

MARK A. ZÖLLER

## Der mögliche und unmögliche Zustand der europäischen Strafgesetzgebung

### I. Vorbemerkungen

Kann man eigentlich gleichzeitig überzeugter Europäer und Europaskeptiker sein? Auf diese Frage, die mich in der Vorbereitung auf mein Referat beschäftigt hat, möchte ich hier zumindest den Versuch einer Antwort wagen. Das Strafrecht zählt ohne Zweifel zu den Stiefkindern des Europäisierungsprozesses. Europa hat das Strafrecht vergleichsweise spät entdeckt. Aber auch umgekehrt haben die Strafrechtler Europa lange Zeit den Rücken zugekehrt. Ein durchdachtes dogmatisches Fundament und eine kohärente Kriminalpolitik auf europäischer Ebene fehlen.<sup>1</sup> Das verwundert schon deshalb, weil das praktische Bedürfnis für eine internationale Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung weit über den geografischen Bereich der 27 EU-Mitgliedstaaten hinaus völlig selbstverständlich anerkannt wird. Dass die besonders gefährlichen Erscheinungsformen moderner Kriminalität weder mit Blick auf die Tätergruppen noch hinsichtlich der Tatorte auf monostaatliche Erscheinungsformen beschränkt sind, ist offensichtlich. In Deutschland wiesen im Jahr 2009 allein im Bereich der Organisierten Kriminalität 88,8 % der Ermittlungsverfahren internationale Bezüge auf, was bedeutet, dass zumindest ein Tatort im Ausland lag.<sup>2</sup> 61,7 % der Tatverdächtigen besaßen hier keine deutsche Staatsangehörigkeit.

Vor diesem Hintergrund möchte ich nach einer kurzen Begriffsklärung (unter II.) in einem ersten, großen Schritt zunächst den *möglichen* Zustand der europäischen Strafgesetzgebung skizzieren (unter III.). Dazu sind vor allem die Kompetenznormen in den Blick zu nehmen, die den Organen der EU die Setzung von Strafrechtsakten ermöglichen. Sodann möchte ich an einigen Beispielen den – im übertragenen Sinn – *unmöglichen* Zustand des geltenden Rechts verdeutlichen (unter IV.). Damit meine ich die rechtsstaatlichen Defizite, die mit dem Europäisierungsprozess im Bereich der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen einhergehen. Mit einigen Vermutungen zu den Hintergründen dieser (Fehl-)Entwicklung möchte ich dann schließen.

---

<sup>1</sup> Vgl. Satzger, ZRP 2010, 137 (138).

<sup>2</sup> BKA (Hrsg.), Organisierte Kriminalität, Bundeslagebild 2009, S. 21 f.

## II. Begriffsklärung

Wer über europäische Strafgesetzgebung spricht, der muss sich zunächst über den Bezugspunkt im Klaren sein. Im europäischen Kontext ist sowohl der Teilaspekt der Gesetzgebung als auch der Bereich des Strafrechts weit weniger selbstverständlich als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Im Vertrag von Lissabon hat man sich nicht dazu durchringen können, staatsanaloge Begriffe wie „Gesetz“ oder „Rahmengesetz“ einzuführen. Stattdessen wurden die schon vom früheren EG-Recht geläufigen Bezeichnungen der „Verordnung“ und der „Richtlinie“ auch für diejenigen Bereiche übernommen, die früher der 3. Säule der EU zugewiesen waren. Bei diesen normativen Rechtsakten handelt es sich streng genommen nicht um Gesetze, weil sie nicht durch eine parlamentarische Volksvertretung erlassen werden und die institutionelle Ordnung der EU-Organe nicht dem verfassungsstaatlichen Prinzip der Gewaltenteilung folgt.<sup>3</sup> Gleichwohl kann es sich bei ihnen um Akte der Legislative handeln, wenn sie in einem förmlichen, die Beteiligung des Europaparlaments voraussetzenden Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden. Diese Voraussetzung ist bei den der EU zur Verfügung stehenden Rechtsinstrumenten mit thematischem Bezug zum Kriminalstrafrecht regelmäßig erfüllt. Insbesondere die noch näher zu betrachtenden Richtlinien zur Harmonisierung des Straf- und Strafprozessrechts müssen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (nach Art. 289, 294 AEUV) erlassen werden.

Auch der Begriff des „Strafrechts“ wird weder durch das geschriebene Unionsrecht noch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) definiert. Dennoch ist dieser Begriff auf EU-Ebene autonom, also ohne schlichte Übernahme einzelner nationaler Definitionen, zu bestimmen. Dafür sprechen aus praktischer Sicht bereits die teilweise erheblichen Unterschiede zwischen den verschiedenen nationalen Strafrechtssystemen. Der einzig gangbare Weg liegt damit in einer wertenden Rechtsvergleichung der mitgliedstaatlichen Definitionen und deren Destillierung zu einem einheitlichen Unionsbegriff.<sup>4</sup> Typisches Erkennungsmerkmal eines unionsrechtlich zu verstehenden Kriminalstrafrechts, das eine Abgrenzung zu präventiven und restitutiven Regelungen ermöglicht, ist neben seiner repressiven Zwecksetzung etwa die Möglichkeit der Verhängung von Freiheitsstrafe. Außerdem bringen kriminalstrafrechtliche Sanktionen stets ein sozialetisches Unwerturteil hinsichtlich eines menschlichen Verhaltens zum Ausdruck, werden durch ein Gericht in einem dafür vorgesehenen Verfahren verhängt, in dem das Gesetzlichkeits- und das Schuldprinzip gelten, und regelmäßig auch durch den Eintrag in ein Strafregister dokumentiert. Der Begriff der „europäischen Strafgesetzgebung“ meint somit Verordnungen und Richtlinien, deren Regelungsgegenstand durch solche Indizien charakterisiert wird.

---

<sup>3</sup> Vgl. nur *Badura*, Staatsrecht, 4. Aufl. 2010, F. Rn. 7.

<sup>4</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 62.

### III. Kompetenzen zum Erlass europäischer Strafgesetzgebungsakte

Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob die EU überhaupt kompetenzrechtlich in der Lage ist, solche Strafgesetzgebungsakte zu erlassen. Entscheidender Ausgangspunkt hierfür ist das *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*. Nach diesem Grundsatz, der nun in Art. 5 EUV ausdrücklich niedergelegt ist, können die Unionsorgane eine Kompetenz nur in Bezug auf solche Materien haben, die ihnen zuvor ausdrücklich von den Mitgliedstaaten übertragen wurden. Jeder Rechtssetzungsakt der Union erfordert damit eine ausdrückliche oder aber zumindest im Wege der Auslegung (hinreichend sicher) zu gewinnende Ermächtigungsgrundlage in den Gründungsverträgen. Auf diese Weise wird das Recht der Europäischen Union letztlich an das Demokratieprinzip gebunden.<sup>5</sup> Die EU besitzt damit – anders als die Mitgliedstaaten nach ihrem nationalen Recht – keine Kompetenz-Kompetenz.<sup>6</sup> Sie kann also ihre bestehenden Kompetenzen nicht eigenständig erweitern.

#### 1. Fehlen einer supranationalen Strafrechtssetzungskompetenz

##### a) Der Kompetenzstreit

Auch nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon besitzt die EU grundsätzlich keine Kompetenz zum Erlass unmittelbar geltender, *supranationaler Strafnormen*. Es ist somit ausgeschlossen, europäische Straftatbestände oder Verfahrensvorschriften zu setzen, die ohne weiteren Umsetzungsakt durch den nationalen Gesetzgeber in den 27 EU-Mitgliedstaaten Geltungskraft besäßen. Zwar gab es bereits zur alten Rechtslage anders lautende Stimmen im Schrifttum, die eine solche Kompetenz bejahten.<sup>7</sup> Auch sie erkannten an, dass es an einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisungsnorm im Primärrecht fehlt. Sie leiteten aus der ausdrücklich normierten Sachkompetenz der EG zur Regelung bestimmter Sachbereiche (z. B. den Grundfreiheiten oder der Agrar- und Umweltpolitik) aber gleichzeitig auch die Befugnis her, damit sachlich zusammenhängende kriminalstrafrechtliche Sanktionen – sozusagen „in einem Aufwasch“ – mitzuregeln. Sie beriefen sich dabei auf die völkerrechtliche Lehre von den „implied powers“, wonach die geschriebene Kompetenznorm immer auch die Befugnis zur Setzung notwendigerweise mitzuregelnder Tatbestände umfasst. Zudem sahen sie eine Stütze in der älteren Rechtsprechung des EuGH, der wiederholt ausgeführt hat, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht unter Strafe zu stellen sind, „sofern das Gemeinschaftsrecht selbst keine Sanktionen vorsieht“.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Braum, wistra 2006, 121 (123); Krausser, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 1991, S. 28.

<sup>6</sup> BVerfGE 123, 267 (381 f.).

<sup>7</sup> Böse, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 56, 61 ff., 94; ders. GA 2006, 211 (220 ff.); Heitzer, Punitive Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 136 ff.; Pache, EuR 1993, 173 (178 f.).

<sup>8</sup> EuGHE 1977, 139; 1990, 2911.

Die ganz überwiegende Ansicht hat aber schon *vor* dem Lissaboner Vertrag eine originäre Strafrechtssetzungskompetenz der damaligen EG (jetzt also der EU) zu Recht abgelehnt.<sup>9</sup> Dafür lassen sich insbesondere folgende Argumente anführen: Eine solche Befugnis müsste sich nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unmittelbar aus dem Primärrecht ergeben. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Außerdem sahen und sehen die Mitgliedsstaaten die Schaffung strafrechtlicher Regelungen nach wie vor als die ureigenste Aufgabe des nationalen Gesetzgebers an. Eine so bedeutsame Befugnis kann wohl kaum *en passant* und stillschweigend in den Gründungsverträgen an die EU übertragen worden sein. Zudem war das Strafrecht in den Art. 29 ff. EUV a.F. gerade dem Bereich der sog. intergouvernementalen Zusammenarbeit in der 3. Säule der EU übertragen worden. Daneben ist zu sehen, dass der EU in verschiedenen Bereichen durch den EU-Vertrag ausdrücklich die Kompetenz zum Erlass von Bußgeldnormen zugewiesen ist.<sup>10</sup> Diese ausdrücklichen Regelungen würden keinen Sinn ergeben, wenn die viel gewichtigere Materie der Strafsanktionen ohnehin bereits stillschweigend von der Sachkompetenz mit abgedeckt wäre.

Einen klassischen Fehlschluss würde es darstellen, wenn man durch die Vergemeinschaftung der Regelungsgegenstände der früheren 3. Säule der EU durch den Lissaboner Vertrag nun auf die Existenz einer Kompetenz zur Setzung supranationalen Strafrechts schlosse. Vielmehr lässt die Auflösung der früheren Säulenstruktur der EU durch den Reformvertrag die bisherige Kompetenzverteilung im Bereich der Strafgesetzgebung unberührt.<sup>11</sup> Im neuen Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, dem AEUV, werden den Gesetzgebungsorganen der Union gerade *keine* Befugnisse zu einer supranationalen Strafrechtssetzung verliehen. Es wurden lediglich – noch näher zu besprechende – Befugnisse zur *Harmonisierung* bestimmter Bereiche des Straf- und Strafprozessrechts der Mitgliedstaaten *durch Richtlinien* ausdrücklich eingeführt. Insofern bestätigt der Vertrag von Lissabon hier als *argumentum a minore ad maius* gerade die schon bisher vorherrschende These vom Fehlen einer supranationalen Strafgesetzgebungskompetenz. Denn wenn für eine Harmonisierungskompetenz im Reformvertrag eine ausdrückliche Verankerung erforderlich gehalten wurde, muss dieses Bedürfnis erst recht für eine etwaige Befugnis zur Setzung unmittelbar geltenden, supranationalen Strafrechts bestehen.

## b) Der Sonderfall des Art. 325 Abs. 4 AEUV

Obwohl der EU also keine *allgemeine* Kriminalstrafgewalt zukommt, geht die vorherrschende Meinung im deutschen Schrifttum dahin, nach dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages zumindest die Existenz *bereichsspezifischer* Kompetenzgrundlagen für den Erlass supranationaler Strafrechtsnormen anzuerkennen. Als Paradebei-

<sup>9</sup> Satzger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, Art. 280 EGV Rn. 20; Waldhoff, in: Calliess/Blanke/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, Art. 280 EGV Rn. 3, 19; Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 4 f.; Hecker, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 88 ff.; Griese, EuR 1998, 476; Satzger, KritV 2008, 17 (20); Rosenau ZIS 2008, 15.

<sup>10</sup> Z. B. in Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV für das europäische Kartellrecht.

<sup>11</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 79; Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (14).

spiel hierfür dient der Bereich der Bekämpfung von Betrügereien und sonstigen gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Handlungen.<sup>12</sup> Gemäß Art. 325 Abs. 4 AEUV können das Europäische Parlament und der Rat zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien beschließen, die sich gegen die finanziellen Interessen der EU richten. Schon bezüglich der Vorgängerregelung in Art. 280 EGV wurde darüber gestritten, ob sich hieraus eine Befugnis zu supranationaler Strafrechtssetzung ableiten lässt.<sup>13</sup> Schließlich kann man unter den weiten Begriff der „Maßnahmen“ sprachlich ohne Weiteres auch den Erlass strafrechtlicher Normen fassen. Gegen die Annahme einer bereichsspezifischen Strafgesetzgebungsbefugnis sprach bislang der in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV enthaltene Zusatz, wonach die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege von diesen Maßnahmen unberührt bleiben sollen. Dieser Zusatz ist in der Nachfolgeregelung des Art. 325 Abs. 4 AEUV nicht mehr enthalten. Daraus wird im Schrifttum bislang einhellig die Schlussfolgerung gezogen, dass diese Norm der EU erstmalig die Kompetenz verleiht, supranationale Strafvorschriften, insbesondere Straftatbestände, zu erlassen.<sup>14</sup> Danach könnten auf der Grundlage von Art. 325 AEUV, beispielsweise durch eine EU-Verordnung, konkrete Straftatbestände für Subventionsbetrügereien zu Lasten des EU-Haushalts geschaffen werden, die ohne nationalen Umsetzungsakt unmittelbar anwendbar wären und existierende nationale Strafnormen wie den deutschen § 264 StGB verdrängen würden.

Dass dies bereits nach geltendem Recht möglich sein soll, erscheint allerdings wenig überzeugend, und zwar überwiegend aus denselben Gründen, die auch gegen die Anerkennung einer *allgemeinen* supranationalen Strafrechtssetzungskompetenz sprechen. Wenn die Verfasser des Lissaboner Reformvertragswerks im Bereich des Strafrechts eine Harmonisierungskompetenz im Richtlinienwege ausdrücklich geregelt haben, dann hätten sie für die Etablierung einer originären supranationalen Strafrechtssetzungskompetenz, auch wenn sie sich nur bereichsspezifisch auf Betrügereien zu Lasten der EU bezieht, diese Kompetenz erst recht ausdrücklich im Text des AEUV verankern müssen. Es hätte also beispielsweise einer Formulierung bedurft, die in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Regelungsbefugnis durch EU-Verordnungen zulässt. Hinzu kommt, dass der Wortlaut des Art. 325 Abs. 4 AEUV nur von „Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien“ spricht. Diese

---

<sup>12</sup> Darüber hinaus wird diskutiert, ob auch Art. 79 Abs. 2 AEUV eine supranationale Strafrechtssetzungsbefugnis im Bereich des Menschenhandels enthält; vgl. etwa *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (17).

<sup>13</sup> Dazu *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 80; *Zöller*, ZIS 2009, 340 (342 f.) m.w.N.

<sup>14</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 81; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 24 ff.; *ders.*, ZRP 2010, 137; *Meyer*, NStZ 2009, 657 (658); *Zimmermann*, Jura 2009, 844 (845 f.); *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (18); *Schramm* ZJS 2010, 615 (616); wohl auch *Khan*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 325 AEUV Rn. 6; *Heger*, ZIS 2009, 406 (416) geht davon aus, dass eine Strafrechtsetzungskompetenz zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union faktisch die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft voraussetzt, die aber angesichts der hierfür erforderlichen Einstimmigkeit im Rat (vgl. Art. 86 Abs. 1 AEUV) derzeit mehr als fraglich erscheine.

Formulierung lässt bei genauerer Lektüre Zweifel aufkommen, ob etwa unter den Begriff der „Bekämpfung“ auch repressive, kriminalstrafrechtliche Handlungsformen fallen. Schließlich spricht der Vertragstext in Art. 83 und Art. 82 AEUV, also dort, wo es unzweifelhaft um Maßnahmen mit Bezug zum materiellen und formellen Strafrecht geht, auch eindeutig von „Straftaten und Strafen“ sowie von „Strafverfahren“. Vor allem aber würde es ein zweifelhaftes Ergebnis darstellen, dass die Verfasser des Lissaboner Vertrages eine derart bedeutende Befugnis wie diejenige zum Erlass supranationaler Strafvorschriften quasi nebenbei und ohne eindeutige textliche Verankerung im Primärrecht der „Kaffeesatzleserei“ der Rechtswissenschaft und des EuGH und den damit verbundenen Zufälligkeiten überlassen haben sollen. Schließlich hat gerade uns Deutschen das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung deutlich ins Stammbuch geschrieben, dass die weit reichenden Kompetenzen im Bereich des Strafrechts, die sich in der Folge des Lissaboner Vertrages insbesondere im AEUV wieder finden, restriktiv zu interpretieren sind.<sup>15</sup> Insofern können wir als Zwischenergebnis festhalten, dass sich im geltenden Primärrecht keine Kompetenzgrundlage für die Setzung originärer supranationaler Strafgesetzgebungsakte findet.

## 2. Harmonisierung des nationalen Strafrechts durch Richtlinien

Ganz anders stellt sich die Rechtslage demgegenüber für die Beeinflussung der nationalen Rechtsordnungen durch solche Sekundärrechtsakte dar, die auf eine Harmonisierung des Strafrechts der nationalen Strafrechtsordnungen abzielen. Nach der ausdrücklichen Formulierung in Art. 82 Abs. 1 S. 1 AEUV umfasst die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union auch die Angleichung der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen des Straf- und Strafverfahrensrechts.

### a) Materielles Strafrecht

Harmonisierungskompetenzen zur Angleichung des *materiellen* Strafrechts finden sich in Art. 83 AEUV. Dabei ist zwischen den beiden Absätzen dieser Vorschrift zu unterscheiden:

#### *aa) Die originäre Strafrechtsangleichungskompetenz nach Art. 83 Abs. 1 AEUV*

Art. 83 Abs. 1 AEUV etabliert eine *originäre Strafrechtsangleichungskompetenz*. Sie ermöglicht dem Europäischen Parlament und dem Rat die Festlegung von Mindestvorschriften im Hinblick auf Straftaten und Strafen durch den Erlass von Richtlinien unabhängig davon, ob in diesem Bereich bereits zuvor Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind. Allerdings finden sich zwei thematische Einschränkungen: Zum einen muss es sich um Bereiche *besonders schwerer Kriminalität* handeln. Als Kriminali-

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 123, 267 (413).

tätsbereiche, für die diese Tatsache bereits mit Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags ohne weitere Prüfung unterstellt wird, nennt Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV etwa Terrorismus, Menschenhandel, Drogenhandel oder Fälschung von Zahlungsmitteln. Diese Aufzählung ist abschließend.<sup>16</sup> Für die Zukunft ermöglicht Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV allerdings eine Erweiterung auf zusätzliche Kriminalitätsfelder durch einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europaparlaments.<sup>17</sup> Darüber hinaus besteht die originäre Strafrechtsangleichungskompetenz nur für Kriminalitätsbereiche mit *grenzüberschreitender Dimension*. Hierbei handelt es sich letztlich um eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Subsidiaritätsgebots (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 UA 1 EUV), da für rein national vorkommende Kriminalitätsphänomene ein Tätigwerden auf Unionsebene nicht erforderlich wäre. Ein Beispiel hierfür wären Bestechungsdelikte, die ausschließlich von deutschen Amtsträgern und Unternehmen begangen werden.

Die Harmonisierungskompetenz des Art. 83 Abs. 1 AEUV ermöglicht Vorgaben für *Straftaten und Strafen*. Sie bezieht sich somit einerseits auf Fragen der konkreten Ausgestaltung von Straftatbeständen, die wir im deutschen Strafrechtssystem sowohl im Allgemeinen Teil des StGB als auch in den Normen des Besonderen Teils und der strafrechtlichen Nebengesetze verorten. Andererseits können auch „Strafen“, also konkrete Rechtsfolgen, harmonisiert werden. Da nur „Mindestvorschriften“ festgelegt werden dürfen, die EU-Mitgliedstaaten also bei der Umsetzung der jeweiligen Richtlinie auch darüber hinausgehen können,<sup>18</sup> wird sich in Zukunft vermutlich die schon von den Rahmenbeschlüssen der früheren 3. Säule bekannte Praxis der Vorgabe von sog. „Mindesthöchststrafen“ fortsetzen.

#### *bb) Die Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV*

Dieselben Mittel, aber einen anderen Anwendungsfall, beschreibt demgegenüber die *Annexkompetenz* nach Art. 83 Abs. 2 AEUV. Sie zielt darauf ab, Politiken der EU im Sinne eines „*effet utile*“ effektiver durchsetzen zu können.<sup>19</sup> Zum Erlass von EU-Richtlinien mit Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen muss sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten dazu als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union darstellen. Nimmt man dieses Unerlässlichkeitskriterium ernst, so wird man es als besonders strenge Ausprägung des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes begreifen müssen<sup>20</sup> – falls es so etwas über-

<sup>16</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, § 11 Rn. 4; Heger, ZIS 2009, 406 (412); Zimmermann, Jura 2009, 844 (846); Böse, ZIS 2010, 76 (82); Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (16).

<sup>17</sup> Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 123, 267 [412 f.]) unterliegt die Nutzung dieser dynamischen Blankettermächtigung dem Gesetzesvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, so dass die Bundesregierung einer solchen Erweiterung nur nach einer vorherigen Billigung durch den Bundestag zustimmen darf. Diese Vorgabe wird in § 7 Abs. 1 Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG) einfachgesetzlich umgesetzt. An der praktischen Relevanz der Erweiterungsklausel angesichts der Weite des Katalogs in Art. 83 Abs. 1 UA 2 zweifelt Folz, ZIS 2009, 427 (430).

<sup>18</sup> Beukelmann, NJW 2010, 2081 (2082).

<sup>19</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 38.

<sup>20</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 48; Zimmermann, Jura 2009, 844 (847).

haupt gibt! Es wird also eine detaillierte Überprüfung der Frage gefordert, ob gerade die Androhung *strafrechtlicher* Sanktionen für die Verwirklichung von Politikfeldern der EU zwingend erforderlich ist. Die bloße *Geeignetheit*, etwa weil die Androhung von Geld- oder Freiheitsstrafen naturgemäß immer eine gute Idee ist, um die Beachtung von Ge- und Verboten abzusichern, genügt somit nicht. Auch dürfen sich die Gesetzgebungsorgane der EU nicht auf einen nur formelhaften Verweis ohne nähere Begründung beschränken. Sie werden zukünftig vielmehr empirische, etwa statistische Belege für die Existenz von Vollzugsdefiziten liefern müssen.<sup>21</sup> Der schlichte Hinweis auf das Fehlen von Alternativen zur Schaffung strafrechtlicher Vorschriften, von dem übrigens auch der deutsche Gesetzgeber gerne und häufig Gebrauch macht, kann den Unionsgesetzgeber nicht entlasten.<sup>22</sup>

Eine deutlich weniger einschränkende Wirkung dürfte demgegenüber von dem weiteren Kriterium des Art. 83 Abs. 2 AEUV ausgehen, wonach in dem jeweiligen Politikbereich schon andere, zeitlich vorausgehende Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sein müssen. Schon hinsichtlich des Ausmaßes der erforderlichen Harmonisierung finden sich im Primärrecht keine Vorgaben.<sup>23</sup> Hinzu kommt, dass angesichts der unüberschaubaren Vielzahl an harmonisierenden Rechtsakten aus den vergangenen Jahrzehnten kaum nennenswerte *nicht*-harmonisierte Politikfelder der Union verblieben sein dürften.

Die Kompetenznorm des Art. 83 Abs. 2 AEUV schafft in erheblichem Umfang die rechtliche Grundlage für eine Vorgehensweise, die der EuGH – eher im Wege freier Rechtsschöpfung – bereits vor dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages gebilligt hatte.<sup>24</sup> Zunächst hatte er mit Urteil vom 13. September 2005 den Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht<sup>25</sup> für nichtig erklärt, da dessen inhaltliche Regelungen seiner Ansicht nach vor dem Hintergrund von Art. 47 EUV a.F. in Gestalt einer Richtlinie auf der Grundlage von Bestimmungen der früheren 1. Säule der EU (konkret: Art. 175 EGV a.F.) hätten erlassen werden müssen.<sup>26</sup> Zwar falle das Strafrecht grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft. Dies könne den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der zum Schutz von Politikbereichen der Gemeinschaft erlassenen Rechtsgrundlagen zu gewährleisten. Diese Formel wiederholte der EuGH auch in seiner Entscheidung vom

<sup>21</sup> Ähnlich bereits *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (916 ff.): „empirisch untermauerte Prognose, dass ein harmonisiertes Strafrecht *conditio sine qua non* zur Zielerreichung ist“; vgl. auch *Heger*, ZIS 2009, 406 (409); a.A. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 48; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (17).

<sup>22</sup> BVerfGE 123, 267 (412), fordert, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann.

<sup>23</sup> Einschränkung daher *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (929), der fordert, dass auf Unionsebene bereits eine außerstrafrechtliche Verbotsvorschrift erlassen sein müsse.

<sup>24</sup> Krit. hierzu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 39; *Zöller*, ZIS 2009, 340 (346 ff.) m.w.N.

<sup>25</sup> ABL L 29, 55 v. 5.2.2003.

<sup>26</sup> EuGH JZ 2006, 307 m. Anm. *Heger*, JZ 2006, 310; vgl. dazu *Wegener/Greenawald*, ZUR 2005, 585; *Böse*, GA 2006, 211; *Braun*, wistra 2006, 121; *Diehm*, wistra 2006, 366 (368 ff.); *Streinz*, JuS 2006, 164; *Wuermeling*, BayVBl. 2006, 368; *Šugmann Stubbs/Jäger*, KritV 2008, 57 (59 ff.); *Satzger*, KritV 2008, 17 (22 ff.); *Zöller*, ZIS 2009, 340 (344 f.).

23. Oktober 2007,<sup>27</sup> mit der er einen Rahmenbeschluss zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe<sup>28</sup> für nichtig erklärte. Hier folgte allerdings die Klarstellung, dass die Entscheidung über Art und Maß der strafrechtlichen Sanktion, also die konkreten Rechtsfolgen von Straftaten, den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben müsse. Insofern blieb der EuGH also hinter dem nun geltenden Art. 83 Abs. 2 AEUV zurück, der sich – wie bereits ausgeführt – auch auf die Strafsanktionen bezieht.

Der Strafrechtsangleichung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV kommt ohne Zweifel eine zentrale Bedeutung für einen gleichmäßigen Schutz der Rechtsgüter der Union und eine effektive Durchsetzung der Unionspolitiken zu.<sup>29</sup> Wenn gleichartige Wettbewerbshandlungen in einem Staat mit Kriminalstrafe bedroht, in einem zweiten nur als Ordnungsunrecht eingestuft und in einem dritten überhaupt nicht sanktioniert werden, entstehen ohne Zweifel nachteilige Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Aber auch hier ist Vorsicht angebracht: Der Schutz des Binnenmarktes oder eines sonstigen Bereiches der Unionspolitik muss im Einzelfall auch tatsächlich im Vordergrund der Regelung stehen, damit man auf eine Annexkompetenz zurückgreifen kann. Ein eher zweifelhaftes Beispiel stellt insofern die noch vor Lissabon ergangene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung vom Februar 2009<sup>30</sup> dar.<sup>31</sup> Obwohl es hier schon ausweislich der Erwägungsgründe und der Bestimmungen über den Regelungsgegenstand<sup>32</sup> erkennbar darum ging, bei privaten Anbietern gesammelte Daten zu Zwecken der *Strafverfolgung* nutzbar zu machen, betonte der EuGH hier den Schutz des Wettbewerbs, was schon deshalb fragwürdig war, weil die Richtlinie den Mitgliedstaaten (in Art. 6) für die Dauer der Datenspeicherung einen nicht unerheblichen Spielraum von sechs Monaten bis zu zwei Jahren und damit nach wie vor Möglichkeiten zur Wettbewerbsverzerrung ließ.

## b) Harmonisierung des Strafprozessrechts gem. Art. 82 Abs. 2 AEUV

Schließlich befugt Art. 82 Abs. 2 AEUV die Europäische Union erstmals zum Erlass von Mindestvorschriften auf bestimmten Gebieten des Strafverfahrensrechts. Konkret

<sup>27</sup> EuGH JZ 2008, 251 m. Anm. *Eisele*; dazu *Fromm*, ZIS 2008, 168 ff.; *ders.*, ZUR 2008, 301 ff.; *Šugmann Stubbs/Jäger*, KritV 2008, 57 (67 ff.); *Satzger*, KritV 2008, 17 (22 ff.); *Zimmermann*, NSz 2008, 662 ff.; *Zöller*, ZIS 2009, 340 (345 f.).

<sup>28</sup> ABl. L 255, 164 v. 30. 9. 2005.

<sup>29</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 39.

<sup>30</sup> Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG (ABl L 105, 54 v. 13. 4. 2006).

<sup>31</sup> EuGH JZ 2009, 466 m. Anm. *Ambos*, JZ 2009, 468; dazu *Braun*, ZRP 2009, 174 ff.; *Frenz*, DVBl 2009, 374 f.; *Gundel*, EuR 2009, 536 ff.; *Kleszczewski*, HRRS 2009, 250 ff.; *Petri*, EuZW 2009, 214 f.; *Rossi*, ZJS 2009, 298 f.; vgl. auch *Mayer*, K&R 2009, 313 ff.; *Zerdick*, RDV 2009, 56 ff.

<sup>32</sup> Vgl. nur Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie: „Mit dieser Richtlinie sollen die Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Pflichten von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten, die von ihnen erzeugt oder verarbeitet werden, harmonisiert werden, um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen“.

geht es um die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten, die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren und die Rechte der Opfer von Straftaten. Sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrens können nur dann im Richtlinienwege harmonisiert werden, wenn diese zuvor vom Rat durch einstimmigen Beschluss zugewiesen worden sind.

### c) Grenzen der Strafrechtsangleichung

Ob den Harmonisierungskompetenzen der Art. 82, 83 AEUV in der Zukunft ein größerer Anwendungsbereich beschieden sein wird, bleibt derzeit noch abzuwarten. Erste Anzeichen sprechen eher dagegen. So ist es vermutlich kein Zufall, dass seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon noch keine einzige Richtlinie auf der Grundlage dieser neuen Kompetenzregelungen erlassen wurde, auch wenn mehrere Vorschläge kursieren.<sup>33</sup>

#### aa) Strafrechtsspezifisches Schonungsgebot?

Zum einen wird die Kompetenzausübungsbefugnis der Union durch die allgemeinen Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begrenzt, wie sie nun auch in Art. 5 Abs. 3 und 4 des EU-Vertrags näher beschrieben werden.<sup>34</sup> In der Zusammenschau mit der nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu achtenden nationalen Identität der Mitgliedstaaten wird hieraus ein *strafrechtsspezifisches Schonungsgebot* abgeleitet.<sup>35</sup> Infolgedessen müssten Harmonisierungsrichtlinien den Mitgliedstaaten einen ausreichenden Umsetzungsspielraum belassen. Insbesondere dürfe die EU den Mitgliedstaaten im Richtlinienwege keine detailliert ausformulierten Straftatbestände vorgeben, die auf Tatbestandsebene und/oder Rechtsfolgenseite bereits alle wesentlichen Aspekte determinieren. So sehr dieser Ansatz sachlich zu begrüßen ist, so fraglich ist allerdings, warum dieses Ergebnis, das sich ebenso gut direkt aus dem Subsidiaritätsprinzip ableiten lässt, zwingend durch die Neuerfindung eines bereichsspezifischen Schonungsgebotes erzielt werden muss. Aber das sind letztlich semantische Fragen.

#### bb) Verfahrensrechtliche „Notbremse“

Zu den größten Unbekannten zählt die durch den Vertrag von Lissabon in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV eingeführte verfahrensrechtliche „Notbremse“. Danach kann sich jeder Mitgliedstaat darauf berufen, dass der Entwurf einer Richtlinie „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde“. Macht er von diesem Vetorecht Gebrauch, so kann er das ordentliche Gesetzgebungsverfahren blockieren und sich im Ergebnis einer Rechtsangleichung entziehen. Den übrigen EU-Mitgliedstaaten bleibt dann nur noch die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit auf der

<sup>33</sup> Vgl. dazu die Übersicht bei *Brodowski*, ZIS 2010, 749 (751 ff.).

<sup>34</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 11 Rn. 8.

<sup>35</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 55; *Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 9, 27; *Böse*, ZIS 2010, 76 (85); vgl. auch BVerfGE 123, 267 (412).

Grundlage des Richtlinienentwurfs.<sup>36</sup> Für die Bundesrepublik Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung angemahnt, dass der deutsche Vertreter im Rat die Notbremse nur nach Weisung des Bundestags bzw. Bundesrats ausüben darf. Diese Verpflichtung ist nun auch in § 9 des Integrationsverantwortungsgesetzes (IntVG) vom 22. September 2009<sup>37</sup> ausdrücklich niedergelegt. De facto wird das deutsche Vetorecht damit zum Parlamentsvorbehalt.<sup>38</sup>

Die Notbremsenregelung macht entsprechende Gesetzgebungsverfahren nur schwer berechenbar. Dies liegt zunächst daran, dass für jeden Mitgliedstaat eine Prognose darüber zu treffen ist, ob nach dem Maßstab seiner Rechtsordnung grundlegende Aspekte einer Harmonisierung des Straf- oder Strafprozessrechts entgegenstehen. Für die Bundesrepublik Deutschland werden als unverfügbare Prinzipien des Strafrechts etwa das Schuldprinzip, der Bestimmtheitsgrundsatz oder der Verzicht auf die Strafbarkeit juristischer Personen genannt.<sup>39</sup> Aber man muss nur an rechtspolitisch umstrittene Regelungsbereiche wie Betäubungsmittelkriminalität, Abtreibung oder Sterbehilfe denken, um zu erkennen, wie schnell auch hier eine Grauzone erreicht ist. Konkret bedeutet dies, dass in Zukunft jeder Richtlinienentwurf potenziell mit 27 nationalen Einspruchsmöglichkeiten behaftet ist.

Hinzu kommt, dass der Rückgriff auf die Notbremsenregelung rechtlich, etwa im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens, kaum überprüfbar sein dürfte. Da ein Missbrauch des Vetorechts nur in Ausnahmefällen nachweisbar sein wird, muss man den Mitgliedstaaten wohl oder übel einen erheblichen Beurteilungsspielraum zugestehen. *De facto* bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten schon dann wirksam von der Notbremsenregelung Gebrauch machen, wenn sie ihr Vetorecht nur formal, d. h. auch ohne nähere Begründung, ausüben.<sup>40</sup> Man braucht dann nur an die traditionell europakritische Haltung einiger EU-Mitglieder in der Vergangenheit, etwa des Vereinigten Königreichs oder Tschechiens, zu denken, um das faktische Reformpotenzial der neuen Art. 82 und 83 AEUV als begrenzt einzuschätzen. Vielleicht erweist sich die „Notbremse“ auch als „Dauerbremse“.

### 3. Rahmenbeschlüsse als „Altlasten“

Schließlich ist noch ein weiteres Rechtsinstrument zu beachten, das es seit dem 1. 12. 2009 offiziell eigentlich nicht mehr gibt – und zwar der Rahmenbeschluss. Nach Art. 9 des Protokolls Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen behalten insbesondere die Rahmenbeschlüsse, die das zentrale Institut der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der früheren 3. Säule der EU darstellten, auch nach Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags ihre Gültigkeit.<sup>41</sup> Dies ist schon von daher im

---

<sup>36</sup> Es muss sich allerdings um eine Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten handeln.

<sup>37</sup> BGBl. I, S. 3022.

<sup>38</sup> *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (20).

<sup>39</sup> Dazu *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 57 m.w.N.

<sup>40</sup> Vgl. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 58; *Heger*, ZIS 2009, 406 (414).

<sup>41</sup> *Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 33; *Beukelmann*, NJW 2010, 2081 (2082).

Hinterkopf zu behalten, weil zwar eine Vielzahl von Rahmenbeschlüssen erlassen, aber bislang nur ein Teil hiervon in den Mitgliedstaaten umgesetzt worden ist.<sup>42</sup> Vermutlich lässt sich die bisherige Zurückhaltung der EU-Gesetzgebungsorgane beim Rückgriff auf die neuen Harmonisierungskompetenzen im Strafrecht zu einem Teil auch dadurch erklären, dass erst einmal diese „Altlasten“ zur Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten „abgearbeitet“ werden müssen.

### III. Der unmögliche Zustand des „europäischen Strafrechts“

Damit komme ich zu einigen kritischen Bemerkungen, also zum eingangs bereits angedeuteten unmöglichen Zustand des geltenden „europäischen Strafrechts“.

#### 1. Harmonisierung vs. gegenseitige Anerkennung?

Hierzu sollte man sich zunächst die beiden Grundprinzipien vergegenwärtigen, auf denen die Europäisierung des Straf- und Strafprozessrechts in den Mitgliedstaaten basiert. Ausweislich von Bestimmungen wie Art. 67 Abs. 3 oder Art. 82 Abs. 1 AEUV handelt es sich dabei einerseits um das *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen* und andererseits um eine generelle *Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften*. Dabei stehen diese beiden Prinzipien nicht beziehungslos nebeneinander. Die Harmonisierung der teils sehr unterschiedlichen nationalen Strafrechtssysteme ist vielmehr gerade die notwendige Voraussetzung für eine gegenseitige Anerkennung von Justizakten wie Haftbefehlen oder Beweisanordnungen. Schließlich kann Vertrauen in eine fremde Rechtsordnung nur dann entstehen, wenn sie der eigenen weit genug angenähert ist.

#### 2. Rechtsstaatliche Defizite

Der bisherige Ausbau des europäischen Strafrechtssystems auf der Grundlage von gegenseitiger Anerkennung und Harmonisierung leidet allerdings an gravierenden rechtsstaatlichen Defiziten. Man steckt in einem scheinbar unauflösbaren Widerspruch zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Auf der einen Seite will man praktische Rechtsinstrumente für eine effektivere transnationale Strafverfolgung – und schafft sie regelmäßig auch. Auf der anderen Seite scheut man aber die Schaffung rechtsstaatlicher Rechtsgrundlagen. Das birgt nicht nur die Gefahr der Verletzung individueller

---

<sup>42</sup> Als Beispiele für nach wie vor umsetzungsbedürftige Rahmenbeschlüsse sind etwa die Rahmenbeschlüsse des Rates zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 24. Oktober 2008 (ABl. L 300, 42 v. 11.11.2008), zur Änderung des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung vom 28. November 2008 (ABl. L 330, 21 v. 9.12.2008) oder zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vom 28. November 2008 (ABl. L 328, 55 v. 6.12.2008) zu nennen.

Freiheiten der EU-Bürger. Vielmehr unterminiert es auch die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden, die in der ungewissen Situation arbeiten, dass ihre transnationale Ermittlungsarbeit unter Einsatz neuer Rechtsinstrumente zur Kooperation in ihrem Heimatstaat möglicherweise gar keine gerichtlich verwertbaren Beweismittel hervorbringt.

Dazu drei von zahlreichen denkbaren Beispielen: Das *erste Beispiel* betrifft das europäische Polizeiamt *Europol*. Natürlich ist eine solche europäische polizeiliche Zentralstelle notwendig. Aber obwohl mit dem Betrieb des Europol-Computersystems erhebliche Eingriffe in die Grund- und Menschenrechte der EU-Bürger verbunden sind, hat man mit der am 1. Juli 1999 in Kraft getretenen Europol-Konvention<sup>43</sup> erst rund fünf Jahre nach dem Tätigkeitsbeginn in Den Haag überhaupt eine Rechtsgrundlage geschaffen. Wirksamer Individualrechtsschutz gegen eine möglicherweise unberechtigte Speicherung sensibler personenbezogener Informationen wird den Betroffenen bis heute weder durch den Europäischen Gerichtshof noch durch die nationalen Gerichte der EU Mitgliedstaaten gewährt.<sup>44</sup>

Ein zweites Beispiel bietet der *Rahmenbeschluss über die Europäische Beweis-anordnung*,<sup>45</sup> die nach den aktuellen Plänen nicht nur auf Sachen, Schriftstücke und Daten beschränkt, sondern sogar zu einer umfassenden Europäischen Ermittlungs-anordnung<sup>46</sup> ausgebaut werden soll. Nach dem Vorbild des Europäischen Haftbefehls soll es der Anordnungsbehörde dann im ersuchenden Staat möglich sein zu erreichen, dass der Vollstreckungsstaat bereits vorhandene und unmittelbar verfügbare Beweismittel nach den Vorschriften seines Prozessrechts erlangt und ohne die Hindernisse des allgemeinen Rechtshilferechts dem Anordnungsstaat übergibt. Massive Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Erhebung und Verwertung auf solche Weise erlangter Beweismittel werden letztlich einfach beiseite geschoben, obwohl die Strafprozessrechtssysteme zahlreicher EU-Mitgliedstaaten teilweise fundamental divergieren. So folgt etwa der französische Strafprozess der Überzeugung, dass Zeugen möglichst früh nach der Tat zu vernehmen sind, wenn ihre Erinnerung noch frisch ist. In der Hauptverhandlung wird dann regelmäßig nicht auf die Vernehmung des Zeugen selbst, sondern auf die Verlesung seines Vernehmungsprotokolls zurückgegriffen. Demgegenüber verlangt das im deutschen Strafprozess geltende Unmittelbarkeitsprinzip grundsätzlich den Rückgriff auf das sachnächste Beweismittel. Im englischen Strafverfahren gilt das Unmittelbarkeitsprinzip in solchen Fällen sogar noch strenger, da der Zeugenbeweis dort nur dann eine belastbare Beweisgrundlage darstellt, wenn die Parteien auch die Gelegenheit hatten, die Glaubwürdigkeit des Zeugen direkt im Kreuzverhör zu prüfen. Auch die Anforderungen an die Möglichkeit des Einsatzes

---

<sup>43</sup> Übereinkommen aufgrund von Art. K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts v. 26.7.1995 (ABl. C 316, 25) m. späteren Ergänzungen. Mittlerweile gilt als Rechtsgrundlage der Beschluss des Rates zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol) v. 6.4.2009 (ABl. L 121, 37 v. 15.5.2009).

<sup>44</sup> Ausführlich hierzu *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 447 ff.

<sup>45</sup> ABl. L 350, 72 v. 2008.

<sup>46</sup> Vgl. Rats-Dok. 9288/10 ADD1 v. 3.6.2010.

von Ermittlungsmaßnahmen variieren innerhalb Europas erheblich. So kann z. B. die Telekommunikationsüberwachung in Deutschland nur wegen des Verdachts einer auch im Einzelfall schwer wiegenden Katalogtat angeordnet werden (vgl. § 100a Abs. 1 StPO), während etwa in Spanien ein Anfangsverdacht bezüglich jeder Straftat, also beispielsweise auch von Bagatelldelikten wie Ladendiebstählen, genügt. Dass wir von untereinander kompatiblen Rechtsordnungen in Europa weit entfernt sind, zeigt nicht zuletzt das aktuelle Beispiel des ungarischen Mediengesetzes, das jedenfalls aus deutscher Sicht bedenkliche Einschränkungen der Pressefreiheit mit sich bringt, die nach der deutschen Strafprozessordnung beispielsweise über Zeugnisverweigerungsrechte (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, S. 2 StPO) und Beschlagnahmeverbote (§ 97 Abs. 5 StPO) abgesichert ist.

Als drittes und letztes Beispiel sind schließlich die aktuellen Bestrebungen zum Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den EU-Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Grundsatzes der gegenseitigen Verfügbarkeit von Informationen zu nennen, wie er sich in der sog. „schwedischen Initiative“ oder dem Prümer Vertrag<sup>47</sup> bzw. Ratsbeschluss<sup>48</sup> widerspiegelt.<sup>49</sup> Die gesetzgeberischen Versäumnisse werden schon allein dadurch deutlich, dass die hierfür allein anwendbaren Datenschutzvorschriften dem Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten aus dem Jahr 1981 entstammen, also einer Zeit, in der Begriffe wie Internet, E-Mail, Data Mining oder Data Profiling noch in ferner Zukunft lagen.

Das zentrale Defizit der europäischen Strafgesetzgebung liegt somit darin, dass zwar politisch gewollte Instrumente und Formen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit, nicht aber rechtsstaatliche Grundlagen für deren praktischen Einsatz geschaffen werden. Letztere werden oftmals schlicht fingiert, ihr Fehlen also ignoriert. Dass im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts der Aspekt der Sicherheit bislang überbetont wurde, erkennt nun aber immerhin das Stockholmer Programm an, in dem eine umfassende Evaluierung der bestehenden Rechtsinstrumente angemahnt wird.

### 3. Die beiden Lügen des „europäischen Strafrechts“

Was also hindert die Entwicklung und Umsetzung einer kohärenten Kriminalpolitik auf europäischer Ebene? Im Ergebnis sind es zwei grundsätzliche Fehlvorstellungen-

---

<sup>47</sup> BGBl. I 2006, 1458; allg. dazu Böse, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2007, S. 42 ff.; Hummer, EuR 2007, 517 ff.; Papayannis, ZEuS 2008, 219 ff.

<sup>48</sup> Beschluss des Rates zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität v. 23. 6. 2008 (ABl L 210, 1 v. 6. 8. 2008); in Deutschland wurde der Ratsbeschluss Prüm durch das Gesetz zur Umsetzung des Beschlusses des Rates 2008/615/JI vom 23. Juni 2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität v. 31. 7. 2009 (BGBl. I, 2507) inrstaatlich umgesetzt. Es ist seit dem 5. August 2009 in Kraft.

<sup>49</sup> Dazu Zöller, ZIS 2011, 64 (65 ff.).

gen, die man auch als *die beiden Lügen des „europäischen Strafrechts“* bezeichnen kann.

Die *erste Lüge* besteht darin, das Strafrecht hartnäckig als einen Rechtsbereich zu betrachten, der sich von anderen Materien, z. B. dem Kartell- oder Agrarrecht, wesensmäßig nicht unterscheidet. Das mag zwar *objektiv* durchaus so sein. Aber aus der *subjektiven* nationalen Brille sieht das faktisch ganz anders aus. Die konkrete Ausprägung des nationalen Strafrechtssystems ist in vielen Mitgliedstaaten eine Art „geronnener Nationalstolz“. Hier geht es für die Menschen ums Eingemachte, also nicht um die Ausgestaltung, sondern um die *Beschränkung* ihrer Freiheit. Dazu verlässt man sich – psychologisch durchaus nachvollziehbar – lieber auf die historisch oft über Jahrhunderte geformten und vor allem kulturell und sprachlich vertrauten Strukturen der *eigenen* Rechtsordnung. Anderen Staaten, selbst europäischen Nachbarländern, begegnet man in diesem Kernbereich staatlicher Souveränität mit kaum verhohlenen Misstrauen. Die einzelnen Mitgliedstaaten wirken deshalb auch nicht nur aus purer Überzeugung von der europäischen Idee an der Verwirklichung von Rechtsinstrumenten wie dem Europäischen Haftbefehl oder der Europäischen Beweisanordnung mit. Es ist vielmehr das Bestreben nach einer effektiveren Durchführung *eigener* Strafverfahren, das hier eine prinzipiell europakritische Haltung aus Kosten-Nutzen-Erwägungen partiell in den Hintergrund treten lässt. Sitzt der Täter einer in Deutschland begangenen Straftat im Ausland in Untersuchungshaft, ist man eben auf die Rechtshilfe auch solcher Staaten angewiesen, denen man sonst mit Blick auf ihr Rechtssystem kaum über den Weg traut. Man muss sich nur das kleinliche Gerangel um Deliktskataloge, bei denen auf das Erfordernis der Prüfung gegenseitiger Strafbarkeit verzichtet werden kann oder um mögliche Ablehnungsgründe für Rechtshilfeersuchen vor Augen führen, um zu erkennen, dass ein gegenseitiges Vertrauen unter den EU-Staaten nur auf dem Papier existiert.

Die *zweite Lüge im „europäischen Strafrecht“* liegt in der Vorstellung begründet, dass der in den 1950er Jahren begonnene europäische Einigungsprozess einen dynamischen Prozess darstellt, der auch in Zukunft unverändert fortwirkt und dann weitere Rechtsmaterien wie das Strafrecht geradezu zwangsläufig erfasst. Sieht man genauer hin, so muss man *zwei* europäische Integrationsprozesse unterscheiden:<sup>50</sup> Die erste europäische Einigung stellt letztlich eine Art „Heilungsprozess“ nach den Verwüstungen des zweiten Weltkriegs dar. Dieser Heilungsprozess war nicht nur finanzieller oder wirtschaftlicher Natur, sondern betraf auch das politische und menschliche Miteinander in Europa. Ein bedeutender Aspekt war ohne Zweifel der westeuropäische Friedens- und Aussöhnungsprozess mit dem Kern der deutsch-französischen Aussöhnung. Diesen ersten europäischen Einigungsprozess wird man wohl spätestens mit dem Vertrag von Lissabon als abgeschlossen betrachten müssen. Infolgedessen hat eine zweite Phase der Integration längst begonnen, die die Organe der EU vor ganz andere Herausforderungen stellt, etwa die Sicherung des europäischen Einflusses auf die Weltpolitik angesichts aufkommender asiatischer Großmächte oder auch die Bewahrung des erreichten Wohlstandsniveaus in Zeiten internationaler Finanzkrisen.

<sup>50</sup> Instrukтив hierzu *Kühnhardt*, APuZ 18/2010, 3 ff.

Die Bedeutung dieser hoch komplexen Aufgaben wird vermutlich viel schwerer zu vermitteln sein als der wirtschaftliche Wiederaufbau und die Behauptung gegenüber der Bedrohung durch die Staaten des früheren Warschauer Paktes in der Nachkriegszeit. Dieser zweite europäische Integrationsprozess wird sich den Bürgern auch vermutlich weniger leicht durch die politischen Eliten einfach so verordnen lassen, wie auch die geringe Wahlbeteiligung an den Wahlen zum Europäischen Parlament im Juni 2009 nahelegt. Es ist vielmehr Überzeugungsarbeit und demokratische Mitwirkung gefragt. Im Bereich des Strafrechts wird man schon bald die Karten auf den Tisch legen müssen. Will man wirklich ein harmonisiertes Strafrecht in allen EU-Mitgliedstaaten, so wird man letztlich auch klare Kompetenzen zum Erlass supranationaler Strafrechtsnormen schaffen müssen. Will man das nicht, so muss die europäische Strafrechtssetzung zwangsläufig rechtsstaatlich bedenkliches Stückwerk bleiben. Damit bin ich wieder bei meiner Ausgangsfrage angelangt: Kann man zugleich überzeugter Europäer und Europaskeptiker sein? Im Bereich des Strafrechts lautet die einzig denkbare Antwort: man muss es wohl!