

# Das Legalitätsprinzip – eine Maxime gemeineuropäischen Strafverfahrensrechts

Von Prof. Dr. Burkhard Jähnke, Jena\*

In absehbarer Zeit, wohl noch 2020, wird die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa) ihre Tätigkeit aufnehmen. Nach Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über ihre Errichtung (EUSTa-VO)<sup>1</sup> hat sie ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, wenn nach dem anwendbaren nationalen Recht berechtigter Grund zu der Annahme besteht, dass eine in ihre Zuständigkeit fallende Straftat begangen wird oder wurde. Nach dem Referentenentwurf zur Durchführung der Verordnung bezieht sich die Vorschrift mit der Verweisung auf das „anwendbare nationale Recht“, was Deutschland anlangt, auf § 152 Abs. 2 StPO,<sup>2</sup> die in dieser Bestimmung (und in § 160 Abs. 1 StPO) statuierte Verfolgungspflicht der Ermittlungsbehörden wird herkömmlicherweise als „Legalitätsprinzip“ bezeichnet.

Dieses Prinzip nennt auch Erwägungsgrund 66 der EUSTa-VO, in dem ausgeführt ist, die Ermittlungs- und Verfolgungstätigkeit der EUSTa solle vom Legalitätsprinzip geleitet sein, nach dem die Behörde die Vorschriften der Verordnung strikt einhält, um Rechtssicherheit zu gewährleisten und Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union wirksam zu bekämpfen.

I. Die Verweisung in Art. 26 Abs. 1 EUSTa-VO auf das anwendbare nationale Recht könnte indessen zu dem Schluss verleiten, dass die Verfolgungspflicht der EUSTa trotz ihrer Bekräftigung in Erwägungsgrund 66 von den nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestaltet werden kann. So könnte für die Beantwortung der Frage, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, der nationalen Strafverfolgungsbehörde nicht nur ein Beurteilungsspielraum eingeräumt sein, sondern darüber hinaus ein (freies oder pflichtgemäßes) Ermessen. Weitergehend schließt die Formulierung in Art. 26 Abs. 1 EUSTa-VO auch nicht schlechthin aus, dass ein Mitgliedstaat der EU die Verfolgung der einschlägigen Straftaten dem Opportunitätsprinzip unterstellen dürfte. Doch wäre das unvereinbar mit den Zielen einer wirksamen Bekämpfung der in die Zuständigkeit der EUSTa fallenden Straftaten und der Gewährleistung von Rechtssicherheit. Eine solche Bedeutung kann die Verweisung auf das nationale Recht daher nicht haben. Eine solche Bedeutung hat sie auch nicht, weil das Legalitätsprinzip zu den Maximen gemeineuropäischen Strafverfahrensrechts gehört, die der Disposition der Mitgliedstaaten entzogen sind. Das ist übereinstimmend der

Rechtsprechung des EGMR und des EuGH zu entnehmen. Das BVerfG folgt dem im Grundsatz und lässt gegen Verletzungen des daraus hergeleiteten Rechts auf eine effektive Strafverfolgung die Verfassungsbeschwerde zu.<sup>3</sup>

1. Die Vertragsstaaten der EMRK sichern nach ihrem Art. 1 allen ihrer Hoheitsgewalt unterworfenen Personen die in der Konvention aufgeführten Rechte und Freiheiten zu. Aus dieser Zusicherung folgt zunächst eine umfassende Pflicht zum Schutze dieser Rechte und Freiheiten des Einzelnen. Ist aber eine Straftat geschehen, weil der Staat seiner Schutzpflicht nicht nachgekommen ist oder nicht nachkommen konnte, trifft ihn nach dem EGMR die Pflicht zu umfassender, effektiver und unparteiischer Aufklärung und zur Strafverfolgung. Neben den substantiellen Aspekt der präventiven Rechtswahrung tritt damit ein selbstständiger prozessualer Aspekt, dessen Nichtbeachtung eine eigenständige Verletzung der EMRK begründen kann.<sup>4</sup> Die Regeln für die Strafverfolgung im Rahmen des prozessualen Aspektes sind vom EGMR im Laufe der Zeit immer weiter verfeinert worden. Sie gehen bis in Einzelheiten der Behördenorganisation und des Verfahrens.

So befasst sich der EGMR intensiv mit der Frage, ob die Person eines Sachverständigen den Anforderungen genügt.<sup>5</sup> Eine erforderliche grenzüberschreitende Kooperation darf nicht an fehlender gegenseitiger Anerkennung als Staat scheitern.<sup>6</sup> Innerhalb der EU besteht zum Lebensschutz ein zwischenstaatliches Kooperationsgebot; die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls darf nur in Ausnahmefällen und nur abgelehnt werden, wenn das vom EuGH dafür entwickelte Verfahren beachtet ist.<sup>7</sup> Mehrfach hat der EGMR Mitgliedstaaten des Europarats wegen Verstoßes gegen seine Grundsätze in Fällen verurteilt, in denen die Ermittlungen offensichtlich auf höhere Weisung hin völlig unzureichend geführt worden waren.<sup>8</sup> Besonders die Türkei (in PKK-Fällen)<sup>9</sup> und

\* Der Autor ist Vizepräsident des Bundesgerichtshofes a.D. und Honorarprofessor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

<sup>1</sup> Verordnung 2017/1939 v. 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), ABl. EU 2017 Nr. L 283, S. 1. An der Verstärkten Zusammenarbeit sind nicht beteiligt Dänemark, Irland, Polen, Schweden und Ungarn (vgl. Erwägungsgründe 8, 9 der Verordnung und Kommissionsbeschlüsse ABl. EU 2018 Nr. L 196, S. 1, sowie ABl. EU 2018 Nr. L 201, S. 2).

<sup>2</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EUSTa-VO, S. 24 (zu Art. 26 EUSTa-VO).

<sup>3</sup> Vgl. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16, Rn. 34 ff.; *Sturm*, JZ 2017, 368.

<sup>4</sup> Siehe beispielsweise EGMR, Urte. v. 17.10.2013 – 26.824/04 (Keller v. Russland); *Zöller*, in: Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 629; näher *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, 2017, Kap. 9 Rn. 1 ff., 9 ff.

<sup>5</sup> EGMR, Urte. v. 13.11.2012 – 41.108/10 (Bajic v. Kroatien); EGMR, Urte. v. 1.6.2017 – 61.503/14 (J. M. v. Österreich/Hypo Alpe Adria Bank), Rn. 121.

<sup>6</sup> EGMR, Urte. v. 4.4.2017 – 36925/07 (Güzelyurtlu v. Zypern und Türkei).

<sup>7</sup> EGMR, Urte. v. 9.7.2019 – 8351/17 (Castano v. Belgien), Rn. 82, 89 ff.

<sup>8</sup> EGMR, Urte. v. 15.2.2011 – 35.403/06 (Tsindsabadze v. Georgien), Rn. 75; EGMR, Urte. v. 24.4.2011 – 25.091/07 (Enukidze und Girgvliani v. Georgien), Rn. 241.

<sup>9</sup> EGMR, Urte. v. 12.11.2013 – 23.502/06 (Benzer u.a. v. Türkei).

Russland (in Tschetschenien-Fällen)<sup>10</sup> sind immer wieder verurteilt worden. Auch der Irak-Krieg und die Auseinandersetzungen im zerfallenden Jugoslawien haben den EGMR unter diesem Gesichtspunkt beschäftigt;<sup>11</sup> ebenso die Praktiken der USA bei der Bekämpfung des Terrorismus.<sup>12</sup> Im privaten Bereich erstreckt sich diese Pflicht zu ordnungsgemäßer Strafverfolgung etwa auf Fälle von Menschenhandel oder Vergewaltigung, von häuslicher Gewalt oder von rassistischen Übergriffen und Schmähungen.<sup>13</sup> Durch Art. 6 Abs. 3 EUV finden diese Regeln als allgemeine Grundsätze Eingang in das Recht der Europäischen Union.

2. Der EuGH erkannte bereits 1989, es sei eine zwingende Folge der Freizügigkeit innerhalb der Union, dass jeder Mitgliedstaat Leib und Leben von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten in gleicher Weise zu schützen hat wie das seiner eigenen Staatsangehörigen.<sup>14</sup> In nunmehr ständiger Rechtsprechung betont er die Verpflichtung der Mitgliedstaaten der EU, sowohl in der Strafgesetzgebung wie auch durch die Anwendung des Strafrechts im Einzelfall die Vertragsziele zu verwirklichen. Häufig geht es dabei um Straftaten, die mit wirtschaftlicher Betätigung zusammenhängen, etwa Korruption, Betrug und Steuerhinterziehung.

So hat der EuGH in dem Fall „Griechischer Mais“, in dem es um vom Staat nicht geahndete Zollhinterziehung ging, unter Berufung auf das Loyalitätsprinzip (jetzt Art. 4 Abs. 3 EUV) ausgeführt, die Mitgliedstaaten seien verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.<sup>15</sup> Zolleinnahmen fließen der EU zu. Schwere Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union müssen daher strafrechtlich geahndet werden (Art. 325 AEUV). Wenn Verfahrensvorschriften dies verhindern, muss das Gericht, ohne auf den Gesetzgeber zu warten, solche Vorschriften unangewendet lassen.<sup>16</sup> Vergleichbar ist die Lage bei Verjährungsvorschriften. Sind die Fristen so kurz, dass in einem beträchtlichen Teil der Fälle Steuerbetrug nicht geahndet werden kann, sind die Regelungen nach einer nicht zweifelsfreien Entscheidung des EuGH<sup>17</sup> – der diese Entscheidung

zudem wegen grundrechtlicher Bedenken in Italien modifizieren musste<sup>18</sup> – ebenfalls unangewendet zu lassen.

Derartige Aussagen des EuGH beschränken sich aber nicht auf Straftatbestände, für welche nunmehr eine Zuständigkeit der EUStA gegeben ist. So hat der Gerichtshof entschieden, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, gegen die Schleuserkriminalität wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen vorzusehen und dem Visa-System der EU zu voller praktischer Wirksamkeit zu verhelfen.<sup>19</sup> In dem Fall „Französische Landwirte“<sup>20</sup> gingen Bauern in Kommandos gegen den Import landwirtschaftlicher Erzeugnisse aus EU-Ländern vor, indem sie Straßen blockierten, Ladungen zerstörten und die Empfänger bedrohten. In diesem Fall richtete sich der Angriff gegen die Grundfreiheit des Warenverkehrs, als zu verfolgende Straftaten kamen aber Allgemeindelikte wie Nötigung, Bedrohung und Sachbeschädigung in Betracht. Dass der französische Staat die Taten nicht verfolgte, war eine Vertragsverletzung. Darüber hinaus ist die Anwendung vorhandener allgemeiner Strafvorschriften – etwa gegen Betrug – stets zugleich Durchführung von Unionsrecht, wenn sie im konkreten Fall unmittelbar der Verwirklichung der Unionsziele (etwa von Art. 325 AEUV – Schutz der finanziellen Interessen der Union) dient.<sup>21</sup> Derartige Fälle werden daher ebenfalls voll vom Regime des EU-Rechts erfasst.

3. Nirgends in der Rechtsprechung ist von einem Ermessen der Ermittlungsbehörden bei der Strafverfolgung die Rede; und zwar weder hinsichtlich der Beurteilung des Sachverhalts noch hinsichtlich der Entschließung über ein Einschreiten. Daraus folgt eine Bindung der Staatsorgane, die zwar in Fällen, über die der EGMR zu befinden hat, auf einer anderen Rechtsgrundlage beruht als in den Fällen, die in die Zuständigkeit des EuGH fallen. Das Ergebnis ist aber dasselbe. Dieser Bindung können sich die Mitgliedstaaten des Europarats und der EU nicht entziehen.

a) Die dem prozessualen Aspekt der Menschenrechtsgewährung zu entnehmende Pflicht zur Strafverfolgung ist für die nationalen Stellen zwar nicht unmittelbar geltendes und im Einzelfall anwendbares Recht, weil der EGMR in der Sache lediglich befugt ist, Konventionsverstöße festzustellen. In die nationale Rechtsordnung eingreifen kann er nicht. Die EMRK ist formal auch lediglich ein einfaches Bundesgesetz. Sie hat jedoch materiell eine weit darüber hinausgehende Bedeutung. Ihre Normen und die auf ihnen beruhende Rechtsprechung des EGMR kann kein deutsches Staatsorgan ein-

<sup>10</sup> EGMR, Urt. v. 10.10.2013 – 34.541/06 (Yandiyev u.a. v. Russland), Rn. 113 ff.

<sup>11</sup> EGMR, Urt. v. 20.11.2014 – 47.708/08 (Jaloud v. Niederlande); EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 29.750/09 (Hassan v. Großbritannien); EGMR, Urteil v. 12.6.2014 – 57.856/11 (Jelic v. Kroatien).

<sup>12</sup> EGMR, Urt. v. 31.5.2018 – 33234/12 (Nashiri v. Rumänien).

<sup>13</sup> Nachweise bei *Jähnke/Schramm* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 12.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.1989 – C-186/87 (Cowan), Rn. 17, 19.

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – C-68/88 (Kommission v. Griechenland) = Slg. 1989, 2779.

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 5.6.2018 – C – 612/15 (Kolev u.a.), Rn. 66.

<sup>17</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2015 – C-105/14 (Taricco), Rn. 44 ff.; kritisch *Hochmayr*, HRRS 2016, 239 (241); *Jähnke/Schramm* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 19; *Lochmann*, EuR 2019, 61.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 5.12.2017 – C – 42/17 (M.A.S. und M.B.) mit Bespr. *Burchardt*, EuR 2018, 248; *Wegner*, wistra 2018, 107; sowie Anm. *Meyer* JZ 2018, 304.

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 10.4.2012 – C-83/12 (Minh Khoa Vo); BGHSt 57, 239 m. Anm. *Kretschmer*, JR 2012, 527; dazu auch BGH, Beschl. v. 9.1. 2018 – 3 StR 541/17 = BGHSt 62, 85; und StV 2019, 604.

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 9.12.1997 – C-265/95 (Kommission v. Frankreich), Rn. 30.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 7.8.2018 – C-115/17 (Clergeau), Rn. 30; siehe auch EuGH, Urt. v. 6.10.2016 – C-218/15 (Paoletti), Rn. 18

schließlich der Gerichte beiseiteschieben und unbeachtet lassen, denn die Feststellung einer Verletzung der EMRK ist gemäß § 359 Nr. 6 StPO geeignet, die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu begründen. Die Konvention lässt darüber hinaus die völkerrechtliche, in innerstaatliches Recht transformierte Verpflichtung entstehen, die Rechtsprechung des EGMR umfassend zu berücksichtigen. Auf eine Verletzung dieses Gebots in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip kann in Deutschland die Verfassungsbeschwerde gestützt werden.<sup>22</sup> Das Gewicht der Erkenntnisse des EGMR ist so groß, dass sie sogar mit Gesetzeskraft ausgestattete Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu überspielen vermögen.<sup>23</sup> Verstöße gegen die EMRK sind Verstöße gegen Völkerrecht; kein Staatsorgan darf sie begehen.

b) Noch eine andere Qualität hat die vom EuGH aus den Verträgen hergeleitete Strafverfolgungspflicht. Sie hat als europäisches Recht Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten der EU. Nationale Vorschriften, welche die Erfüllung der Pflicht zur Ahndung unmöglich machen, sind unangewendet zu lassen. Wenn dies für die Ahndung gilt, muss es in gleicher Weise für alle Stadien gelten, welche die Möglichkeit der Ahndung schaffen sollen. Damit sind Einleitung und Ablauf eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts von Straftaten, die unmittelbar die Vertragsziele berühren, zugleich Durchführung europäischen Rechts. Der nationale Gesetzgeber ist nicht befugt, Regelungen zu schaffen, welche dazu in Widerspruch stehen, und die nationalen Strafverfolgungsbehörden sind nicht befugt, von den europäischen Vorgaben abzuweichen.

II. Wenn das Legalitätsprinzip eine übergreifende, zwingende europäische Maxime ist, dann stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Verweisung auf das „anwendbare nationale Recht“ in Art. 26 Abs. 1 EUStA-VO hat. Als Bezugnahme auf das nationale Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO), wie der Referentenentwurf annimmt, wäre sie unrichtig, weil die rechtliche Quelle der Verfolgungspflicht der EUStA das europäische Recht ist. Eine Ermächtigung zu nationaler Ausgestaltung des Prinzips kann sie, wie dargelegt, nicht enthalten.

Aber überflüssig ist sie auch nicht. Richtig verstanden, ist mit dem „anwendbaren nationalen Recht“ nicht das Verfahrensrecht, sondern das nationale materielle Recht gemeint.

Die in die Verfolgungszuständigkeit der EUStA fallenden Delikte sind nicht in einer EU-Verordnung aufgelistet, was möglich gewesen wäre. Sie sind vielmehr in einer Richtlinie umschrieben, die der Umsetzung in nationales Recht durch die Mitgliedstaaten der EU bedurfte.<sup>24</sup> Die Bundesrepublik hat die Umsetzung vorgenommen und damit nationale Strafvorschriften geschaffen, die von der EUStA künftig anzu-

wenden sind. Diese Strafvorschriften sind zwangsläufig nicht in allen Mitgliedstaaten völlig identisch; es ist daher sinnvoll, die zentrale Strafverfolgungsbehörde darauf hinzuweisen.

Dieses Verständnis von Art. 26 Abs. 1 EUStA-VO ermöglicht zwanglos eine in sich konsistente Auslegung der Vorschrift. Mit dem Kriterium eines berechtigten Grundes legt sie den erforderlichen Verdachtsgrad selbst und ohne Verweis auf nationales Recht fest. Das nationale materielle Strafrecht ist Bezugspunkt und Gegenstand des Verdachts; ist danach ein Verdacht zu bejahen, besteht keinerlei Ermessensspielraum. Die EUStA hat bei der Entschließung, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist zu prüfen, ob die vorliegenden tatsächlichen Anhaltspunkte bei ihrer Subsumtion unter die nationale Strafvorschrift geeignet sind, den Verdacht einer Straftat zu begründen.

---

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, Rn. 61 f. = BVerfGE 111, 307.

<sup>23</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, Rn. 82 = BVerfGE 128, 326.

<sup>24</sup> EU RL 2017/1371 v. 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU 2017 Nr. L 198, S. 29, umgesetzt durch Gesetz v. 19.6.2019 (BGBl. I 2019, S. 844).