

Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon

Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin

I. Perspektiven des Vertrags von Lissabon

Die Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon¹ stehen und fallen auf den ersten Blick mit dem Schicksal dieses Vertrages, das jedenfalls bis zu dem erneuten Referendum in Irland im Oktober dieses Jahres ungewiss ist; die in anderen Ländern vor einer endgültigen Ratifizierung des Vertragswerks zur Reformierung der Europäischen Union noch bestehenden Klippen² – wie in Deutschland die vom BVerfG in seinem Urteil vom 30.6.2009 („Lissabon-Urteil“)³ monierte Begleitgesetzgebung (Rn. 406 ff.)⁴ – dürften schließlich glücklich umschiffen werden. Wenn man sich vor dem Showdown in Dublin Gedanken über die Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon macht, gilt es gleichwohl immer noch, zwei denkbare Szenarien im Blick zu behalten:

- Der Vertrag von Lissabon kommt oder
- er kommt nicht mehr, jedenfalls nicht in dieser Form oder in absehbarer Zeit.⁵

Aber auch wenn mit dem zweiten Szenario letztlich der folgenden Darstellung und Diskussion des zukünftigen europäischen Strafrechts zunächst (wieder) ein fester Boden in Form einer bevorstehenden Rechtssetzung entzogen wäre, erschiene sie selbst dann nicht sinnlos. *Tiedemann* schrieb Anfang 2007 in Bezug auf den damals sehr fraglich gewordenen Vertrag über eine Europäische Verfassung (EVV):⁶

„Selbst wenn die Ratifizierung durch die nationalen Parlamente (und/oder Volksabstimmungen) aber scheitern sollte, behält das am 29. Oktober 2004 von den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten beschlossene Dokument als heuristisches Instrument für die Auslegung des geltenden und die Gestaltung des künftigen supranationalen Rechts seine Bedeutung.“

¹ Zu dessen Entstehungsgeschichte *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 16 ff. – Allg. zum Vertrag von Lissabon *Calliess*, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2009; *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, 2008; *Haltje/Kindt*, NJW 2008, 1761; *Schwarze*, EuR 2009, Beiheft 1, 9; *Weber*, EuZW 2008, 7; *Pernice*, EuZW 2008, 65; *Richter*, EuZW 2007, 631.

² Vgl. nur *Zöller*, ZIS 2009, 340 (344).

³ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 = NJW 2009, 2267. – Dazu *Oppermann*, EuZW 2009, 473; *Schübel-Pfister/Kaiser*, JuS 2009, 767; *Calliess*, NJW-aktuell 30/2009, S. XIV; *Terhechte*, Wirtschaftsdienst 7/2009, 428.

⁴ Dazu aktuelle Reformentwürfe in BT-Drs. 16/13923, 16/13924, 16/13925, 16/13926 und 16/13928.

⁵ Explizit auf die Rechtslage bei einem Scheitern des Vertrags von Lissabon geht ein *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (60 ff.)

⁶ *Tiedemann*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 987.

In einer Hinsicht sollte er nur wenige Monate später recht behalten: Auch wenn auf dem Europäischen Rat vom 22/23.6.2007 die EVV letztlich beerdigt wurde, entstand doch aus deren Trümmern sogleich „wie Phönix aus der Asche“ der Entwurf des zunächst sog. Reformvertrags, der Grundlage für den Vertrag von Lissabon sein sollte. Da für die Europäische Union jedenfalls strukturell Reformbedarf bestehen bleibt, insbesondere wenn man in Zukunft – wie geplant – weitere Staaten aufnehmen will (vor der Tür stehen Island und Kroatien, im Wartestand verharren weiterhin die Türkei), wird es irgendwann – sollte der Vertrag von Lissabon letztlich ebenso wie der Verfassungsvertrag doch noch zum Scheitern verurteilt sein – einen erneuten Anlauf zu einem Reformvertrag geben müssen. Auch dieser wird sich u.a. mit dem europäischen Strafrecht beschäftigen, schon weil nach ersten Appellen zur Schaffung eines europäischen Strafrechts als Konsequenz der europäischen Einigung zu Beginn der 1990er Jahre⁷ auch dieses letzte der traditionellen Rechtsgebiete zunehmend dem Prozess der Europäisierung⁸ unterworfen worden ist und sich daraufhin insbesondere in den letzten zehn Jahren seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam teilweise aufgrund ausdrücklicher Regelungen des EU-Vertrags (insbes. dessen 6. Titels über die Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen), zum Teil aber auch in der Rechtsprechung des EuGH und deren praktischer Umsetzung ein europäisches Strafrecht in Teilbereichen längst etabliert hat.⁹ So gesehen ist und behält der Vertrag von Lissabon – dann ebenso wie der Verfassungsvertrag – mindestens „als heuristisches Instrument für die Auslegung des geltenden und die Gestaltung des künftigen supranationalen Rechts seine Bedeutung.“ Und schon deshalb lohnt sich bereits heute – losgelöst von dem ungewissen Schicksal dieses Reformvertrages – ein Blick in seine strafrechtlichen Grundlagen. Das gilt umso mehr, als die bisherigen Ausführungen zum materiellen Strafrecht „nach Lissabon“¹⁰ eher vereinzelt geblieben sind. Im Folgenden sollen

⁷ Vgl. *Sieber* (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, 1993.

⁸ Dazu grundsätzlich *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001; bereichsspezifisch für das Wirtschaftsstrafrecht *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, für das Umweltstrafrecht *Knaut*, Die Europäisierung des Umweltstrafrechts, 2005 und *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009.

⁹ Vgl. dazu nur die monographischen Darstellungen von *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007; *Fletcher/Löff/Gilmore*, EU Criminal Law and Justice, 2008; *Pradel/Corstens/Vermeulen*, Droit penal européen, 3. Aufl. 2009.

¹⁰ Vgl. *Hecker*, Iuratio 2009, 81; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8; *Heger* (Fn. 8), S. 158 ff.; *Pradel/Corstens/Vermeulen* (Fn. 9), Rn. 724 ff.; *Zöller*, ZIS 2009, 340 (343 f.).

deshalb die mit dem Vertrag von Lissabon vorgesehenen Änderungen des Primärrechts der Europäischen Union einer Durchsicht mit Blick auf ihre Relevanz für ein zukünftiges europäisches Strafrecht unterzogen werden.

II. Struktur des Primärrechts der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon

Auf den ersten Blick bleibt das Primärrecht der Europäischen Union auch nach dem für den 1.1.2010 geplanten Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon strukturell unverändert. Weiterhin verteilt sich die für die Europäische Union konstitutive Grundlage des europäischen Primärrechts auf zwei unterschiedliche Verträge. Ziele der gescheiterte Verfassungsvertrag auf ein einheitliches Dokument, das nicht nur den bisherigen EG- und EU-Vertrag ablösen, sondern zugleich – als Teil II – auch der Grundrechte-Charta Verfassungsrang und damit Rechtsverbindlichkeit verleihen sollte, hält der Vertrag von Lissabon am Nebeneinander zweier grundlegender Verträge fest; die Grundrechte-Charta bleibt optisch „draußen vor der Tür“. Dieser erste Anschein soll jeden Anklang an das in einigen EU-Mitgliedstaaten prinzipiell äußerst umstrittene Verfassungsprojekt (man mag sich im Lichte des Urteils des BVerfG vom 30.6.2009 kaum ausmalen, wie Karlsruhe mit dem „echten“ Verfassungsvertrag umgesprungen wäre) vermeiden, er trägt allerdings insofern, als es das klare Ansinnen der deutschen Ratspräsidentschaft, die nach dem endgültigen Scheitern des Verfassungsvertrags auf dem Brüsseler Gipfel am 22./23.6.2007 einen Kompromiss erreichte und damit der portugiesischen Ratspräsidentschaft den Weg nach Lissabon ebnete, war, alles das zu retten, was vom Verfassungsvertrag noch zu retten war. So gesehen bildet der Vertrag von Lissabon nunmehr den Schnittpunkt zweier Traditionslinien, der älteren „Städte“-Achse von den Römischen Verträgen (1957) über Maastricht (1992), Amsterdam (1997) und Nizza (2000) bis Lissabon (2007), andererseits der Diskussion um eine Europäische Verfassung von der Grundrechte-Charta (2000) über den Konventsentwurf (2003), den Verfassungsvertrag (2004) ebenfalls bis zum Lissabonner Reformvertrag (2007). Beide Traditionslinien lassen sich auch für das Strafrecht nachvollziehen; so schreibt der Vertrag von Lissabon einerseits den insbesondere seit Amsterdam bereits erreichten strafrechtlichen *acquis fort*, übernimmt andererseits aber strukturell und sprachlich die maßgeblichen Artikel des Verfassungsvertrags (Art. III-271 EVV), nicht ohne diese wiederum in ihrer Wirkung auf die nationale Souveränität der EU-Mitgliedstaaten namentlich durch den Ausbau einer „Notbremse“ zu entschärfen; darauf wird zurückzukommen sein.

Dass der in den ersten Monaten gebräuchliche Terminus „Reformvertrag“ ab Dezember 2007 der Titulierung „Vertrag von Lissabon“ weichen musste, dürfte nicht nur damit zusammen hängen, dass das Vertragswerk nach nur noch geringfügigen Änderungen – gegenüber den Schlussfolgerungen der deutschen Ratspräsidentschaft vom Juni 2007 – inzwischen in der portugiesischen Hauptstadt unterzeichnet worden war, sondern symbolisiert augenfällig die ältere Traditionslinie notwendiger Modifikationen des durch Zeitablauf und äußere Umstände (wie Vergrößerung der Union etc.) partiell unpraktisch gewordenen Vertragswerks der Europäi-

schen Union am Ort der gerade amtierenden Ratspräsidentschaft, sozusagen die ad hoc erforderliche Anpassung an die neuen Gegebenheiten, während „Reformvertrag“ sprachlich eher als eine grundlegende Reform der Union an Haupt und Gliedern, sozusagen als deren „Verfassung light“, hätte verstanden werden können, was angesichts der in allen EU-Mitgliedstaaten anstehenden Ratifizierungen und einiger nationaler Vorbehalte gegen das Projekt einer europäischen Verfassung wohl nicht opportun erschien.

So bleibt auch nach Lissabon der bisherige „Vertrag über die Europäische Union“ verbal eben dieser, wenngleich in neuer Fassung und mit erheblichen inhaltlichen Modifikationen (und einer Rückkehr zu der bereits unter Geltung des Vertrags von Maastricht empfohlenen Abkürzung „EUV“ – im Folgenden meint daher „EUV“ den EU-Vertrag nach der Änderung durch den Vertrag von Lissabon, „EU“ dagegen den derzeit geltenden EU-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Nizza); der Nukleus der Europäischen Union – der EG-Vertrag – wird umbenannt in den „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) und damit – trotz gleichrangiger Geltung – sprachlich hinter den EU-Vertrag zurückgestellt; zugleich wird die bisher im VI. Titel des EU-Vertrags geregelte Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) in diesen Vertrag überführt und damit – in freilich durch den Vertrag von Lissabon überholter Terminologie gesprochen – „vergemeinschaftet“. Streng genommen kann trotz der Aufnahme des Strafrechts in ein Vertragswerk zusammen mit der Wirtschaftspolitik nämlich schon deswegen nicht (mehr) von dessen „Vergemeinschaftung“ gesprochen werden, weil die bisherige Europäische Gemeinschaft als supranationale Organisation in der mit dem Vertrag von Lissabon gegründeten Europäischen Union aufgeht; damit wird die Europäische Union – bislang terminologisch das alle drei Säulen überwölbende politische und institutionelle Dach des Brüsseler Tempels – ihrerseits zu der supranationalen Organisation und ersetzt die Europäische Gemeinschaft.¹¹ Art. 47 EUV bestimmt daher knapp: „Die Union besitzt Rechtspersönlichkeit“.

III. Der „neue“ EU-Vertrag (EUV)

Auch wenn die dritte Säule des bisherigen EU-Vertrags in den AEUV abwandert, ist der EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon doch angesichts der Verschmelzung von Europäischer Union und Europäischer Gemeinschaft als der diese „neue“ Europäische Union konstituierende Vertrag gedanklicher Ausgangspunkt aller Betätigung dieser neuen Organisationsform. Der AEUV bringt dann nur die Konkretisierungen für die einzelnen darin geregelten Politikfelder, mithin eben auch für das europäische Strafrecht.

¹¹ Vgl. nur *Weber*, EuZW 2008, 7.

1. Grundziel: Ein Binnenrechtsraum

Wie bisher heißt es daher in der Präambel des EU-Vertrags u.a.: „Entschlossen, die Freizügigkeit unter gleichzeitiger Gewährleistung der Sicherheit ihrer Bürger durch den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Maßgabe dieses Vertrags und des Vertrags über die Arbeitsweise der Union zu fördern, [...]“ In Art. 3 Abs. 2 EUV wird dann – wie bislang in Art. 2, 4. Spiegelstrich EU – als ein Ziel der Europäischen Union benannt: „Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.“

Grundlegendes Ziel auch der Strafrechtspolitik der Europäischen Union ist damit weiterhin die Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts¹² ohne Binnengrenzen; dieser steht nunmehr sogar fast an der Spitze¹³ und damit insbesondere optisch vor dem erst in Abs. 3 betonten und seit den 1980er Jahren für die EG-Wirtschaftspolitik leitenden europäischen Binnenmarkt. Der Grundgedanke ist aber der gleiche: wie sich im Binnenmarkt jedes Wirtschaftssubjekt aus jedem Mitgliedstaat grundsätzlich frei und unbegrenzt bewegen können soll, gilt dies auch für alle „Normalunionsbürger“, die ebenfalls EU-weit Freizügigkeit genießen.

2. Grundrechtsbindungen

Inhaltlich wirklich Neues bietet in zweierlei Hinsicht – und auch mit Relevanz für das Strafrecht innerhalb der Europäischen Union – Art. 6 EUV; dessen Abs. 1 lautet: „Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“

Damit erlangt die Grundrechte-Charta (GRCh) endlich Rechtswirkung; auch wenn sie nicht – wie noch im Verfassungsvertrag – als ein (zweiter) Teil des europäischen Reformvertragswerks erscheint, ist sie doch den aktualisierten Verträgen angepasst und in der Rechtswirkung explizit gleich geordnet. Jede Rechtssetzung auf der Ebene der Europäischen Union muss daher zukünftig alle Gewährleistungen der Grundrechte-Charta beachten; dass in einem Protokoll der Grundrechte-Charta für das Vereinigte Königreich und Polen Bindungswirkung abgesprochen wird, ändert daran nichts.

Da in Bezug auf das europäische Straf- und Strafverfahrensrecht insbesondere die Justizellen Rechte der Art. 47 ff. GRCh¹⁴ von Belang sind, die weitgehend bereits zuvor in der

EMRK als Menschenrechte verbürgt sind und als solche gemäß Art. 6 Abs. 2 EU i.d.F. des Vertrags von Nizza auch die bisherige Europäische Union bereits zur Beachtung verpflichtet haben, ändert sich durch diese Verbindlichmachung der Grundrechte-Charta inhaltlich nur wenig. Etwas anderes gilt nur für Art. 50 GRCh, der die bereits jetzt durch Art. 54 SDÜ angeordnete und mit dem Vertrag von Amsterdam zu EU-Recht erhobene EU-weite Geltung des *ne bis in idem*¹⁵ bereits von der Rechtskraft der Verurteilung oder des Freispruchs in einem EU-Mitgliedstaat abhängig macht und nicht mehr – wie noch Art. 54 SDÜ – im Falle einer Verurteilung das Vorliegen eines Vollstreckungselements erfordert. Diese Neuerung ist nicht nur deswegen von Belang, weil sich bereits einige Urteile des EuGH mit der Konkretisierung der drei in Art. 54 SDÜ genannten Vollstreckungselemente befasst haben, so dass ein zukünftiger Verzicht auf deren Vorliegen die Rechtspraxis erleichtern dürfte; sie bringt vielmehr auch zum Ausdruck, dass es innerhalb der Europäischen Union in Zukunft doch weitgehend wie innerhalb eines „normalen“ Staates zugehen soll, in dem das Doppelbestrafungsverbot auch nicht von der Verbüßung der verhängten Sanktion abhängig sein soll, sondern die rechtskräftig verhängte Sanktion bei späterer Ergreifung des Verurteilten eben noch vollstreckt werden muss. Innerhalb der Europäischen Union ist zu diesem Zweck bereits 2002 das Institut eines Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung geschaffen worden.

Art. 6 Abs. 2 EUV sieht nunmehr einen Beitritt der Europäischen Union zur EMRK vor und verstärkt so die bereits erwähnte Beachtungspflicht des geltenden Art. 6 Abs. 2 EU, der nunmehr in Abs. 3 verschoben wird. Nachdem der EuGH einen Beitritt der EG zur EMRK mangels diesbezüglicher Kompetenz für nicht zulässig angesehen hatte, bestand bislang nur die Selbstbindung an die Konventionsgarantien aufgrund Art. 6 Abs. 2 EU. Ein ohne Beachtung der Garantien der EMRK ergangener (Straf-)Rechtsakt der EU wäre daher im Lichte des bestehenden EU-Vertrags europarechtswidrig, doch bestünde Rechtsschutz dagegen nur über den EuGH; mit dem Beitritt zur EMRK ist die EU – einschließlich ihres Gerichtshofes – unmittelbar an die Konventionsgarantien gebunden und der Judikatur des Straßburger EGMR unterworfen. Soweit aber – wie fast stets – EU-Mitgliedstaaten Vorgaben aus Brüssel umgesetzt haben, unterliegen

schen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2008, und *Alber*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar, Europäische Grundrechte-Charta*, 2006. – Zu den Justizgrundrechten in der EU allg. *Grabenwarter*, in: *Ehlers* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl. 2008, § 6, *Paeffgen*, *ZStW* 118 (2006), 275, und *Abetz*, *Justizgrundrechte in der Europäischen Union*, 2005.

¹⁵ Dazu grundsätzlich *Mansdörfer*, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, 2004; *Kniebühler*, *Transnationales „ne bis in idem“*, 2005; *Stein*, *Zum europäischen ne bis in idem nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens*, 2004; *Hecker* (Fn. 9), § 13; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 38 ff.; *Radtke/Busch*, *NSStZ* 2003, 281.

¹² Dazu unter Geltung des Vertrags von Amsterdam *Kraus-Vonjahr*, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, 2002.

¹³ *Hecker*, *Iurratio* 2009, 81 (82).

¹⁴ Vgl. dazu nur die Kommentierungen der Art. 47 ff. von *Eser*, in: *Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäi-*

sie als Mitgliedstaaten auch des Europarats der EMRK, so dass tatsächlich auch EU-Rechtsakte vom EGMR bereits jetzt mittelbar auf ihre Vereinbarung mit den Konventionsgarantien überprüft werden konnten (und wurden). Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK ändert mithin inhaltlich wenig, ist aber symbolisch ein wichtiger Schritt, sind doch nahezu alle Hoheitsträger in Europa unmittelbar an die EMRK gebunden, die in vielen Einzelfragen regionales Völkerrecht erbracht hat.

Auf dem Gebiet des europäischen Strafrechts würde er dann auch praktisch an Relevanz gewinnen, wenn die Europäische Union selbständig und von einer Mitwirkung der Mitgliedstaaten unabhängig Strafrecht setzen und durchsetzen könnte. Auch nach dem Vertrag von Lissabon wird es dazu aber nicht kommen, schon weil – selbst wenn dereinst die Europäische Staatsanwaltschaft Wirklichkeit werden sollte (vg. Art. 86 AEUV) – immer noch das Strafverfahren vor einem nationalen Strafgericht stattfinden müsste.

3. Grenzen jeder Europäisierung des Strafrechts

Indem Art. 5 EUV das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeine Grundlage jeder (auch Straf-)Rechtssetzung innerhalb der Europäischen Union normiert und weiterhin mit dem Subsidiaritätsprinzip flankiert, ist die Union auch weiterhin gehindert, den Mitgliedstaaten nicht erforderliche (Straf-)Rechtssetzungsakte abzuverlangen oder die von diesen genauso gut erfüllbaren Aufgaben an sich zu ziehen.¹⁶ Daraus wie aus dem in Art. 4 Abs. 2 EUV enthaltenen Gebot zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten lässt sich weiterhin ein strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz ablesen.¹⁷

4. Formale Vorgaben

In Art. 12 EUV werden die nationalen Parlamente der EU-Mitgliedstaaten in die Entstehung von Rechtsakten der Europäischen Union eingebunden und zugleich in die Pflicht genommen. Hier heißt es: „Die nationalen Parlamente tragen aktiv zur Arbeitsweise der Union bei, indem sie [...] c) sich im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts an den Mechanismen zur Bewertung und Durchführung der Unionspolitiken in diesem Bereich nach Artikel 70 AEUV beteiligen und in die politische Kontrolle von Europol und die Bewertung der Tätigkeit von Eurojust nach den Art. 88 und 85 des genannten Vertrags einbezogen werden [...]“

Schließlich sieht Art. 16 Abs. 3 EUV als Grundsatz für die politische Willensbildung innerhalb der Europäischen Union vor: „Soweit in den Verträgen nichts anderes festgelegt ist, beschließt der Rat mit qualifizierter Mehrheit.“ Dies gilt für das Strafrecht angesichts des dort teilweise möglichen suspensiven Vetorechts auch nur eines EU-Mitgliedstaates aus Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV nur eingeschränkt und dürfte in Bezug auf Deutschland durch das Lissabon-Urteil des BVerfG noch weiter an Gewicht verloren haben, klingt darin doch an, dass die Bundesregierung im Zweifel zum

Mittel eines solches Vetos greifen muss, um jedwede Einschränkung der Mitwirkungsbefugnisse von Bundestag und Bundesrat bei Strafrechtsakten der Europäischen Union im Keime zu ersticken.

IV. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

1. Geteilte Zuständigkeit

Nach Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV besteht für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – und damit auch für das Strafrecht – in Zukunft eine zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit. Damit bleiben die EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich zur eigenständigen Strafrechtssetzung und -durchsetzung berufen;¹⁸ soweit die Europäische Union allerdings nach Europarecht zulässig von der ihr übertragenen Strafrechtsanweisungs- und unter Umständen auch Strafrechtssetzungs- und -durchsetzungsbefugnis unter Beachtung des Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzips Gebrauch macht, sind die Mitgliedstaaten daran gebunden. Im Regelfall wird das – wie schon bisher aufgrund von EU-Rahmenbeschlüssen¹⁹ und seit neuestem auch EG-Richtlinien²⁰ – nichts anderes heißen, als dass die Mitgliedstaaten die europäischen Vorgaben, die in Zukunft gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV nur noch in Richtlinienform ergehen, im nationalen Recht umsetzen müssen; terminologisch korrekt kann dann von „EU-Richtlinien“ die Rede sein.²¹

2. Konkretisierungen des Binnenrechtsraums

Nach Art. 67 Abs. 1 AEUV bildet die Europäische Union – in Konkretisierung zu den o.g. Zielvorgaben des EU-Vertrags – „einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden.“

Zur Grundrechtsbindung ist Art. 6 EUV ergänzend zu lesen. Gemeint ist in Art. 67 Abs. 1 AEUV die Beachtung der gemeineuropäischen Grundrechte,²² d.h.

- der Grundrechte der Grundrechte-Charta,
- der Grundfreiheiten,
- der Grundrechte, die sich aus gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ableiten lassen, sowie
- der Konventionsgarantien der EMRK.

¹⁸ Vgl. nur *Schwarze*, EuR 2009, Beiheft 1, 9 (25).

¹⁹ Vgl. nur die Aufzählung einiger strafrechtsrelevanter Rahmenbeschlüsse bei *Hecker* (Fn. 9), § 11 Rn. 11 ff. – Zur Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen *Weißer*, ZIS 2006, 562.

²⁰ Als erste die „Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt“ (ABl. EU 2008, Nr. L 328 S. 28 ff.). – Allg. zum Einfluss von EG-Richtlinien auf das Strafrecht *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, und *Eisele*, JZ 2001, 1157.

²¹ Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden von EU-Rahmenbeschlüssen und EG-Richtlinien *Heger* (Fn. 8), S. 123 ff.

²² Dazu *Ehlers* (Fn. 14); *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005.

¹⁶ Vgl. *Hecker*, Iurratio 2009, 81 (84).

¹⁷ *Hecker*, Iurratio 2009, 81 (85).

Da die nationalen Grundrechte der EU-Mitgliedstaaten Teil von deren nationaler Rechtsordnung sind, meint die Beachtungspflicht gegenüber den „Grundrechten“ hier nicht die nationalen Grundrechte, soweit diese die nicht i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV zur gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten zählen. Weil aber nach Art. 67 Abs. 1 AEUV auch die „verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten“ bei der Strafrechtsanweisung bzw. – soweit europarechtlich zulässig – auch -setzung zu beachten sind, erfasst diese Achtungspflicht als Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auch die nationalen Grundrechte.

Der Hinweis auf die bei einer Europäisierung des Straf- und Strafverfahrenrechts zu achtenden „*verschiedenen*“ Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten“ intendiert allerdings, dass gerade auch die Vielfalt strafrechtlicher und strafprozessualer Kriminaljustizsystem in den derzeit 27 EU-Staaten als solche gewahrt bleiben, gewissermaßen unter „Artenschutz“ gestellt werden soll, und dürfte daher – wie Art. 4 Abs. 2 EUV – in Richtung auf den von *Satzger* entwickelten²³ und vom BVerfG in seinem Urteil zum Europäischen Haftbefehl vom 18.5.2005 aufgegriffenen²⁴ strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatz zu verstehen sein, wonach in die nationalen Strafrechtssysteme aufgrund ihrer engen Verzahnung mit der nationalen Kultur nur besonders schonend eingegriffen werden soll.

Die Grundrechte und nationalen Rechtsordnungen sind bei den Maßnahmen der Europäischen Union zur Verwirklichung des Binnenraums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nur, aber immerhin „zu achten“. Das bedeutet, dass die europäischen und ggf. auch die nationalen Grundrechte als Grenzen zulässiger Maßnahmen der Europäischen Union aufzufassen sind und nicht primär – was bei einem Rekurs vorrangig auf die Freiheit eigentlich nahe liegen würde – als konstitutive Grundlage des Binnenraums, die mittels EU-Maßnahmen effektiv durchgesetzt werden muss.

In Art. 67 Abs. 3 AEUV ist dann vorgesehen: „Die Union wirkt darauf hin, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität sowie von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege und den anderen zuständigen Behörden sowie durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten.“

Hier wie auch in Art. 82 AEUV klingt ein Vorrang des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung strafrechtlicher

Entscheidungen gegenüber einer (Mindest-)Harmonisierung des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrenrechts an. Die Harmonisierung steht dabei nicht nur optisch an zweiter Stelle, sondern sie wird – ganz im Einklang mit dem Umweltstrafrechts-Urteil des EuGH vom 13.9.2005²⁵ – bereits hier explizit dem Grundsatz der Erforderlichkeit unterworfen. Dieser Grundsatz gilt freilich auch für Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung, weil für die Europäische Union insgesamt das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 4 EUV) Geltung beansprucht und dieses nicht erforderlichen Maßnahmen grundsätzlich entgegensteht.

Nach Art. 68 AEUV legt der Europäische Rat „die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fest.“ Bemerkenswert ist hier die Kompetenz des Rates, denn in anderen Politikfeldern werden die Leitlinien von der Kommission vorgeschlagen. Allgemein besteht für die Bereiche Inneres und Justiz und damit auch für das Strafrecht ein paralleles Initiativrecht von Kommission und ein Viertel der Mitgliedstaaten; im Unterschied zur Wirtschaftspolitik (der bisherigen 1. Säule) hat die Kommission damit weiterhin kein Initiativmonopol. Ergänzt wird dies noch um eine Aufgabenzuweisung an die nationalen Parlamente in Art. 69 AEUV, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu überwachen.

3. Gegenseitige Anerkennung in Strafsachen

Seit dem Europäischen Rat von Tampere 1999 gilt der im Wirtschaftsrecht bereits zwei Jahrzehnte zuvor als „Herkunftslandprinzip“ etablierte²⁶ Grundsatz gegenseitiger Anerkennung auch als Eckstein eines europäischen Straf- und Strafverfahrenrechts.²⁷ Während dieser Grundsatz aber in den bisherigen Art. 29 ff. EU noch gar nicht enthalten ist, bringt Art. 82 AEUV (wie schon Art. III-271 Abs. 1 EVV) sogar einen Vorrang gegenüber der Europäisierung zum Ausdruck:²⁸ „Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasst die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Absatz 2 und Art. 83 genannten Bereichen.“

Gegen diesen Vorrang der gegenseitigen Anerkennung gegenüber einer (Mindest-)Harmonisierung des Strafrechts hat auch das BVerfG nichts einzuwenden, hat es doch bereits in seinem Urteil zum Europäischen Haftbefehl vom 18.7.2005 ausgeführt (2. Leitsatz):²⁹ „Die in der „Dritten Säule“ der EU

²³ *Satzger* (Fn. 8), S. 166 ff.

²⁴ BVerfGE 113, 273; dazu *Vogel*, JZ 2005, 801; *Lagodny*, StV 2005, 515; *Gas*, EuR 2006, 285; *Schünemann*, StV 2005, 681; *Hufeld*, JuS 2005, 865; *Ranft*, wistra 2005, 361; *Wasmeyer*, ZEuS 2006, 23; *Tomuschat*, EuGRZ 2005, 453; *Buermeyer*, HRRS 2005, 273; *Klink/Proelß*, DöV 2006, 469; *Bosbach*, NSTz 2006, 104; *Jekewitz*, GA 2005, 625; *Tams*, JA 2006, 177; *Knopp*, JR 2005, 448; *Stachel*, Verwaltungsrundschau 2005, 394; *Böhm*, NJW 2005, 2588; *Kretschmer*, Jura 2005, 780.

²⁵ EuGH, Slg. 2005, I-7879; dazu *Wegener/Greenawalt*, ZUR 2005, 585; *Braum*, wistra 2006, 121; *Heger* (Fn. 8), S. 133 ff. und JZ 2006, 310; *Böse*, GA 2006, 211; *Weiß*, ZEuS 2006, 381; *Streinz*, JuS 2006, 164; *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Pohl*, ZIS 2006, 213.

²⁶ EuGH, Slg. 1979, 649 „Cassis de Dijon“.

²⁷ Vgl. nur *Gleiß*, ZStW 116 (2004), S. 353 ff.; *Böse*, in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht*, 2003, S. 113 ff.

²⁸ Vgl. *Andreou*, *Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union*, 2009, S. 116 f.

²⁹ BVerfGE 113, 273.

praktizierte Zusammenarbeit einer begrenzten gegenseitigen Anerkennung ist ein auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten (Art. 23 I GG) schonender Weg, um die nationale Identität und Staatlichkeit in einem einheitlichen europäischen Rechtsraum zu wahren.“

Die gegenseitige Anerkennung erfasst nach Art. 82 Abs. 1 AEUV alle Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen, soll Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten verhindern, die Weiterbildung von Richtern etc. fördern sowie die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Justizbehörden etc. bei der Strafverfolgung und beim Strafvollzug erleichtern. Für das materielle Strafrecht von Bedeutung sein kann hierbei vor allem eine Vermeidung von Kompetenzkonflikten,³⁰ in Deutschland hätte dies Einfluss auf das Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB).

Bemerkenswert ist, dass sich die in Art. 82 Abs. 3 AEUV statuierte „Notbremse“ nur auf Harmonisierungsmaßnahmen nach Abs. 2 bezieht, so dass gegenüber mehrheitlich im Rat verabschiedeten Vorgaben zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen aufgrund von Art. 82 Abs. 1 AEUV ein überstimmter Mitgliedstaat keine institutionalisierte Blockademöglichkeit hat.³¹ Dies bedeutet eine nicht unproblematische Veränderung gegenüber dem status quo, denn die bisherigen Rechtsakte zur gegenseitigen Anerkennung aufgrund von Art. 29, 31 EU – etwa die Rahmenbeschlüsse zum Europäischen Haftbefehl und zur Europäischen Beweisverordnung – erforderten Einstimmigkeit; und gerade die teilweise grundlegenden Auswirkungen eines Europäischen Haftbefehls – z.B. Auslieferung selbst eigener Staatsangehöriger bei fehlender Strafbarkeit im Inland sowie Vollstreckung eines daraufhin in einem anderen EU-Staat ergangenen Urteils im Inland – machen deutlich, dass auch die gegenseitige Anerkennung in Strafsachen einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der Bürger darstellen kann.

3. (Mindest-)Harmonisierung

a) Des Verfahrensrechts (Art. 82 Abs. 2 AEUV)

Gegenüber der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen tritt die Mindestharmonisierung der nationalen (Straf-) Rechtsordnungen in den Hintergrund. Gleichwohl befugt Art. 82 Abs. 2 AEUV die Europäische Union erstmals zum Erlass von Mindestvorschriften auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts, konkret zur Zulässigkeit von Beweismitteln, zu den Rechten des Einzelnen im Strafverfahren und der Opfer von Straftaten sowie sonstigen spezifischen Aspekten des Strafverfahrens, die allerdings – und das mäßigt die vollständige Unbestimmtheit dieser „Einzelermächtigung“ auf ein noch erträgliches Maß – zuvor vom Rat durch einstimmigen Beschluss zugewiesen worden sein müssen; im Lichte des Lissabon-Urteils des BVerfG dürfte sich die Bundesregierung solcher Erweiterung der Befugnisse regelmäßig zu widersetzen haben, jedenfalls soweit nicht Bundestag und Bundesrat dem zugestimmt haben. In Art. 82 Abs. 3 und 4 AEUV ist

³⁰ Kriterien hierfür etwa bei *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny*, NSStZ 2002, 624.

³¹ *Pradel/Corstens/Vermeulen* (Fn. 9), Rn. 731.

dann eine erste „Notbremse“ samt Ermächtigung zur verstärkten Zusammenarbeit einzelner EU-Mitgliedstaaten enthalten, so dass letztlich jeder Mitgliedstaat mit seinem Veto die Strafprozessrechtsharmonisierung stoppen kann. Die Voraussetzungen sind dafür wortgleich zu Art. 83 AEUV ausgestaltet, weshalb darauf sogleich zurückzukommen sein wird.

b) Des materiellen Strafrechts (Art. 83 AEUV)

Art. 83 AEUV regelt die Mindestharmonisierung des materiellen Strafrechts. Wie bereits in Art. III-172 des Konventionsentwurfs (2003) und Art. III-271 des Verfassungsvertrags (2004) sieht Art. 83 AEUV in seinen beiden ersten Absätzen zwei Strafrechtsanweisungskompetenzen vor. Während Abs. 1 – ähnlich wie bereits heute Art. 31 Abs. 1 lit. e EU – eine originäre Strafrechtsanweisungskompetenz normiert, expliziert Abs. 2 die seit dem Umweltstrafrechts-Urteil des EuGH vom 13.9.2005 kraft implied powers europarechtlich anerkannte Annexkompetenz zur Strafbewehrung zu den bisher in der ersten Säule der EG-Politiken (insbesondere Wirtschafts- und Umweltpolitik).

aa) Originäre Strafrechtsanweisungskompetenz (Art. 83 Abs. 1 AEUV)

Art. 83 Abs. 1 AEUV lautet: „Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.“

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

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

Gegenüber Art. 31 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 29 Abs. 2 EU stellt diese Strafrechtsanweisungskompetenz eine deutliche Verbesserung dar.³² Auf den ersten Blick ist der Bereich möglicher strafrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen³³ allerdings weiter gezogen, beschränkt sich eine solche doch nach dem eigentlich eindeutigen Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 lit. e

³² Zu Defiziten in den Formulierungen der bisherigen Kompetenznormen *Albrecht/Braun*, KritV 2001, 312 (347); *Vormbaum*, Schutz der Rechtsgüter von EU-Staaten durch das deutsche Strafrecht, 2005, S. 71 f.; *Schünemann*, GA 2004, 193 (195).

³³ Allg. zur Harmonisierung als Mittel der Europäisierung des Strafrechts *Weyembergh*, L'harmonisation des législations, 2004, und in: MJ 12 (2005), 149.

EU derzeit auf die drei Gebiete der organisierten Kriminalität, des Drogenhandels und des Terrorismus, doch steht diese Begrenzung längst nur noch auf dem Papier und wird allgemein als Redaktionsversehen behandelt; auch eine Harmonisierung anderer Strafrechtsfelder gilt daher als nicht ausgeschlossen, wenngleich die Begründung für dieses Ergebnis nicht leicht fallen mag.³⁴ Die in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV vorgesehene Beschränkung auf mehr Strafrechtsgebiete als bisher ist daher nicht nur „ehrlicher“, sondern gegenüber der praktizierten Rechtslage auch enger und konkreter, denn andere als die in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV genannten Strafrechtsgebiete können, sofern nicht eine Harmonisierung aufgrund von Art. 83 Abs. 2 AEUV vorgesehen ist, nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV nur auf Basis eines einstimmigen Beschlusses des Rates einer Harmonisierung unterworfen werden. Einem solchen dürfte die Bundesregierung nach dem Lissabon-Urteil nicht ohne vorherige Billigung durch die nationalen Parlamente zustimmen.

In deutschen Ohren klingt zwar wohl die in Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV – wie bereits im Verfassungsvertrag – gebrauchte Formulierung „Straftaten“ etwas weiter als „Tatbestandsmerkmale“, worauf sich nach Art. 31 Abs. 1 lit. e EU (neben den unverändert genannten „Strafen“) derzeit die Mindestharmonisierung beschränkt, weil erstere letztlich auch die allgemeinen Regeln erfassen können, während sich letztere nur auf die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen eines Straftatbestandes und damit auf den BT beschränken. Allerdings sind die in Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV erwähnten „Straftaten“ ihrerseits jeweils bezogen auf einen Katalog (Terrorismus, Menschenhandel etc.) bzw. die Harmonisierungsfelder der bisherigen EG-Politiken (Wirtschaft, Verkehr, Umwelt etc.), so dass sich eine darauf gestützte Harmonisierung der allgemeinen Regeln der Straftatlehre weiterhin verbietet; unterstrichen wird dies auch weiterhin durch den strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatz.³⁵

Andererseits war und ist zu Recht anerkannt, dass im Rahmen von Vorgaben für Tatbestandsmerkmale i.S.v. Art. 31 Abs. 1 lit. e EU auch mit dem spezifischen Tatbestand verbundene allgemeine Regeln etwa zur subjektiven Tatseite – Vorsatz und zumeist auch (grobe) Fahrlässigkeit – sowie zu einer tatbestandlichen Vorverlagerung – auch Versuch – und zu einer Ausweitung des Täterkreises – auch Anstiftung und Beihilfe – vorgegeben werden können,³⁶ schon weil deren Zuschlagung zum deutschen AT allein eine Entscheidung des deutschen Gesetzgebers darstellt, die im Einzelfall auch anders ausgefallen ist.³⁷ So finden sich aufgrund von § 15 StGB Fahrlässigkeitsstrafdrohungen grundsätzlich in den einzelnen Strafnormen; und Versuchsstrafbarkeit kann nicht nur über § 23 Abs. 1 StGB begründet werden, sondern auch durch

Schaffung echter Unternehmensdelikte im Besonderen Teil (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Schließlich können auch Anstiftungs- und Beihilfehandlungen in Tatbeständen des Besonderen Teils vertypet werden; ein Beispiel dafür ist der in Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels³⁸ geschaffene § 233a StGB. Nach alledem decken sich die beiden Begriffe „Straftaten“ und „Tatbestandsmerkmale“ zumindest weitestgehend, so dass deren Auswechslung keine Ausweitung der Kompetenzen der EU in Richtung auf eine Totalharmonisierung des AT mit sich bringt. Das muss aus deutscher Sicht umso mehr gelten, als der deutsche Vertreter im Rat bei der Beschlussfassung über Harmonisierungsmaßnahmen aufgrund von Art. 83 Abs. 1 AEUV nicht darüber hinweggehen kann, dass das BVerfG im Lissabon-Urteil eine enge Auslegung dieser Ermächtigungsnorm verlangt (Rn. 363).

Gegenüber der derzeitigen Rechtslage präziser gefasst ist in Art. 83 Abs. 1 AEUV schließlich die Beschränkung auf eine Mindestharmonisierungskompetenz für Straftaten mit (irgend-)einer grenzüberschreitenden Dimension; das ist derzeit nicht normiert,³⁹ doch dürfte ein Rahmenbeschluss zur Harmonisierung von Straftaten ohne jeden inter- bzw. transnationalen Aspekt derzeit wohl regelmäßig an der Erforderlichkeit und damit am europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip scheitern. Nach dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV kann sich diese internationale Komponente einmal aus der Art oder den Auswirkungen der Straftat ergeben, zum anderen aber auch aus einer besonderen Notwendigkeit, die Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen. Das BVerfG führt dazu im Lissabon-Urteil (Rn. 359) allerdings zutreffend aus, dass sich diese Notwendigkeit einer Bekämpfung der Straftat auf gemeinsamer Grundlage nicht von der Art und den Auswirkungen der Straftat trennen lässt,⁴⁰ weshalb die bloße politische Willensbekundung zu einer gemeinsamen Bekämpfung von Straftaten ohne transnationale Bezüge für die Begründung einer Harmonisierungskompetenz aufgrund von Art. 83 Abs. 1 AEUV nicht ausreichen kann.

Die Kompetenz zur Mindestharmonisierung der „Strafen“ beschränkt sich weiterhin auf die Vorgabe von Mindesthöchststrafen.

bb) Die Annexkompetenz (Art. 83 Abs. 2 AEUV)

In Art. 83 Abs. 2 AEUV ist die in der Umweltstrafrechts-Richtlinie vom 19.11.2008 erstmals angewandte Annexkompetenz primärrechtlich expliziert worden: „Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt

³⁴ Dazu ausführlich Heger (Fn. 8), S. 140 ff.

³⁵ Hecker, Iurratio 2009, 81 (85).

³⁶ Hecker, Iurratio 2009, 81 (84).

³⁷ Das unterstreicht auch ein Blick in die deutsche Rechtsgeschichte, denn im RStGB fehlte eine dem heutigen § 15 StGB vergleichbare allgemeine Regelung, so dass etwa in § 223 RStGB ausdrücklich auf das Erfordernis einer vorsätzlichen Verletzung hingewiesen wurde.

³⁸ ABl. EG 2002, Nr. L 203, S. 1; dazu Hecker (Fn. 9), § 11 Rn. 24 ff.

³⁹ Vgl. Heger (Fn. 8), S. 53 ff.

⁴⁰ Zu Konstellationen transnationaler Kriminalität Hecker, JA 2002, 723; Heger, ZIS 2007, 547 (549 f.).

werden. Diese Richtlinien werden unbeschadet des Art. 76 gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffende Harmonisierungsmaßnahme erlassen.“

Zur Zeit der Entstehung des Reformvertrags im Sommer 2007 schien diese Norm nur das zuvor vom EuGH festgestellte Europarecht wiederzugeben, hatte dieser doch im Umweltstrafrechts-Urteil eben eine solche Annexkompetenz zur Strafrechtsanweisung innerhalb der ersten Säule mittels EG-Richtlinien für zulässig erklärt⁴¹ und die Kommission daraufhin den Grundsatz der Kohärenz formuliert, wonach die in der ersten Säule ohne Regelung ergehende Strafrechts-harmonisierung kohärent zu der bereits zuvor auf Grundlage von Art. 31 Abs. 1 lit. e EU ergangenen Harmonisierung mittels EU-Rahmenbeschlüssen sein soll. Nachdem allerdings der EuGH im Meeresverschmutzungs-Urteil vom 23.10.2007⁴² entschieden hat, dass innerhalb der ersten Säule nur eine Harmonisierung der Tatbestandsmerkmale und nicht auch eine solche der Strafen zulässig ist, geht Art. 83 Abs. 2 AEUV nunmehr sprachlich weiter als das geltende (ungeschriebene) Europarecht.⁴³ Weil jedoch die Strafrechtsharmonisierung auf dem Gebiet der (bisherigen) EG-Politiken nach dem Wortlaut dieser Ermächtigungsnorm „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ sein muss und der EuGH im Meeresverschmutzungs-Urteil für die erste Säule eben nur die Vorgabe von Tatbestandsmerkmalen für zur effektiven Durchsetzung der EG-Politiken unbedingt erforderlich angesehen hat, spricht manches dafür, dass trotz der expliziten Zulässigkeit auch einer (Mindest-)Harmonisierung der Strafen eine solche jedenfalls nicht „unerlässlich“ für die Durchführung der fraglichen Politik ist und deswegen auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon regelmäßig zu unterbleiben hat. Dafür mag aus deutscher Sicht auch sprechen, dass nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG Art. 83 Abs. 2 AEUV verfassungskonform „eng auszulegen“ ist (Rn. 361); erforderlich für eine Strafrechtsharmonisierung sei, dass nachweisbar ein gravierendes Vollzugsdefizit bestehe und diese nur durch Strafandrohung beseitigt werden könne (Rn. 362).

Dass das BVerfG dieses Gebot einer engen Auslegung aus der vermeintlich „gravierenden Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege im Vergleich zur bisher geltenden Rechtslage“ entnehmen will, vermag allerdings nicht zu überzeugen, denn de lege lata steht diese Annexkompetenz zwar nicht im EG-Vertrag, wird aber vom EuGH in inzwischen ständiger Rspr. darin hineingelesen. Aus europäischer Sicht besteht daher im Lichte der Rspr. des EuGH bereits eine Strafrechtsharmonisierungskompetenz in der ersten Säule, von der auch mit der Umweltstrafrechts-Richtlinie vom 19.11. 2008 Gebrauch gemacht worden ist. Dies klingt beim BVerfG nur en passant an, wenn es die Feststellung eines gravierenden Vollzugsdefizits auch – quasi nachträglich, aber im Einklang mit dem Umweltstrafrechts-Urteil des

EuGH – „für die von der europäischen Gerichtsbarkeit bereits angenommene Existenz einer strafrechtlichen Annexzuständigkeit“ verlangt (Rn. 362).

cc) Die „Notbremse“ (Art. 83 Abs. 3 AEUV)

Während aber der Konventsentwurf bei der Strafrechtsanweisung keine nationalen Vetorechte kannte und Art. III-271 Abs. 3 EVV⁴⁴ nur ein aufschiebendes Einspruchsrecht vorgesehen hat, welches zumindest in der Theorie von den anderen EU-Staaten hätte überstimmt werden können, enthält Art. 83 Abs. 3 AEUV nunmehr ein „hartes“ suspensives Vetorecht,⁴⁵ das – wenn der sein Veto einlegende Staat davon nicht abzubringen ist – einer für alle EU-Mitgliedstaaten verbindlichen Anweisung zur Strafgesetzgebung sowohl auf dem Gebiet der – traditionell gesprochen – ersten als auch dritten Säule entgegen steht; für Strafrechtsanweisungen aufgrund von Art. 83 Abs. 1 AEUV ist dieses Vetorecht nichts neues, gilt doch bisher für eine Strafrechtsharmonisierung mittels Rahmenbeschlüssen ohnehin das Einstimmigkeitsprinzip im Rat, so dass jeder Mitgliedstaat durch schlichte Verweigerung der Zustimmung eine Strafrechtsanweisung auf EU-Ebene verhindern kann. Dagegen führt dieses Vetorecht für Strafrechtsharmonisierungsmaßnahmen aufgrund von Art. 83 Abs. 2 AEUV zu einer Änderung des Verfahrensrechts, denn bei einer strafrechtlichen Richtlinie auf dem Gebiet der ersten Säule der EG-Politiken fehlt es derzeit an einer Normierung eines Einstimmigkeitsprinzips oder Vetorechts.

⁴⁴ Art. III-271 EVV: (3) Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass der Entwurf eines Europäischen Rahmengesetzes nach den Abs. 1 oder 2 grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann das Mitglied beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das Verfahren nach Art. III-396, sofern es anwendbar ist, ausgesetzt. Nach einer Aussprache geht der Europäische Rat binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens wie folgt vor:

a) Er verweist den Entwurf an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des Verfahrens nach Art. III-396, sofern es anwendbar ist, beendet wird, oder

b) er ersucht die Kommission bzw. die Gruppe von Mitgliedstaaten, die den Entwurf vorgelegt hat, um Vorlage eines neuen Entwurfs; in diesem Fall gilt der ursprünglich vorgeschlagene Rechtsakt als nicht erlassen.

(4) Hat der Europäische Rat bis zum Ende des Zeitraums nach Abs. 3 nicht gehandelt oder wurde das Europäische Rahmengesetz nicht binnen zwölf Monaten nach Vorlage eines neuen Entwurfs nach Abs. 3 lit. b erlassen und wünscht mindestens ein Drittel der Mitgliedstaaten, auf der Grundlage des Entwurfs des betreffenden Rahmengesetzes eine Verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, so teilt sie dies dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In diesem Fall gilt die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. I-44 Abs. 2 und Art. III-419 Abs. 1 als erteilt, und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung.

⁴⁵ Satzger (Fn. 10), § 8 Rn. 45.

⁴¹ EuGH, Slg. 2005, I-7879.

⁴² EuGH, JZ 2008, 248 m. Anm. Eisele, JZ 2008, 251; Fromm, ZIS 2008, 168.

⁴³ Hecker, Iurratio 2009, 81 (84).

Art. 83 Abs. 3 AEUV hat folgenden Wortlaut: „(3) Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass ein Entwurf einer Richtlinie nach den Absätzen 1 und 2 grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann es beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Nach einer Aussprache verweist der Europäische Rat im Falle eines Einvernehmens den Entwurf binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet wird.“

Sofern kein Einvernehmen besteht, mindestens neun Mitgliedstaaten aber eine verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer Richtlinie begründen möchten, teilen diese Mitgliedstaaten dies binnen derselben Frist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In einem solchen Fall gilt die Ermächtigung zur Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 Abs. 2 EUV und Art. 329 Abs. 1 AEUV als gewährt und es finden die Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit Anwendung.“

Im Schrifttum wird dieses suspensive Vetorecht jedes EU-Mitgliedstaates gegen einen Rechtsakt auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrenrechts zumeist als „Notbremse“ („emergency brake“) bezeichnet⁴⁶ und auch als eine solche verstanden; nicht jeder europäische Strafrechtsakt soll letztlich am bloßen Unwillen zur Zustimmung aller Mitgliedstaaten zu scheitern verurteilt sein. Dafür spricht einerseits die strukturelle Umkehr vom Einstimmigkeitsprinzip (in der dritten Säule) zum grundsätzlich geltenden Mehrheitsprinzip; das Vetorecht wird damit strukturell zu einer Ausnahme, die immerhin von dem betreffenden Staat aktiv geltend gemacht werden muss, so dass das bloße Unterlassen der Zustimmung nicht (mehr) ausreichen kann. Das wird noch unterstrichen dadurch, dass Art. 83 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV den Gebrauch dieses Instruments inhaltlich von der Voraussetzung abhängig machen, dass der sein Veto einlegende Mitgliedstaat der Auffassung ist, der streitige Entwurf einer strafrechtlichen Richtlinie würde „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren“. Dass andere Mitgliedstaaten oder EU-Organen diese Auffassung teilen, ist freilich nicht erforderlich; dem Mitgliedstaat kommt damit – wie auch der Konjunktiv („würde“) anzeigt – auch eine nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative zu. Völlig grundlos darf das Veto jedoch nicht eingelegt werden; ob man allerdings von Europarechtswegen eine Begründung fordern muss, erscheint fraglich, da der das Veto einlegende Staat ja nur der Auffassung sein muss, dass grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt würden. Auch ein ohne Begründung eingelegtes Veto bringt daher grundsätzlich einen von der erforderlichen Mehrheit im Rat getragenen Rechtsakt auf dem Gebiet des Strafrechts zu Fall; etwas anderes könnte nur gelten, wenn der betreffende Staat zum Ausdruck bringt, dass er das Veto allein aus anderen als den in Art. 83 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV genannten Gründen

einlegt – etwa um die Arbeit in Brüssel generell zu blockieren oder um dadurch einen politischen „Kuhhandel“ zu erreichen.

Der Unterschied zwischen einer verweigerten Zustimmung zu einem Rechtsakt und zur Einlegung eines nur unter bestimmten Kautelen zulässigen Vetos dagegen ist dabei weniger ein juristischer, kann doch in beiden Fällen der dissentierende Mitgliedstaat eigenmächtig den Rechtsakt zu Fall bringen, sondern vor allem ein politischer; die Einlegung eines Vetos dürfte regelmäßig in der diplomatischen Szene Brüssels, aber auch in der zukünftig gestärkten europäischen Öffentlichkeit höhere Wellen schlagen als die bloße (temporäre) Unwilligkeit, einen Rechtsakt aktiv mit zu tragen. Die Entwicklung dieses Vetorechts seit dem Konventsentwurf macht zwar deutlich, dass die EU-Mitgliedstaaten letztlich doch ihre Strafrechtspflege notfalls vor Eingriffen aus Brüssel abschirmen wollen, nicht aber, dass es auch zukünftig stets um einen Konsens aller im Rat versammelten Regierungsvertreter gehen muss.⁴⁷

Auch wenn die „Auffassung“ des das Veto einlegenden Staates letztlich nicht überprüfbar ist, sollte man sich doch überlegen, was – insbesondere auch aus deutscher Sicht – die ggf. zu schützenden „grundlegenden Aspekte der Strafrechtsordnung“ sein könnten. „Grundlegende Aspekte“ sind schwerlich nur solche, die nach nationalem Recht Verfassungsrang haben. Denkbar wären daher etwa aus deutscher Sicht:

- Rechtsgutprinzip, dem das BVerfG ja bekanntlich in seinem Inzest-Urteil⁴⁸ Verfassungsrang abgesprochen hat,
- Schuldprinzip,⁴⁹ das nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG Auslegungsgrundlage sogar der strafrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen sein soll (Rn. 364),
- Rückwirkungsverbot
- Bestimmtheitsgebot
- Wortlautschränke
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- Strafflosigkeit juristischer Personen.

In anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ließe sich etwa diskutieren über:

- Mindeststrafen
- Lebenslange Freiheitsstrafe
- Verhältnis von Äußerungsdelikten und Strafnormen gegen Fremdenfeindlichkeit zur Meinungs- und Religionsfreiheit
- Verhältnis von Kriminal- und Administrativstrafrecht
- Aufgabe des Einheitstäterprinzips.

⁴⁶ Vgl. nur Sieber, ZStW 121 (2009), 1 (56).

⁴⁷ Sieber, ZStW 121 (2009), 1 (57), spricht denn auch von einer „vor allem auch psychologisch wichtigen [...] Legitimation des harmonisierten Europäischen Strafrechts“.

⁴⁸ BVerfGE 120, 224.

⁴⁹ Zu „nulla poene sine culpa“ bereits BVerfGE 20, 323.

Aber auch nationale kriminalpolitische Grundentscheidungen kommen angesichts der Weite des Begriffs „grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung“ in Betracht; dazu könnte man etwa zählen:

- (Weitgehender) Verzicht auf Fahrlässigkeitsstrafnormen bei Eigentums- und Vermögensdelikten
- Weitgehender Verzicht auf subjektive Zurechnungskriterien zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit wie etwa die „recklessness“ des englischen Rechts⁵⁰
- Stimmigkeit der Strafrahmen insgesamt
- Bestimmte Strafzumessungskonzepte
- Abgrenzung des Allgemeinen und Besonderen Teils, die etwa durch bereichsspezifische AT-Vorgaben zum Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht fraglich werden kann.
- Entscheidungen etwa zur Verwaltungsakzessorität im Umweltstrafrecht etc.
- Abgrenzung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten
- Fehlen einer Strafbarkeit für „fahrlässige Teilnahme“ und Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt
- Politische Entscheidungen zum strafrechtlichen Umgang mit Drogen, Sterbehilfe und Abtreibung
- Zulässigkeit eines strafbefreienden Rücktritts bei EU-rechtlich vorgegebener Versuchsstrafbarkeit bzw. eines verbindlichen Strafausschlusses wegen Tüchtiger Reue trotz Erfüllung aller EU-Strafrechtsvorgaben.
- Strafprozessuale Einstellungsmöglichkeiten gem. §§ 153 ff. StPO trotz Erfüllung EU-weit vorgegebener Straftatbestandsmerkmale.

Wenngleich Art. 83 AEUV auch zukünftig keine Ermächtigung zur europaweiten Entkriminalisierung enthält⁵¹ (sondern nur eine zur Vorgabe von Straftaten und Strafen, mithin zur Kriminalisierung und Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen)⁵², können damit doch nationale Entkriminalisierungskonzepte jedenfalls gegen Brüsseler Kriminalisierungsverpflichtungen verteidigt werden.

Auch wenn dieser unvollständige Katalog möglicher nationaler Grundlagen eines Vetorechts auf den ersten Blick vielleicht nicht so erscheinen mag, so ist doch eines noch einmal zu betonen: Das „neue“ Vetorecht ist als „Notbremse“ gedacht und ausgestaltet und sollte mithin nicht zu einem generellen Blockadeinstrument gegen Mehrheitsentscheidungen im Rat missbraucht werden. Im Lichte des Lissabon-Urteils des BVerfG dient allerdings diese „Notbremse“ primär dazu, die innerstaatlichen Mitwirkungsrechte von Bundestag und Bundesrat zu gewährleisten (Rn. 365).

V. Strafrechtssetzungskompetenzen?

Während dem noch geltenden europäischen Primärrecht nach h.M. keine Kompetenz zur Strafrechtssetzung i.S. einer Schaf-

fung genuin europäischer Straftatbestände⁵³ zu entnehmen ist, könnte sich dies mit dem Vertrag von Lissabon geändert haben, wenngleich auch in den beiden dadurch geschaffenen Vertragswerken eine explizite Zuweisung einer Strafrechtssetzungskompetenz nicht zu finden ist.⁵⁴ Für den Verfassungsvertrag hatte allerdings *Walter* aus Art. III-267 Abs. 2 und III-415 EVV eine Kompetenz zum Erlass unmittelbar geltender europäischer Strafgesetze abgeleitet.⁵⁵ Weil beide Bestimmungen mit Art. 79 Abs. 2 und 325 AEUV mit sprachlichen Änderungen im Vertrag von Lissabon Eingang gefunden haben, scheint es auf den ersten Blick in der Tat so, als könnte die Europäische Union in Zukunft zur Bekämpfung des Menschenhandels sowie zur Bekämpfung von Betrügereien zu ihrem Nachteil unmittelbar EU-weit geltende Strafrechtsnormen durch Verordnung gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV erlassen; immerhin wurde bereits seit Ende der 1990er Jahre ein „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“ erarbeitet.⁵⁶

Die Annahme einer solchen eher angedeuteten, denn explizierten Strafrechtssetzungskompetenz der Europäischen Union wäre allerdings nicht unproblematisch, schon weil ein derart intensiver Eingriff in das auch bei einer Mindestharmonisierung noch fortbestehende Strafrechtssetzungsmonopol der Mitgliedstaaten gleichsam „durch die Hintertür“ fragwürdig erscheinen muss. Dazu kommt, dass zugunsten der Mitgliedstaaten bestehende Notbremsrechte in Art. 82 und 83 AEUV durch außerhalb davon angesiedelte Ermächtigungsgrundlagen ihrerseits „ausgebremst“ werden könnten. Dass für die – in Art. 82 Abs. 1 AEUV vorgesehene – gegenseitige Anerkennung in Strafsachen auch keine einzelstaatliche „Notbremse“ existiert, ist aufgrund der insoweit eindeutigen Fassung von Art. 82 Abs. 3 AEUV hinzunehmen und lässt sich immerhin damit begründen, dass die gegenseitige Anerkennung jedenfalls grundsätzlich einen gegenüber der Mindestharmonisierung minder schweren Eingriff in die nationale Souveränität auf dem Gebiet des Strafrechts darstellt. Dagegen würde die Setzung EU-weit unmittelbar geltenden Strafrechts einen gegenüber der bloßen Strafrechtsanweisung schwereren Eingriff darstellen, weshalb der Verzicht auf eine „Notbremse“ hier kaum erklärbar wäre.

⁵³ Dazu allg. *Klip*, ZStW 117 (2005), 889 (900 ff.); *Perron*, ZStW 112 (2000), 202 (210); *Schwarzburg/Hamdorf*, NStZ 2002, 617 (623).

⁵⁴ *Zöller*, ZIS 2009, 340 (343 f.), verneint eine Strafgesetzgebungskompetenz der EU nach dem Vertrag von Lissabon.

⁵⁵ *Walter*, ZStW 117 (2005), 912.

⁵⁶ Vgl. nur *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998. Dazu *Huber* (Hrsg.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000. – Zur Notwendigkeit eines einheitlichen europäischen Strafrechtsraums zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs zum Nachteil der EU *Valls Prieto*, *El fraude de subvenciones de la Unión Europea*, 2005.

⁵⁰ Dazu *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657.

⁵¹ Theoretisch hierzu *Vogel*, GA 2003, 314 (316). – Dafür plädieren *Braun*, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, 2003, S. 1, und *Albrecht*, ZRP 2004, 1 (3).

⁵² Vgl. nur *Heger* (Fn. 8), S. 73.

1. Zur Bekämpfung des Menschenhandels

Das gilt in besonderem Maße für die Bekämpfung des Menschenhandels, denn hierbei ist – anders als bei der Bekämpfung von Betrügereien zum Nachteil der Europäischen Union – nicht einmal ein originäres EU-Rechtsgut betroffen. Allerdings gibt wohl letztlich der AEUV der Europäischen Union selbst dann keine Kompetenz zur Strafrechtssetzung auf dem Gebiet des Menschenhandels, wenn man eine solche in Art. 79 Abs. 2 AEUV hineinzu lesen vermag. Denn dann ist weiterhin zu beachten, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV den Menschenhandel ausdrücklich als einen Kriminalitätsbereich nennt, für den eine Mindestharmonisierung zulässig ist; Art. 83 Abs. 1 AEUV ist hinsichtlich konkreter strafrechtlicher Kompetenzen der Europäischen Union die gegenüber Art. 79 Abs. 2 AEUV sicherlich speziellere Vorschrift, so dass auf diesem Feld weiterhin nur eine Strafrechtsanweisungskompetenz besteht.

2. Zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union

Dagegen erscheint die Annahme einer Strafrechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet des Schutzes der finanziellen Interessen der EU nicht so problematisch, zumindest wenn es zu der in Art. 86 AEUV ermöglichten Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft⁵⁷ kommen sollte, was allerdings angesichts der dafür erforderlichen Einstimmigkeit im Rat (Art. 86 Abs. 1 AEUV) derzeit mehr als fraglich erscheint. Die Europäische Staatsanwaltschaft wäre nämlich in jedem Fall zuständig für die Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union (Art. 86 Abs. 4 AEUV); wenn aber einerseits das geschützte Rechtsgut allein der Europäischen Union zusteht und andererseits die Verfolgung von hiergegen gerichteten Straftaten einer einheitlichen Brüsseler Behörde – eben der Europäischen Staatsanwaltschaft – zusteht, machte es jedenfalls Sinn, wenn diese auf einheitlicher Tatbestandsgrundlage vorgehen könnte und nicht die ggf. unterschiedlichen nationalen Umsetzungsgesetze beachten müsste.

Nach geltendem Europarecht gilt Art. 280 Abs. 4 S. 2 EG als Sperre für jede Strafrechtssetzung oder -anweisung zum Schutz der finanziellen Interessen der EG;⁵⁸ diese Ansicht teilt der EuGH anscheinend im Umweltstrafrechts-Urteil.⁵⁹ Diese Sperrnorm würde mit dem Vertrag von Lissabon gestrichen; in Art. 325 AEUV ist sie ebenso wenig enthalten wie im Verfassungsvertrag. Aufgrund dessen wäre allerdings nach dem Wortlaut von Art. 325 AEUV auch unabhängig

von der Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft eine Strafrechtssetzung der Europäischen Union möglich, soweit diese i.S.v. Art. 325 Abs. 4 AEUV als zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes der finanziellen Interessen der Union erforderliche Maßnahme anzusehen wäre.⁶⁰ Daran bestehen allerdings Zweifel, solange die Verfolgung solcher europäischer (und nicht bloß europäischer) Tatbestände allein den mitgliedstaatlichen Behörden – insbesondere den nationalen Staatsanwaltschaften – obliegt. Die von Art. 325 Abs. 4 AEUV intendierte EU-weit einheitliche Verfolgung von Betrügereien zum Nachteil der Union ließe sich damit eben noch nicht erreichen. Deswegen ist zwar eine Strafrechtssetzungskompetenz zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union mit dem Vertrag von Lissabon nicht ausgeschlossen, setzt aber wohl grundsätzlich die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft voraus. Da letzteres nur einstimmig erfolgen kann, wiegt das Fehlen einer „Notbremse“ in Art. 325 AEUV nicht so schwer, wenngleich wohl gute Gründe dafür sprechen dürften, die in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV für die Strafrechtsharmonisierung geschaffenen „Notrechte“ der EU-Mitgliedstaaten angesichts des verschärften Eingriffs in ihre Souveränität auf Strafrechtssetzungsakte zu übertragen.

VI. Eine Reformbewegung

Ein Blick über die Entwicklung des Europäischen Strafrechts einerseits in den jeweils in Geltung erwachsenen Verträgen von Maastricht über Amsterdam bis Nizza sowie andererseits in die seit Inkrafttreten des Vertrags von Nizza im Frühjahr 2003 ergangenen Reformvorschläge – des Konventsentwurfs für eine Europäische Verfassung vom Juli 2003, des Ende Oktober 2004 unterzeichneten Verfassungsvertrags und des im letzten Dezember angenommenen Vertrags von Lissabon – zeigt eine recht deutliche Tendenz. Unternahm der Vertrag von Maastricht mit der Schaffung zweier intergouvernemental ausgestalteter Säulen der – Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und der Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz (ZBIJ) – noch eher zögerliche erste Schritte auch in Richtung auf eine Europäisierung des Strafrechts, trat diese mit der Konzentration der 3. Säule auf die PJZS im Vertrag von Amsterdam in den Vordergrund, bereits verbunden mit der sog. „Passarelle“-Klausel in Art. 42 EU, welche eine vereinfachte Vergemeinschaftung des Strafrechts auch ohne den Vertrag von Lissabon erlaubt hätte.⁶¹ Der Vertrag von Nizza hat daran nichts Grundsätzliches geändert, nur die Kompetenzen auf strafrechtlichem Gebiet in der dritten Säule geringfügig erweitert. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam sind einerseits zahlreiche Rechtsakte auf dem Gebiet der PJZS angenommen und andererseits wesentliche Ermittlungs- und Koordinierungsorgane geschaf-

⁵⁷ Dazu grundsätzlich Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (KOM [2001] 715 endg.); vgl. Hecker (Fn. 8), § 14 Rn. 37 ff.; Ambos (Fn. 15), § 13 Rn. 23 ff.; Brüner/Spitzer, NStZ 2002, 393 und 2003, 113; Radtke, GA 2004, 1.

⁵⁸ Vgl. dazu nur Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004, und ZIS 2007, 26; Rosenau, ZIS 2008, 9.

⁵⁹ EuGH, Slg. 2005, I-7879.

⁶⁰ Vgl. Hecker, IurRatio 2009, 81 (85). – Satzger (Fn. 10), § 8 Rn. 64 sowie KritV 2008, 25 hält lediglich eine Strafrechtsharmonisierung mittels Richtlinien für zulässig.

⁶¹ Vgl. dazu nur Jour-Schröder/Konow, EuZW 2006, 550.

fen worden: Europol⁶², OLAF⁶³, EJM⁶⁴, Eurojust⁶⁵. Mittels Art. 35 EU bekam der EuGH Entscheidungskompetenzen auch in der dritten Säule und damit in Bezug auf das Strafrecht; davon hat er seit dem Gözütok-Urteil im Februar 2003 zu Art. 54 SDÜ⁶⁶ immer wieder Gebrauch gemacht.

Und auch die seither diskutierten Reformverträge ändern an dieser Betonung des Strafrechts nichts. Allesamt zielen sie auf eine Überführung dieses Rechtsgebietes in den EG-Vertrag bzw. dessen Nachfolger – den AEUV – und damit auf eine – traditionell gesprochen – Vergemeinschaftung dieser Materie. Europarechtlich stehen damit die Wirtschaftspolitik und das Strafrecht auf Augenhöhe – das unterstreicht den immer wieder – und gerade auch im Vertrag von Lissabon – betonten Parallellauf von Binnenmarkt und Binnenrechtsraum. Die bereits seit Amsterdam in Art. 29 EUV für die dritte Säule grundlegende Zielsetzung der Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird zu einem grundlegenden Postulat der gesamten EU-Politik.

Und wie für die Durchsetzung des Binnenmarktskonzepts in den 1980er Jahren der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung und damit das Herkunftslandprinzip neben die zuvor vor allem betriebene Harmonisierungspolitik getreten ist, gilt seit dem Europäischen Rat von Tampere im Oktober 1999 die gegenseitige Anerkennung auch strafrechtlicher Entscheidungen innerhalb der EU als „Eckstein“ der Etablierung dieses Binnenrechtsraums. Zugleich wird der Rahmen für eine Strafrechtsharmonisierung klarer gezogen. Auch wenn das BVerfG dies jedenfalls missverständlich vor allem als Ausweitung der strafrechtlichen Kompetenzen deutet und deswegen eine durchweg enge Auslegung der Art. 82 und 83 AEUV als allein mit dem Grundgesetz vereinbar ansieht, steht doch mit dem Lissabon-Urteil fest, dass der Ausübung dieser Kompetenzen durch die Europäische Union und damit der Weiterentwicklung des europäischen Strafrechts deutsches Verfassungsrecht nicht entgegensteht.

Schließlich ist – worauf hier nicht weiter eingegangen werden kann – aufgrund der Kombination aus grundsätzlicher Mehrheitsentscheidung in Rat und Parlament verbunden mit einer engeren Einbindung der nationalen Parlamente in die Rechtssetzung auf EU-Ebene sowie der „Notbremse“ der Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV sowohl das demokratische Element bei der europäischen Strafgesetzgebung gestärkt⁶⁷ als auch der Schutz der kulturellen Identität der EU-

Mitgliedstaaten gewahrt. Auch deswegen stellt der Vertrag von Lissabon einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Europarecht dar. Die teilweise harsche Kritik aus Karlsruhe lässt sich daher nur mit dem allgemeinen Unbehagen der Verfassungsrichter gegen eine zunehmende Integration auf EU-Ebene erklären, weniger mit Mängeln am Vertragswerk selbst.

⁶² Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 5 Rn. 61 ff.; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 5 ff.; *Milke*, *Europol und Eurojust*, 2003, S. 45 ff.; *Günther*, *Europol*, 2006.

⁶³ Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 4 Rn. 28 ff.; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 1 ff.; *Weitendorf*, *Die interne Betrugsbekämpfung in den Europäischen Gemeinschaften durch das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF)*, 2007.

⁶⁴ Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 5 Rn. 68; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 23.

⁶⁵ Dazu *Hecker* (Fn. 9), § 5 Rn. 73 ff.; *Ambos* (Fn. 15), § 13 Rn. 19 ff.; *Milke* (Fn. 62), S. 275 ff.; *Kahlke*, *Eurojust*, 2004.

⁶⁶ EuGH, Slg. 2003, I-1345; dazu *Radtke/Busch*, *NStZ* 2003, 281; *Vogel/Norouzi*, *JuS* 2003, 1059; *Thym*, *NStZ* 2003, 334.

⁶⁷ *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1 (62 f.) – Dazu ausführlich *Meyer*, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, 2009.