausbalancierung des Strafverfahrens Geltung beansprucht.

IV. Bei diesen drei Säulen eines rechtsstaatlichen Strafrechts handelt es sich nicht um deutsche Spezialitäten, sondern um gemeineuropäische Traditionen

Das skizzierte Dreipfeilermodell bedeutet wohlgerne keinen deutschen Sonderweg, sondern resultiert aus den besten gemeineuropäischen Traditionen seit der Aufklärung. Die Staatstheorie *Montesquieus* und die Strafrechtstheorie *Beccarias* haben an seiner Wiege gestanden, und der Grundsatz des fair trial ist ältestes angelsächsisches Gedankengut und hat etwa in der italienischen Strafprozessordnung eine besonders markante Ausprägung erfahren. Die gelegentlich zu lesende Denunziation, eine Berufung darauf sei antieuropäisch und nationalistisch, beruht also auf einer totalen Verkennung gerade der wertvollsten europäischen Errungenschaften und geht in ihrer üblichen Adressierung an die deutsche Strafrechtswissenschaft schon deshalb fehl, weil ja gerade die Umges-

taltung der deutschen Strafrechtspflege durch Gesetzgeber und Justiz seit geraumer Zeit ein besonders betrübliches Beispiel für den Abfall von den gemeineuropäischen Traditionen darstellt. Sie werden ja vermutlich in Kürze von der Bundesregierung mit einem Gesetzesentwurf zur Legalisierung der von der Justiz gegen das Gesetz etablierten Urteilsabsprachen im Strafverfahren konfrontiert und durch dessen schon heute absehbare Ignoranz gegenüber den Anforderungen einer fairen Verfahrensbalance überrascht werden, einer Ignoranz, die ich auf zahlreichen internationalen Tagungen und Vortragsveranstaltungen der letzten Jahre geradezu als peinlich empfinden musste. Wenn in der deutschen Strafrechtswissenschaft, aber beileibe nicht allein hier und übrigens auch längst nicht bei allen ihren Vertretern, in besonders intensiver Weise an der Bewahrung der besten europäischen Traditionen gearbeitet wird, erliegen Sie also bitte nicht dem Missverständnis, darin artikuliere sich nationales Mißtrauen gegenüber Europa; es ist genau umgekehrt.

C. Beantwortung der gestellten Fragen

„I. 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?“

1. Nach dem Vertrag von Nizza ergibt sich überhaupt keine rechtswirksame Kompetenz der europäischen Organe zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafrechts, weil die einzige nach ihrem Wortlaut dafür geeignete Kompetenzzuweisung, nämlich die seit dem Vertrag von Amsterdam in der sog. dritten Säule vorgesehenen Rahmenbeschlüsse des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten gemäß Art. 34 Abs.

2 b EUV auf keinen Fall zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafrechts benutzt werden kann. Denn es handelt sich um ein Gremium von Regierungsmitgliedern, die bei der Fassung eines Rahmenbeschlusses ohne das europäische Parlament entscheiden und, wenn sie wirklich die nationalen Parlamente „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ verpflichten könnten, wie es in Art. 34 EUV heißt, deren „souveräne Freiheit“ zerstören und sie zu „Lakaien von Brüssel“ degradieren würden. Ich weiß, dass dies letztere von mir geprägte Wort² von manchen als hässlich empfunden wird, aber hässlich ist in Wahrheit nicht das Wort, sondern die Realität, die damit bezeichnet wird: Das Strafrecht trennt den Bürger vom Verbrecher, den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur und deshalb muß die Ausübung dieser furchtbarsten staatlichen Gewalt in einem Rechtsstaat allein dem demokratisch am direktesten und besten legitimierten parlamentarischen Gesetzgebungsprozeß vorbehalten bleiben und darf nicht am Gängelband von Regierungsbeschlüssen geführt werden, die übrigens in der Praxis längst keine bloßen Rahmen mehr darstellen, zwischen dem den Parlamenten ein beträchtlicher Ausfüllungsspielraum bleibt, sondern eher Schießscharten mit einer winzigen Ausfüllungsritze für das Parlament. Die zunehmend homöopathische Verdünnung parlamentarisch-demokratischer Machtausübungsstrukturen in den gubernativ-bürokratischen Institutionen der EU im Vertrag von Amsterdam mag politisch gesehen ihren nützlichen Effekt haben und ist ja auch in der Dogmatik des Europarechts mit Kategorien wie der „Mehrebenendemokratie“ und der „gubernativen Rechtssetzung“ behände aufgegriffen worden. Im Strafrecht würde diese Abschilferung aber den Kern des demokratisch-gewaltenteilenden Rechtsstaats verletzen, deshalb haben die Väter der europäischen Verträge das Strafrecht aus den gubernativen europäischen Machtstrukturen zumindest intuitiv richtig bis 1996 herausgehalten, und dass die Sonderrolle des Strafrechts mit zunehmender Dominanz der Sicherheits- über die Freiheitsperspektive zuerst bei den Politikern und dann offenbar auch bei den Europarechtlern in Ver-

gessenheit geraten war, kann die Restauration vordemokratischen Gedankenguts zwar vielleicht erklären, aber nicht legitimieren.

2. Freilich scheint die Strafrechtswissenschaft erst wie die von Hegel apostrophierte Eule der Minerva in der Dämmerung ihren Flug begonnen zu haben, denn es gibt ja inzwischen eine ganze Serie von Rahmenbeschlüssen, die nicht zuletzt auch der Deutsche Bundestag treu und brav befolgt hat, so dass es gegen jede Erfahrung in Politik und Geschichte wäre, wenn kritische Stimmen der Rechtswissenschaft jetzt noch Gehör finden würden. Aber überraschenderweise ist in dieser Hinsicht wegen eines eigenartigen doppelten Zickzackkurses sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch des Europäischen Gerichtshofes noch gar nicht aller Tage Abend. Das soll aber nur ganz kurz skizziert werden, weil die gegenwärtige unübersichtliche Rechtslage womöglich durch den Vertrag von Lissabon bald obsolet sein wird.

a) Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner in vielerlei Hinsicht zwiespältigen Entscheidung zur Nichtigkeit des ersten EuHbG einerseits das Institut der Rahmenbeschlüsse gelobt und deren Bindungswirkung bejaht, andererseits ohne Auflösung des darin liegenden semantischen Widerspruchs ausgesprochen, das Parlament müsse in souveräner Freiheit über die ihm in einem Rahmenbeschuß abverlangte Gesetzgebung entscheiden³. Da das Bundesverfassungsgericht das erste EuHbG insgesamt kassiert und damit eigentlich eine über den eigenen Begründungsansatz hinausgehende Rechtsfolge angeordnet hat, muß es als offen angesehen werden, wie es über die Reichweite der Rahmenbeschußkompetenz urteilen wird, wenn es einmal hart auf hart kommen sollte. Aber nachdem der Deutsche Bundestag beim 2. EuHbG die ihm vom BVerfG eröffneten Spielräume, getreu den Vorgaben des Regierungsentwurfes, nur in dem geringst möglichen Umfange genutzt hat, scheint diese Frage gegenwärtig

² StV 2003, 531 ff.; ZRP 2003, 185 ff.; GA 2004, 193 ff.

³ Vgl. Fn. 1.

in Berlin nur auf geringes Interesse zu stoßen und soll deshalb heute von mir auch nicht vertieft werden.⁴

b) In gewisser Weise faszinierender ist auch die Rechtsprechung des EuGH, die die demokratischen Legitimationsprobleme der Rahmenbeschlüsse nicht erkannt, das Ganze als ein inneres Kompetenzproblem der EU aufgepäuselt und dadurch unversehens in eine Art Echternacher Springprozeß hineingeraten ist⁵. Wenig bekannt und auch in der Fragestellung nicht erwähnt ist zunächst die Entscheidung, die der EuGH auf Vorlage des belgischen Schiedshofes zum Rahmenbeschluß über den europäischen Haftbefehl erlassen und in der er die fundierten rechtsstaatlichen Bedenken des Schiedshofes ohne viel Federlesen vom Tisch gewischt hat⁶. Diese Entscheidung wirkt auch deshalb überraschend, weil der EuGH kurz vorher in seiner Entscheidung zum Umweltstrafrecht auf allen Politikfeldern der EG eine strafrechtliche Annexkompetenz bejaht hat, die durch Richtlinien wahrzunehmen wäre und eine Ausübung der dem Rat im dritten Pfeiler verliehenen Kompetenz zu Rahmenbeschlüssen blockieren soll. Allerdings soll diese Richtlinienkompetenz nach der neuen Entscheidung des EuGH zum Rahmenbeschluß „Meeresverschmutzung“ nicht „die Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen“ umfassen (Tz. 70), so dass diesbezügliche Bestimmungen eines Rahmenbeschlusses nicht gegen Art. 47 EUV verstoßen würden (Tz. 71), im konkreten Fall jedoch wegen ihrer untrennbaren Verbindung mit den Bestimmungen über die Straftaten selbst ebenfalls nichtig seien (Tz. 72 – 74).

Es wird sich kaum bestreiten lassen, dass der EuGH durch die Erfindung einer strafrechtlichen Annexkompetenz der EG die Befugnisse der Judikative zur

⁴ Im übrigen habe ich meinen Standpunkt zur Entscheidung des BVerfG und zu dessen Verarbeitung im 2. EuHbG in StV 2005, 681 ff. sowie in: Joerden/Szwarc (Hrsg.), Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – Rechtsstaatliche Grundlagen, 2007, S. 265 ff. näher dargelegt.

⁵ Womit ich die 1947 definitiv abgeschaffte Form meine, jeweils drei Schritte vor und zwei zurückzuspringen.

⁶ Verfassungsgerichtshof Belgien, Urteil Nr. 124/2005 vom 13.07.2005, zu finden unter www.arbitrage.be; EuGH Urteil vom 03.05.2007, NJW 2007, 2237 ff.

Interpretation und nicht zur Fortschreibung der europäischen Verträge deutlich überschritten haben dürfte⁷, ebenso wie durch die Eliminierung von Bestimmungen über Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen aus der Richtlinienkompetenz der EG ohne grundsätzliche Bedenken gegenüber ihrer Domizilierung in der Rahmenbeschlusskompetenz des Rates ein sonderbarer Kompetenz-Flickenteppich entstanden ist. Dass diese Lösung in irgendeiner Weise praktikabel ist, kann ich mir schwer vorstellen. Als weitaus niederschmetternder empfinde ich jedoch die Leichtigkeit des Parlando-Stils, mit dem der EuGH das Strafrecht als eine Annexmaterie zu irgendwelchen Politiken qualifiziert und damit dessen qualifizierte Legitimationsanforderungen ignoriert. Die vom EuGH offenbar tolerierte Festsetzung von Art und Maß der Strafen durch einen Rahmenbeschluss von Regierungsorganen kann es in einem demokratischen Rechtsstaat nicht geben, und deswegen könnte der Deutsche Bundestag wegen der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 Grundgesetz zur Durchführung eines solchen Beschlusses auch nicht verpflichtet sein.

3. Freilich braucht man sich bei diesen Fragen vielleicht nicht länger aufzuhalten, weil ja zukünftig in Art. 69 f Entwurf-AEUV eine grundsätzlich neue Regelung vorgesehen ist, die den Erlass von Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen durch von Europäischem Parlament und Rat nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassene Richtlinien vorsieht. Es ist nicht zu bezweifeln, dass die demokratische Legitimation für die Vereinheitlichung des europäischen Strafrechts hierdurch gegenüber der geltenden Vertragslage wesentlich verbessert wird, weil nunmehr anders als bei den Rahmenbeschlüssen das Europäische Parlament entsprechend Art. 251 Entwurf-AEUV in den Gesetzgebungsprozess als gleichberechtigter Partner eingeschlossen ist. Ob das bereits genügt, um alle Legitimitätsbedenken zu zerstreuen, ist anhand der nachfolgenden Fragen zu prüfen.

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

1. Grundsätzlich kann ich hier auf die obige Skizze unter B. verweisen. Die dort beschriebenen drei Säulen nehmen an der Ewigkeitsgarantie von Art. 79 Abs. 3 GG teil, so dass eine Missachtung der sich daraus ergebenden Anforderungen in einer europäischen Richtlinie nicht in deutsches Recht transformiert werden dürfte. Weil inhaltliche Konflikte noch in den folgenden Fragen zu thematisieren sind, braucht an dieser Stelle nur die Grundsatzfrage beantwortet zu werden, ob die Festlegung von Mindestvorschriften, also der Zwang zur Kriminalisierung, wenigstens im Rahmen der künftigen europäischen Gesetzgebung ohne Verletzung des Demokratieprinzips ergehen könnte oder ob die Verbesserungen im Vertrag von Lissabon immer noch unzulänglich sind. Denn es ist zu bedenken, dass der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit für das Europäische Parlament weiterhin nur unzulänglich verwirklicht sein wird, weil die Zahl der Abgeordneten auf 750 und die eines einzelnen Mitgliedsstaates auf 96 beschränkt ist, was sich eo ipso zum Nachteil des bevölkerungsstärksten Mitgliedstaates auswirkt. Es geht aber nicht nur um die formale Wahlrechtsgleichheit, sondern auch um ein in der politischen Wissenschaft unbestrittenes, sozusagen organisches Demokratiedefizit der Europäischen Union wegen der auf absehbare Zeit nicht zu behebenden Nichtexistenz einer einheitlichen europäischen Öffentlichkeit. Es ist ja gerade die entscheidende Anteilnahme der Öffentlichkeit am Gesetzgebungsprozess im Unterschied zu den prinzipiell geheim ablaufenden gubernativen Prozessen, die von den Apologeten der gubernativen Rechtssetzung vollständig übersehen wird, die aber als integraler Bestandteil eines wahrhaft demokratischen Gesetzgebungsprozesses jedenfalls im Strafrecht unverzichtbar ist. Dass dieser Gesichtspunkt für eine an genuin demokratischen Werten orientierte und nicht durch Hurraeuropäismus getrübe

⁷ Vgl. zur Kritik nur Hefendehl, in: Joerden/Szwarc (Fn. 4), S. 41 ff.

Analyse von zentraler Bedeutung ist, scheint mir ebenso evident zu sein wie die Unmöglichkeit, ihn im vorliegenden Zusammenhang zu vertiefen. Gestatten Sie mir wenigstens den Hinweis, dass hierin ein ganz wichtiger Gesichtspunkt liegt, aus dem etwa die Rechtsstaatswidrigkeit der Preisgabe des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit im europäischen Haftbefehl folgt⁸. Die materielle demokratische Substanz von Entscheidungen des Europäischen Parlaments liegt deshalb sicherlich signifikant über derjenigen von Rahmenbeschlüssen des Europäischen Rates, auf dessen mittelbarer, in den bürokratischen Entscheidungsstrukturen aber homöopathisch verdünnter demokratischer Legitimation deren Apologeten so gern herumreiten. Aber genau so liegt sie auch signifikant unter derjenigen eines nationalen Parlaments, das seine Beschlüsse vor der lebendigen demokratischen Öffentlichkeit rechtfertigen muss und deshalb auch nur in direkter Auseinandersetzung mit dieser zustande bringen kann.

2. Aus dem hieraus resultierenden Dilemma, dass selbst die verbesserte demokratische Legitimation nach dem Vertrag von Lissabon für das Strafrecht zu kurz greift, kann man allerdings einen Ausweg finden, wenn man die im Vertragsentwurf von Lissabon in ingenieürer Weise vorgesehene sog. „Notbremse“ (emergency break) mit der ohnehin unabweisbaren Verstärkung der Rechte des Deutschen Bundestages gegenüber der Bundesregierung im europäischen Gesetzgebungsverfahren kombiniert. Auf die Einzelheiten werde ich sogleich bei den anderen Fragen eingehen.

⁸ Wenn *Weigend*, in: FS Jung, 2007, 1069 (1073) meinen „demokratischen“ Einwand gegen die Aufhebung des Erfordernisses der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht durch den RbEuHb und das EuHbG, nämlich dass der inländische Staatsbürger nicht zur Aburteilung wegen eines von ihm nicht beeinflussbaren ausländischen Strafgesetzes ausgeliefert werden dürfe (StV 2005, 681 -683-), wegen der „unbestrittenen Geltung des deutschen Strafrechts auch für Ausländer“ für nicht näher erörterungsbedürftig erklären zu können vermeint, so hat er dabei unversehens die Beurteilungsobjekte verwechselt, denn es geht ja bei der Auslieferung um die Preisgabe des eigenen Staatsbürgers zur Bestrafung nach ausländischen Normen, deren inhaltliche Legitimität unter seiner demokratischen Mitwirkung im Inland gerade verneint wurde.

„III. Welche Instanz soll an Hand welchen Maßstabs die Rechtmäßigkeit der Normen eines einheitlichen europäischen Strafrechts überprüfen: - der nationale Gesetzgeber, - die nationalen Gerichte und das Bundesverfassungsgericht, - der EuGH, - der EGMR?“

Natürlich sind alle vorgenannten europäischen oder staatlichen Organe nach Maßgabe und im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenz zur Überprüfung der Normen eines einheitlichen europäischen Strafrechts berufen, wobei (weil die unmittelbar anwendbaren Normen ja weiterhin dem nationalen Recht angehören werden) dies von den nationalen Gerichten nur durch Vorlagebeschlüsse ans BVerfG oder an den EuGH geschehen könnte. Weil es sich nach wie vor um nationale Rechtsakte handelt, wird der EGMR im bisherigen Rahmen zuständig bleiben, der für richtungweisende Entscheidungen geeignet ist, als alltäglicher Rechtsschutz aber aus zahlreichen Gründen überfordert wäre. Über die Möglichkeiten zu einer Kontrolle durch den EuGH will ich mich hier nicht weiter verbreiten, weil ich auf absehbare Zeit in eine Exekutierung der oben unter B. angeführten drei Säulen durch den EuGH keine realistischen Erwartungen setze. Wer Strafrecht ohne Bedenken als Annexkompetenz beliebiger europäischer Politiken ansieht und in punkto demokratischer Legitimation von vornherein keine Bedenken hat, wird vermutlich für die Bedeutung der von mir angeführten drei Pfeiler nicht das notwendige Verständnis aufbringen. Wenigstens an dieser Stelle darf ich im Interesse der wissenschaftlichen Ehrlichkeit nicht unterschlagen, dass ich dem EuGH die ausreichende Legitimation für eine Schleifung dieser drei über Jahrhunderte aufgerichteten Pfeiler des europäischen Rechtsstaates ausdrücklich bestreiten möchte⁹. So ruhen also die Hoffnungen, wenn man einmal von dem angesichts seines janusköpfigen Urteils zum europäischen Haftbefehl für die Zukunft schwer auszurechnenden BVerfG absieht, auf dem Deutschen Bundestag als Verteidiger eines rechtsstaatlich demokratischen Strafrechts in Europa. Ich hatte bereits bei dem 2004 gemein-

⁹ Siehe Mähner, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, 2005; Balders/Hansack, ZRP 2006, 54.

sam mit 10 Kollegen publizierten „Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung“ vorgeschlagen, zur Behebung des demokratischen Defizits der Rahmenbeschlüsse die Bundesregierung an die Stellungnahme des Bundestages zu binden¹⁰, so wie dies auch in etlichen nord- und nordwesteuropäischen Mitgliedstaaten der Fall ist¹¹. Es scheint wenig bekannt zu sein, dass die Unionsfraktionen noch in ihrer Zeit als Opposition einen entsprechenden Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht haben, der leider der Diskontinuität zum Opfer gefallen und seitdem nicht erneuert worden ist¹². Es bräuchte jetzt nur eine entsprechende Vorschrift für die Ausübung der „Notbremse“ gemäß Art. 69 e Abs. 3 und 69 f Abs. 3 Entwurf-AEUV in das deutsche Grundgesetz aufgenommen zu werden, um dem Bundestag eine Vorab-Kontrollkompetenz über „die Rechtmäßigkeit der Normen eines einheitlichen europäischen Strafrechts“ zu verschaffen und damit auch jene demokratische Legitimation im Wege einer prästabilierten Harmonie zu schaffen, die sonst den europäischen Richtlinien im Strafrecht abgehen würde. Der Deutsche Bundestag hat auch die Möglichkeit, diese Ergänzung des Grundgesetzes vor der Ratifikation des Lissabon-Vertrages durchzusetzen. Wenn er diese Chance verabsäumt, wird er sich nicht nur an allen Errungenschaften der strafrechtlichen Aufklärung in Europa seit *Montesquieu*, *Beccaria*, *Hommel* und *Feuerbach* versündigen, sondern auch eine Selbstkastration auf dem empfindlichsten Feld des demokratischen Rechtsstaates vornehmen, wie sie in anderer Form nur vom Kirchenvater *Origenes* überliefert ist.

¹⁰ Schünemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004, S. 24 f.

¹¹ Rohlf, Der Europäische Haftbefehl, 2003, S. 23.

¹² BT-Drs. 15/4716.

IV. „Vor welchem Gericht und auf welcher Grundlage können Beschuldigte Rechtsschutz erlangen?“

1. Diese Frage zielt auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der nunmehr in Art. 61 Abs. 3 Entwurf-AEUV endgültig als Fundament der Strafjustiz in Europa festgeschrieben werden soll. Ich habe mich hierzu oft genug kritisch geäußert und will nur bemerken, dass er in Verbindung mit der ebenfalls festzuschreibenden Kompetenz zur Statuierung von Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen eine Tendenz zur permanenten Verschärfung des Strafrechts und zur europaweiten Exekutierbarkeit des jeweils punitivsten Strafrechts normativ verankert und auf die Dauer den verheißenen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in, wie *Schiller* es durch den Marquis Posa formuliert hat, die Ruhe eines Kirchhofs zu verwandeln droht.¹³

2. Immerhin sieht Art. 69 e Abs. 2 b Entwurf-AEUV weiterhin Richtlinien zu Mindestvorschriften über die Rechte des einzelnen im Strafverfahren vor, deren Ausarbeitung nach verheißungsvollem Beginn leider bis heute kläglich gescheitert ist¹⁴. Auch hier bietet also der Vertrag von Lissabon einen Silberstreif am Horizont, doch möchte ich den Hinweis nicht unterschlagen, dass mit der Garantie einzelner Rechte ein insgesamt faires, und d. h. ausbalanciertes Strafverfahren noch nicht erreicht werden kann. Dieses Ziel versucht der von mir gemeinsam mit 15 europäischen Kollegen, von denen ja heute auch Professor *Satzger* hier anwesend ist, ausgearbeitete „Alternativentwurf Europa II“ modellhaft abzubilden, weshalb ich mich im einzelnen hierauf beziehen möchte.¹⁵

¹³ Don Carlos, 3. Akt, 10. Auftritt.

¹⁴ Näher Schünemann, StV 2006, 361 ff.; endgültig gescheitert in der Justiz- und Innenministerkonferenz am 13.6.2007.

¹⁵ Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006.

„V. Welche Auswirkungen auf das nationale Strafrecht sind von einem einheitlichen europäischen Strafrecht zu erwarten?“

Wie bereits meine Antwort zur vierten Frage deutlich macht, droht nach den bisherigen Konzepten eine Tendenz zur permanenten Ausdehnung des Strafrechts zu dominieren, die letzten Endes die von mir eingangs skizzierten drei Pfeiler niederreißen würde. Es gibt in meinen Augen nichts Verfehlteres als die Vorstellung des Strafrechts als einer Annexmaterie zu beliebigen Politiken und als das Verständnis von der Aufgabe Europas als eines permanenten Einpeitschers des nationalen Strafrechts. Nicht weniger falsch ist die häufig zu lesende Vorstellung, das Strafrecht sei wie kein anderes Rechtsgebiet von nationalen Eigentümlichkeiten und Traditionen gekennzeichnet, quasi nach Art des Schottenrocks und Dudelsacks oder des Stierkampfes in Spanien. Genau umgekehrt sind es ja die vornehmsten Traditionen seit der Zeit der strafrechtlichen Aufklärung, dass es im Strafrecht um die ultima ratio zum Rechtsgüterschutz (in anderer Formulierung um die Verhütung von Sozialschäden) geht und nicht um die Bewahrung schrulliger nationaler Traditionen. Natürlich kann es eine nationale Verwurzelung spezifischer Rechtsgüter geben wie etwa die extrem begrenzten Wasserressourcen in semiariden Mitgliedstaaten, die in von Dauerregen heimgesuchten Ländern kein Pendant haben. Aber das ist die Ausnahme, denn in aller Regel kann es in einem einheitlichen Industrieraum mit einer im Großen und Ganzen auf dem gleichen Entwicklungsniveau angekommenen Kultur auch nur dieselben Rechtsgüter geben. Und es ist deshalb schon ein katastrophales Defizit, dass in der Grundrechtecharta der EU, die ja nun durch den Lissabon-Vertrag verbindlich gemacht werden soll, zwar in Art. 49 Abs. 3 die Verhältnismäßigkeit der Strafen garantiert wird, auch in Art. 48 Abs. 1 die Unschuldsvermutung, eine Grundsatznorm über die Begrenzung der staatlichen Strafgewalt, die ja in Wahrheit von beiden Garantien logisch vorausgesetzt wird, aber vollständig fehlt. Wenn man bedenkt, wie vielen sekundären Freiheiten und Interessen in der Grundrechtecharta und den Politiken der EU eine

ausgeprägte Aufmerksamkeit gezollt wird, so mochte die sonderbare Abstinenz im Bereich des Strafrechts allenfalls so lange hingehen, wie sich Europa auf diesem Gebiet keine eigene Kompetenz zuschrieb; aber seitdem das grundlegend anders geworden ist, hat die Abstinenz etwas Anstößiges bekommen. Zwar wird dieses Desiderat realistischer Weise im Vertrag von Lissabon nicht mehr zu erfüllen sein, sondern in einem wahrhaften Raum der Freiheit und des Rechts die eiligste Folgemaßnahme bilden. Aber um so wichtiger wird die Rolle der nationalen Parlamente sein, sich bei der Ratifizierung des Lissabon-Vertrages die souveräne Entscheidung über die erwähnte „Notbremse“ zu sichern und damit zukünftig jene Verteidigung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen des Strafrechts sicherzustellen, die nach aller Erfahrung vom europäischen Gerichtshof und von den Regierungen nicht zu erwarten sein wird.

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

Die wirklich entscheidende Antwort findet sich bereits oben, denn allein die Sicherung der souveränen Entscheidung über die „Notbremse“ wird den Parlamenten der Mitgliedstaaten auch auf der europäischen Ebene jene für die bürgerliche Freiheit entscheidende Aufgabe erhalten können, die sie seit der Durchsetzung der Demokratie gespielt haben und für deren Wahrnehmung die Organe der Europäischen Union, wie ich im einzelnen dargelegt habe, nicht hinreichend konzipiert oder prädestiniert sind. Auch die „weichen“ Einflussmöglichkeiten, die den mitgliedstaatlichen Parlamenten auf den Gesetzgebungsprozess der EU im Vertrag von Lissabon eingeräumt werden, besitzen nur dann ein hinreichendes Gewicht, wenn die Parlamente auch souverän über den Ausnahmezustand, und d.h. konkret: über die „Notbremse“ entscheiden können.

