

AUSGABE 12/2010

S. 735 - 788

5. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Europäisches Strafrecht

Noch einmal: Zur Kritik der rechtsstaatlichen Brethaftigkeit des EU-Geldsanktionengesetzes, des europatümelnden strafrechtlichen Neopositivismus und seiner Apologie von Böse

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, München 735

Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik

Von Wiss. Assistent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg 742

Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick

Von Wiss. Angestellter Dominik Brodowski, LL.M. (Univ. Pennsylvania), Tübingen 749

Strafverfahrensrecht

Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Beatrice Brunhöber, Berlin 761

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010

(RiBayObLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Karl Heinz Gössel, München) 772

Internationales Strafrecht

Stefan Kirsch, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 2009

(Prof. Dr. Hans Vest, Bern) 774

Göran Sluiter/Sergey Vasiliev, International Criminal Procedure: Towards a coherent body of law, 2008

(Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main) 776

VARIA

Strafrecht

**Recht ohne Regeln? – Die Entformalisierung des Strafrechts
Kolloquium des Instituts für Kriminalwissenschaften der Georg August Universität Göttingen am 10.7.2009**

Von Dipl.-Jurist Amir Michaelsen, Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen 777

Europäisches Strafrecht

Die Umsetzung der Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit

Expertengespräch an der Deutschen Hochschule der Polizei am 9.9.2010
Von Wiss. Mitarbeiterin Laura Birkenstock, Münster 783

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Katharina Beckemper

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Noch einmal: Zur Kritik der rechtsstaatlichen Brechsthaftigkeit des EU-Geldsanktionengesetzes, des europatümelnden strafrechtlichen Neopositivismus und seiner Apologie von Böse*

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

I. Totschweigen zählt nicht mehr

Der von mir gemeinsam mit *Benjamin Roger* publizierten Kritik¹ am neuen EU-Geldsanktionengesetz² ist von *Böse*³ entgegengehalten worden, wir hätten eine „Skandalisierung“ vorgenommen,⁴ die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts auf den Kopf gestellt,⁵ manches zunächst „verschwiegen“ (wenn auch später erwähnt),⁶ mit unseren Aussagen „nur ungläubiges Staunen“ hervorgerufen⁷ und unsere haltlose⁸ Kritik wiederholt „völlig überzogen“⁹.

Wer nur diese Heftigkeiten liest, wird in unserem Artikel eine extreme Polemik vermuten, was sich aber schon durch dessen schlichte Lektüre widerlegt und deshalb die vorliegende Erwiderung nicht nötig gemacht hätte, wenn es nicht im Kern um eine fundamentale Frage des Selbstverständnisses und damit auch der Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft in der EU ginge: Ich habe mich seit 2002 in zahlreichen Arbeiten dafür eingesetzt, die (in dieser Zeit permanent weiter ausgebaut) Strafgesetzgebungskompetenz der EG/EU an eine vollständige demokratische Legitimation und die Respektierung der im 19. Jahrhundert erkämpften Prinzipien des materiellen Rechtsstaats zu binden.¹⁰ *Böses* Artikel

repräsentiert dagegen eine ganz bestimmte Richtung des europarechtlichen und europastrafrechtlichen Schrifttums, die getreu dem ebenso plakativen wie historisch und sachlich

von dem sich dafür primär zuständig fühlenden Zweig der deutschen Rechtswissenschaft bis heute mit dem klassischen Inversions(Fehl-)Schluss gerechtfertigt, dass EG und EU kein Bundesstaat seien und deshalb keiner direkten demokratischen Legitimation bedürften – obwohl die allein maßgebliche materielle Frage lauten muss, ob die Kompetenzen, die EG und EU an sich gezogen haben, so beträchtlich sind, dass sie nur einem demokratisch unmittelbar legitimierten Parlament anvertraut werden dürften, wie dies nun aber bei der Strafgesetzgebung als dem Inbegriff der zerstörerischen Macht des Staates seit der Geburtsstunde der Ideen der Demokratie und der Gewaltenteilung auf der Hand liegen sollte.“ *Schünemann* im – im Angesicht des EuGH-Präsidenten gehaltenen – Eröffnungsreferat der den „AE II“ diskutierenden Konferenz von Thessaloniki, in: *Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 61 f.: „Die im sog. dritten Pfeiler durch den Vertrag von Amsterdam dem Rat, also einem Gremium von Regierungsmitgliedern, zuerkannte Kompetenz zur Fassung von Rahmenbeschlüssen auf dem Gebiet der Strafrechtspflege [...] legt ebenso die Axt an die Wurzel eines demokratischen Strafrechts in Europa wie die vom Europäischen Gerichtshof in einer mit den Regeln der richterlichen Rechtsfindung nicht mehr zu vereinbarenden Weise proklamierte Bejahung einer allgemeinen Annexkompetenz der EG auf dem Gebiet des Strafrechts. Dieses unheilbare, in der europarechtlichen Diskussion viel zu lange übersehene demokratische Defizit speziell im Strafrecht wird von einer unzulänglichen inhaltlichen Beachtung der rechtsstaatlichen Erfordernisse begleitet [...]“; schließlich vor dem Unterausschuss „Europarecht“ des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, dem diese Gesichtspunkte bis dato böhmische Dörfer gewesen waren und wohl weiterhin bleiben werden, *Schünemann*, *KritV* 2008, 6 f.: „Dass dieser Grundsatz [scil. demzufolge die Angelegenheiten des Strafrechts durch den Gesetzgeber geregelt werden müssen, bei dem es sich in einer Demokratie nur um das Parlament handeln kann] nur respektiert wird, wenn das Parlament über die Strafgesetze in souveräner Freiheit befindet, ist eine analytische Aussage und deshalb unbestreitbar. Dass dies im Vertrag von Amsterdam bei Einführung der Rahmenbeschlüsse in der sog. Dritten Säule missachtet und seitdem zumeist übersehen (oder sogar geflissentlich ignoriert) worden ist, ändert an der Wahrheit dieses Satzes so wenig, wie der Jahrtausende alte Irrglaube an das ptolemäische Weltbild den Kreislauf der Erde um die Sonne hinweg zu eskamotieren vermochte.“ S. auch *Lüderssen*, *GA* 2003, 71 (84): „Mit dem Strafrecht, das für ganz Europa gelten soll, muss man so lange warten, bis die gesamteuropäische parlamentarische Legitimation gegeben ist.“

* Erwiderung auf den Beitrag von *Böse*, *ZIS* 2010, 607.

¹ *Schünemann/Roger*, *ZIS* 2010, 515.

² V. 18.10.2010, *BGBI. I* 2010, S. 1408.

³ *Böse*, *ZIS* 2010, 607; warum *Böse* darin im Untertitel eine „Replik“ sieht, ist mir nicht ganz deutlich, es sei denn, *Böse* würde sich mit dem Gesetzgeber identifizieren, den wir in der Tat kritisiert hatten.

⁴ *Böse*, *ZIS* 2010, 607.

⁵ *Böse*, *ZIS* 2010, 607 (608).

⁶ *Böse*, *ZIS* 2010, 607 (608 in Fn. 21).

⁷ *Böse*, *ZIS* 2010, 607 (609).

⁸ *Böse*, *ZIS* 2010, 607 (613).

⁹ *Böse*, *ZIS* 2010, 607 (609).

¹⁰ Um das mit einigen wörtlichen Zitaten zu belegen: Nach *Schünemann*, *StV* 2003, 531 (533): „[...] greift das von den Regierungen einseitig beschlossene Konzept des Europäischen Haftbefehls so tief in die Prärogativen einer parlamentarischen Gesetzgebung ein, dass es über die [...] sog. dritte Säule [...] substantiell hinausgeht und die deutschen Gesetzgebungsorgane sich hüten mögen, ihre demokratische Verantwortung zu verraten und auf eine damit nicht zu vereinbarende Rolle als Lakai von Brüssel zu schrumpfen.“ S. ferner *Schünemann*, *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, 2004, S. 4: „Jedenfalls das Strafrecht, bei dem es früher um die physische Auslöschung und heute zumindest bei der Freiheitsstrafe um die Auslöschung der sozialen Existenz des Bürgers geht, muss eine direkte demokratische Legitimation durch Parlamentsgesetz vorweisen können.“ *Schünemann*, *StV* 2005, 681 (684 f.): „Die gravierenden demokratischen Defizite des europäischen Rechtssetzungsapparats werden

unzutreffenden Satz *Joachim Vogels*, Strafrecht sei etwas so Besonderes nicht,¹¹ vor den zentralen Legitimationsmängeln der im Kern gubernativen und bis heute fast durchweg zur Steigerung der Punitivität und des Zugriffs der Strafverfolgungsbehörden eingesetzten EU/EG-Strafrechtsetzung die Augen verschließt und einem in seiner europatümelnden Kritiklosigkeit seit mehr als 50 Jahren in der deutschen Strafrechtswissenschaft unbekanntem Neopositivismus huldigt. Ich bin *Böse* außerordentlich dankbar dafür, dass er unsere ganz normale Kritik am EU-Geldsanktionengesetz als eine „Skandalisierung“ empfunden und dadurch eine Auseinandersetzung eröffnet hat, die man unabhängig vom inhaltlichen Standpunkt im Interesse des wissenschaftlichen Dialogs nur begrüßen kann, nachdem das europarechtliche und europastrafrechtliche Standardschrifttum die zentrale Frage der von Regierungsvertretern gefassten Rahmenbeschlüsse nach ihrer Verbindlichkeit für die einzelstaatlichen Parlamente als Repräsentanten der souveränen Völker so gut wie ignoriert hatte.¹² Freilich kann die lange Zeit so probate Methode der drei Affen auch nicht mehr länger fortgesetzt werden, seitdem das BVerfG in seiner Lissabon-Entscheidung¹³ die qualifizierten und auch im Lissabon-Vertrag trotz seiner unleugbaren demokratischen Verbesserungen noch nicht ausreichend befriedigten Legitimationsanforderungen des Strafrechts zu einem Kernpunkt seines Urteils gemacht hat. Immerhin hat die Methode des Totschweigens insoweit einen letzten Erfolg verbuchen können, als auch dem BVerfG verborgen geblieben war, dass die „Karawane zur Europäisierung des Strafrechts“ ungerührt ob des „Hundegebells“ über exakt jenen Gegenstand weitergezogen war,¹⁴ der nunmehr in Gestalt des

„Löwengebrülls“ eines Verfassungsorgans nicht mehr überhört werden konnte. Freilich hat auch seine Entscheidung im Kreise der professionellen Europarechtler nur Hohn und Spott geerntet, so wenn ihm entgegengehalten wurde, es benötige 421 Randziffern, um einige verwirnte Punkte vorzutragen,¹⁵ es sei im Denken des 19. Jahrhunderts verhaftet,¹⁶ stelle die EU „unter Karlsruher Totalaufsicht“¹⁷, wobei seine Kriterien die Gestalt einer Hydra¹⁸ hätten, es strafe elementare Grundsätze verfassungsdogmatischen Arbeitens und Argumentierens mit Nichtachtung, zeichne sich durch eine Geringschätzung des Rechtshandwerklichen aus, bezeuge ein grundlegendes Missverständnis der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG¹⁹ und sei in der Begründung inkonsistent, willkürlich und feindselig,²⁰ so dass das BVerfG in seiner „Bundesstaatsblindheit“²¹ zu einer Rolle als auf taube Ohren stoßender Störenfried verurteilt sei, wenn es weiterhin „dunkle Signale an den EuGH aussende“,²² weshalb nach diesem Umstieg des „Musterknaben ins Bremserhäuschen“ von den Klagen künftiger Gauweilers und Lafontaines Gefahr drohe.²³

¹¹ Wiedergegeben bei *Kreß*, ZStW 166 (2004), 447 (450).

¹² Im Standardschrifttum wurde und wird regelmäßig nur die (für die demokratische Legitimation unwichtige) fehlende unmittelbare Wirkung der Rahmenbeschlüsse hervorgehoben, s. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 4; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 6, § 9 Rn. 33 (deutlicher noch *Satzger*, NStZ 2009, 297 [305]: „Zweifellos sind Rahmenbeschlüsse rechtlich verbindlich“); *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 30, § 8 Rn. 55; *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 476; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 34 EUV Rn. 13. Auch *Dannecker* mochte den Studenten in der speziell für sie verfassten Darstellung (Jura 2006, 95; 173) so ernste Fragen nicht zumuten, um sie wohl davor zu bewahren, sich die dem Juristen angeborne Farbe der Entschliebung allzu früh durch tieferer Gedanken Blässe ankränkeln zu lassen. S. im Übrigen zur gesamten Diskussion einschl. der „Europarechtler“ die Darstellung und Nachw. bei *Schünemann*, in: Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 109.

¹³ BVerfGE 123, 267.

¹⁴ Hierbei liegt es mir fern, mich über fehlende Zitate des BVerfG bezüglich meiner oben in Fn. 10 nachgewiesenen Arbeiten zu beklagen, denn als Rechts- und damit auch Entscheidungssociologe kann ich auch mit diesem Befund sehr

gut leben. Aber zumindest hätte man erwarten können, dass das BVerfG die von 123 deutschsprachigen Strafrechtslehrern unterzeichnete Resolution auf der Bayreuther Strafrechtslehrertagung 2003 zur Kenntnis genommen hätte, deren Themen auf der anschließenden, von mir in Bayreuth angestoßenen Sondertagung im November 2003 in Dresden (publiziert in ZStW 116 [2004], 275-474) intensiv weiter ausgearbeitet und diskutiert worden sind und deren Nr. 3 folgendermaßen lautet: „Es ist zumindest auf dem Gebiet des Strafrechts eine unverzichtbare Bedingung der Demokratie, dass die Bürger nur solchen Eingriffen in ihre Freiheit ausgesetzt sind, auf deren Regelung sie durch eine parlamentarische und nicht durch eine gubernative Rechtsetzung Einfluss nehmen konnten“ (mitgeteilt bei *Schünemann*, GA 2004, 193 [203]).

¹⁵ [...] „to make several confused points“, *Halberstam/Möllers*, German Law Journal 2009, 1241 (1257).

¹⁶ *C.O. Lenz*, FAZ v. 8. 8. 2009, S. 7.

¹⁷ *Calliess*, FAZ v. 1.9.2009, S. 8.

¹⁸ *Oppermann*, EuZW 2009, 473.

¹⁹ *Jestaedt*, Der Staat 48 (2010), 497 (die einzelnen Zitate S. 514, 502, 507).

²⁰ *Murkens*, Der Staat 48 (2010), 517 (534).

²¹ *Schönberger*, Der Staat 48 (2010), 535 (544 ff.).

²² *Thym*, Der Staat 48 (2010), 559 (571 f.).

²³ *Oppermann*, EuZW 2009, 473. Auf die in einer juristischen Fachzeitschrift ungewöhnliche Diffamierung der bei der Anrufung des BVerfG von ihren verfassungsmäßigen Rechten korrekt Gebrauch machenden und die Richtigstellungen des BVerfG überhaupt erst ermöglichenden Abgeordneten Gauweiler und Lafontaine durch *Oppermann* soll hier nicht näher eingegangen werden; es genügt, auf die Korrektur der giftigen Schmähkritik der zuvor zitierten Autoren durch *Grimm*, Der Staat 48 (2010), 475 und *Wahl*, Der Staat 48 (2010), 587 hinzuweisen.

II. Keine Bindung an strafrechtliche Rahmenbeschlüsse

Böse vermeidet es wohlweislich, in den Chorgesang der giftigen BVerfG-Schelte als Mitläufer einzustimmen,²⁴ sondern hat genau umgekehrt unserer Kritik am Verhalten des Bundestages, der sich durch den „Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen“²⁵ irrig gebunden gefühlt und deshalb nicht in „bewusster normativer Freiheit“²⁶ entschieden habe, vorgeworfen, die Argumentation des BVerfG auf den Kopf zu stellen, weil dieses die Wahrung demokratischer Legitimation in erster Linie über die nationalen Parlamente begründet habe.²⁶ Aber das verwechselt den Kopfstand mit einem argumentum a fortiori, mit dem wir aus den strengen Anforderungen, die das BVerfG an die demokratische Legitimation der unter voller Mitwirkung des Europaparlaments stattfindenden zukünftigen Strafgesetzgebung gestellt hat, auf eine eindeutig unzulängliche demokratische Legitimation der von Regierungsvertretern gefassten Rahmenbeschlüsse gemäß Art. 34 EUV und auf die daraus folgende normative Unverbindlichkeit für die einzelstaatlichen Parlamente geschlossen hatten. Wenn laut BVerfG „der Gesetzgeber mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns übernimmt, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt, wenn das Strafrecht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum steht und der Vertrag von Lissabon deshalb die neugegründeten Kompetenzen mit einer sog. Notbremse versieht, die es dem (letztlich parlamentarisch verantwortlichen) Vertreter eines Mitgliedstaates im Rat erlaubt, mit seinem Veto strafrechtsbedeutsame Richtlinien jedenfalls für sein Land zu verhindern (Art. 83 Abs. 3 AEUV)“, und für die dieses schließlich das notwendige Maß an demokratischer Legitimation über die mitgliedstaatlichen Parlamente aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts nur dadurch gewährleistet sieht, dass der deutsche Vertreter im Rat die genannten mitgliedstaatlichen Rechte nur nach Weisung des deutschen Bundestages ausübt,²⁷ so kann für einen ohne Beteiligung des Europaparlaments allein von den Vertretern der Regierungen gefassten Rahmenbeschluss keine geringere demokratische Legitimation verlangt werden, woraus aber wiederum mit Notwendigkeit folgt, dass Rahmenbeschlüsse, denen der Bundestag nicht durch entsprechende Anweisung des deutschen Vertreters vorher zugestimmt hat, den Bundestag verfassungsrechtlich nicht verpflichten können; vielmehr muss der Bundestag dann über deren Transformation in deutsches Recht in „normativer Freiheit“ entscheiden, wie schon in dem insgesamt freilich wenig klaren Urteil zum europäischen

Haftbefehlsgesetz ausgesprochen worden ist.²⁸ Selbstverständlich kann die souveräne Prüfung des Bundestages hierbei auch zu dem Ergebnis führen, dass der Rahmenbeschluss inhaltlich wohlabgewogen, vernünftig und deshalb ungeachtet der fehlenden Verbindlichkeit im Interesse einer harmonisierten europäischen Regelung in deutsches Recht zu transformieren ist, so dass das von *Böse* versuchte argumentum ad absurdum, nach unserer Ansicht könne nur die Verweigerung der Umsetzung als demokratisch legitimiert anzuerkennen sein,²⁹ ersichtlich auf einem Missverständnis beruht und deshalb irrig ist. Speziell beim EU-Geldsanktionengesetz haben sich die den Beschluss des Bundestages vorbereitenden und dafür repräsentativen Mitglieder des Rechtsausschusses aber eindeutig gebunden gefühlt³⁰ und deshalb nicht als Souverän, sondern als „Lakai von Brüssel“ entschieden.

Wenn *Böse* schließlich als Trumpf die völkerrechtliche Bindung Deutschlands im Rahmen des früheren dritten Pfeilers ausspielt,³¹ so würde das erstens am innerstaatlichen Vorrang des Grundgesetzes nichts ändern, zweitens könnte die angebliche Verbindlichkeit vor dem EuGH nicht eingeklagt werden,³² drittens kann die Union als Zusammenschluss von Demokratien von ihren Mitgliedern schwerlich etwas verlangen, was mit dem Fundament des demokratischen Prinzips nicht zu vereinbaren ist. Angesichts der zahlreichen impliziten Prinzipien, die der EuGH im Laufe seiner Rechtsprechung in das Primärrecht der EG und EU hineininterpret-

²⁴ S. aber auch seinen Beitrag in *Böse*, ZIS 2010, 76.

²⁵ Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen v. 24.2.2005, ABl. EU 2005 Nr. L 76/16.

²⁶ *Böse*, ZIS 2010, 607 (608).

²⁷ BVerfGE 123, 267 (410, 413 f. = Tz. 358, 365).

²⁸ BVerfGE 113, 273 (315 = Tz. 116). Wenn *Böse* versucht, diese Wendung von der Verbindung mit dem Demokratieprinzip abzukoppeln (*Böse*, ZIS 2010, 607 u./608 o.), so verkennt er die inhaltliche Kontinuität mit den Ausführungen des BVerfG in BVerfGE 113, 273 (301 = Tz. 81): „Ein Rahmenbeschluss [...] bedarf der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, und die Umsetzung ist nicht gerichtlich durchsetzbar. Das Europäische Parlament, eigenständige Legitimationsquelle des europäischen Rechts, wird in dem Rechtsetzungsprozess lediglich angehört (vgl. Art. 39 Abs. 1 EU), was im Bereich der ‚dritten Säule‘ den Anforderungen des *Demokratieprinzips entspricht, weil die mitgliedstaatlichen Legislativorgane die politische Gestaltungsmacht im Rahmen der Umsetzung, notfalls auch durch die Verweigerung der Umsetzung, behalten.*“ (*Hervorhebung vom Verf.*). Wenn hieran ein offensichtlich von *Böse* geteiltes „Unbehagen“ im Minderheitsvotum (sic!) von *Lübbe-Wolff* artikuliert wurde (worauf *Böse*, ZIS 2010, 607 [608 li. Sp. Mitte] abhebt), so kann ich nur mit Behagen feststellen, dass dadurch meine Interpretation naturgemäß bestätigt wird.

²⁹ *Böse*, ZIS 2010, 607 (608 li. Sp.).

³⁰ In diesem Sinne äußerten sich sowohl die Vertreter der Regierungsfractionen als auch der Abgeordnete *Montag* im erweiterten Berichterstattergespräch des Rechtsausschusses am 5.7.2010.

³¹ *Böse*, ZIS 2010, 607.

³² Denn ein Vertragsverletzungsverfahren bezüglich der Rahmenbeschlüsse der früheren 3. Säule ist auch weiterhin nicht vorgesehen, siehe Art. 35 EUV a.F., BVerfGE 113, 273 (301) und Art. 10 Abs. 1 des Protokolls Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon.

tiert hat,³³ stößt es auf keinerlei methodische Hindernisse, ein derartiges Prinzip als Begrenzung der Verbindlichkeit von Rahmenbeschlüssen als impliziten Vorbehalt des EUV anzuerkennen.³⁴

III. Unzulängliche Verfahrensgarantien

1. Hier wirft *Böse* uns zunächst vor, wir hätten die umfassende Schutzwirkung des europäischen ordre public übersehen.³⁵ Aber abgesehen davon, dass die von ihm als Beleg angeführten Fundstellen in Wahrheit gegen seine Position sprechen,³⁶

³³ S. nur EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/64 (*Costa v. E.N.E.L.*) = Slg. 1964, 125 (Vorrang des Gemeinschaftsrechts, dazu *Streinz* [Fn. 12], Rn. 216 ff.); EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90 (*Francovich*) = Slg. 1991, I-5357 (Staatshaftung, dazu *Streinz* [Fn. 12], Rn. 417 ff., 461 ff.); EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03 (*Pupino* – Rahmenbeschlusskonforme Auslegung, dazu die krit. Anm. v. *Hillgruber*, JZ 2005, 841 [844]: „ausbrechender Rechtsakt“); ferner die Rspr. zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, dazu *Streinz* (Fn. 12), Rn. 443 ff.

³⁴ Bei diversen Ländern gehörte die Einlegung eines Parlamentsvorbehalts zu einer vielfach geübten Praxis (s. pars pro toto die Ratsdokumente 10330/10 [Richtlinie Menschenhandel], S. 1; 6538/10 [Richtlinie Europäische Schutzanordnung], S. 1; 14567/09 [Rahmenbeschluss Kompetenzkonflikte], S. 2; 13749/08, S. 1 [Rahmenbeschluss Europäische Überwachungsanordnung], S. 1; 14133/09 [Rahmenbeschluss Übertragung von Strafverfahren], S. 1), so dass die Konzession eines impliziten Parlamentsvorbehalts nicht aus dem institutionellen Rahmen der EU herausfallen würde.

³⁵ *Böse*, ZIS 2010, 607 (608 f.).

³⁶ Die von *Böse* (ZIS 2010, 607 [608 in Fn. 22]) zitierten *Schomburg/Hackner* stellen nicht ausschließlich auf den völkerrechtlichen Mindeststandard ab; sie sprechen vielmehr von dem „im Grundgesetz verankerten rechtsstaatlichen Mindeststandard“. Überdies spielt dort der Hintergrund „humanitärer“ Erwägungen im Zusammenhang mit der Vollstreckungsübernahme bei im Ausland bereits einsitzenden Deutschen (*Schomburg/Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, § 49 Rn. 6 sowie Vor § 48 Rn. 4a) eine Rolle, die zu meist selbst beantragen werden, in ihrer Heimat die Strafe zu verbüßen, während die Interessenlage bei der Vollstreckung ausländischer Geldstrafen oder Geldbußen eine andere ist. Zudem gilt auch nach *Schomburg/Hackner* ([a.a.O.], § 49 Rn. 7), § 73 IRG neben § 49 IRG (welcher [nur] in seinem Anwendungsbereich *lex specialis* sei). Auch die Kommentierung von *Vogel* (in: *Grützner/Pötz/Kreß* [Hrsg.], Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 17. Lfg., Stand: September 2010, § 73 IRG Rn. 79 ff.), rekurriert auf Art. 6 EMRK nur als Teilbereich der Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, während *Lagodny* (in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner* [a.a.O.], § 73 Rn. 14 ff., 43-45) sich sogar ausdrücklich (und gegen das BVerfG) für eine umfassende Geltung der Grundrechte ausspricht (freilich in den engen Grenzen, die er ihnen schon im nationalen Rahmen zuweist). Auch *Vogel/Matt* (StV 2007, 206 [211]) unterstreicht

verkennt *Böse* in mehrfacher Hinsicht die strukturellen Grenzen der Rechtsprechung des EGMR: Sie setzt nicht nur ein so zeitraubendes Verfahren voraus, dass sie als effektives Instrument individuellen Rechtsschutzes nur für Betroffene von der charakterlichen Festigkeit eines Michael Kohlhaas in Betracht kommt. Sie ist auch nicht nur als alltäglicher Kontrollfundus für die deutsche Justiz wenig praktikabel, weil sie kasuistisch ist und stets unter dem Vorbehalt prüft, dass eine Beschneidung einzelner Garantien das Verfahren auch „insgesamt“ unfair machen muss, was im Alltagsgeschäft einen unverhältnismäßigen Prüfungsaufwand erfordert. Sie ist vor allem auch im Vergleich mit grundlegenden Anforderungen des deutschen Rechts allzu nachgiebig und lückenhaft. Um das an einigen Aspekten zu exemplifizieren: Der *nemo tenetur-Grundsatz*³⁷ ist nach der EGMR-Rechtsprechung in diversen Bereichen nur schwach ausgeprägt und insgesamt nur lückenhaft geschützt, so, wenn das „beredte Schweigen“ zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden darf³⁸ oder allgemein Schlüsse aufgrund „gesunden Menschenverstands“ für zulässig erklärt werden³⁹ oder wenn der Staat zu keiner umfassenden Belehrung des Beschuldigten vor dessen Vernehmung verpflichtet sein soll und auch sonst „*nemo tenetur*“ kein absolutes Recht sein soll.⁴⁰ Dementsprechend wurde sogar die über eine strafbewehrte Aussagepflicht konstruierte österreichische Kfz-Halterhaftung vom EGMR für mit der EMRK vereinbar erklärt,⁴¹ während deutsche Behörden und Gerichte dies – zu Recht – anders sehen.⁴² Auch eine Schuld-

chen die Lücken des europäischen ordre public, ebenfalls zweifelnd bzgl. der Zulänglichkeit auch *Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleiß*, NSTZ 2006, 663. Bezüglich der Abwesenheitsurteile hatten wir entgegen *Böse* (ZIS 2010, 607 [608 in Fn. 21]) nicht die mangelnde Bestimmtheit moniert, sondern (im Gegenteil) die eng begrenzte Fassung der abschließenden Ablehnungsgründe.

³⁷ Dazu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 25 Rn. 1 m.w.N.

³⁸ S. *Grabenwarter/Pabel*, in: *Grote/Maruhn* (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 14 Rn. 153 f.; krit. *Paeffgen*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 35. Lfg., Stand: Januar 2004, Art. 6 EMRK Rn. 82: allenfalls beim sog. Teilschweigen zu rechtfertigen.

³⁹ *Paeffgen* (Fn. 38), Art. 6 EMRK Rn. 84.

⁴⁰ EGMR, Urt. v. 8.2.1996 – 18731/91 (*Murray v. GB*) = EuGRZ 1996, 587 m. krit. Anm. *Kühne*, ausf. u. krit. zum Ganzen *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2001, S. 522 ff.; ferner *Paeffgen* (Fn. 38), Art. 6 EMRK Rn. 83 f.

⁴¹ EGMR, Urt. v. 8.4.2004 – 38544/97 (*Weh v. Österreich*) = JR 2005, 423 mit krit. Anm. *Gaede*.

⁴² Vgl. zuletzt FG Hamburg, Beschl. v. 16. 03. 2010 – 1 V 289/09: Die österreichische Sanktion, und damit auch eine allfällige Vollstreckung in Deutschland, verstoße gegen „wesentliche Rechtsgrundsätze der verfassungsmäßigen Ordnung“ der BRD, namentlich gegen das Schweigerecht und den *nemo-tenetur-Grundsatz*. Den (weniger strengen) EGMR-Standard spricht das Gericht explizit an, steht aber

vermutung hält der EGMR nicht für gem. Art. 6 Abs. 2 komplett ausgeschlossen,⁴³ ebenso wie das Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 7 MRK weniger stringent ausgestaltet ist als in Art. 103 Abs. 2 GG: Vor allem fordert die EMRK nicht zwingend ein *Gesetz*, woraus der EGMR die Zulässigkeit richterrechtlicher Tatbestände des common law folgert.⁴⁴ Dass auch die BRD vom EGMR verschiedentlich wegen EMRK-Verletzungen verurteilt wurde, kann entgegen *Böse*⁴⁵ kein ernsthaftes Argument zur Hinnahme der auf anderen Feldern stattfindenden Unterschreitung des deutschen Rechtsstaatsstandards liefern.

2. Was unser angebliches Missverständnis zum Rechtsschutzdefizit⁴⁶ anbetrifft, so hat das BVerfG (entgegen *Böse*) nicht nur verlangt, dass das Formular zum europäischen Haftbefehl die vorgesehenen Informationen enthalten müsse, sondern darüber hinaus eine ggf. weitreichende (Plausibilitäts-)Prüfung der Tatbestandsmerkmale angemahnt;⁴⁷ entsprechende *materiale* Ablehnungsgründe sind im Rahmenbeschluss und seiner Umsetzung im EU-Geldsanktionengesetz dagegen nicht ersichtlich (womit nur ein sehr formales Prüfprogramm des Gerichts übrig bleibt). Die von *Böse* angeführte Amtsaufklärungspflicht fügt dagegen (was er verkennt) dem Umfang der Prüfung nichts hinzu, sondern beschreibt nur die Art ihrer Durchführung.⁴⁸

3. *Böses* Argument aus der angeblich auch aus der Perspektive des deutschen Rechts hinreichend wirksamen Ver-

auf dem Standpunkt, dass die Geltung der deutschen Grundrechtsstandards durch die EMRK nicht eingeschränkt werden solle. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Verweis auf Art. 53 EMRK („Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer Hohen Vertragspartei oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden.“), der durch die Einschränkung auf einen „europäischen ordre public“ untergraben würde.

⁴³ EGMR, Urt. v. 7.10.1988 – 10519/83 (Salabiaku v. Frankreich) = Serie A Nr. 141, S. 15, § 28, vgl. auch *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 38), Kap. 14 Rn. 157 sowie die Kritik von *Paeffgen* (Fn. 38), Art. 6 EMRK Rn. 190.

⁴⁴ *Kadelbach*, in: Grote/Marauhn (Fn. 38), Kap. 15 Rn. 7 u. Verweis auf EGMR A 335-B, §§ 34 ff; A-335-C, § 32. In den zitierten Fällen beriefen sich die Täter auf die bis dahin nach ständigem Richterrecht geltende Strafflosigkeit der Vergewaltigung in der Ehe; *Paeffgen* (Fn. 38), Art. 7 EMRK Rn. 21 f. sieht darin einen klaren Verstoß gegen das Analogieverbot.

⁴⁵ *Böse*, ZIS 2010, 607 (609 oben).

⁴⁶ *Böse*, ZIS 2010, 607 (609).

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 9.10.2009 – 2 BvR 2511/09, Rn. 29 ff.

⁴⁸ Dementsprechend werden auch von *Böhm/Rosenthal*, die *Böse* zitiert (*Böse*, ZIS 2010, 607 [609 in Fn. 31]), nur solche Fälle wie Folter im ersuchenden Staat u.ä. genannt und im Übrigen die Darlegungslast betont, die den Beschuldigten treffe (*Böhm/Rosenthal*, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht in der Praxis 2008, Rn. 608; auch *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner [Fn. 36], § 30 Rn. 11).

teidigung in Abwesenheit des Angeklagten⁴⁹ widerlegt sich deshalb selbst, weil die angezogenen Vorschriften (§§ 233 f. StPO) nur die Entbindung des Angeklagten auf dessen Antrag hin vorsehen, ihm also die Entscheidung über den Verteidigungsbedarf zuweisen. Ähnlich irreführend ist sein Hinweis⁵⁰ auf das „Tatortprinzip“ in dem „Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege“ der von mir gegründeten und geleiteten internationalen Arbeitsgruppe,⁵¹ weil er die dort im Einzelnen ausgearbeiteten Vorschläge zur Sicherung einer effektiven Verteidigung in transnationalen Strafverfahren, vor allem durch die neue Institution des Eurodefensor,⁵² einfach beiseitelässt.

IV. Der Verzicht auf beiderseitige Strafbarkeit

1. Dass das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit angesichts des Gesetzlichkeitsprinzips als Fundament des Strafrechts richtigerweise einen Eckstein der als Raum der Freiheit und des Rechts apostrophierten EU (Art. 3 Abs. 2 EUV) bilden müsste, habe ich an anderer Stelle oft genug geltend gemacht⁵³ und wir haben auch (entgegen *Böse*)⁵⁴ auf dessen leider nur teilweise erfolgte Anerkennung durch das BVerfG hingewiesen.⁵⁵ *Böses* Argumentation, die Vollstreckung setze „wegen der fundamentalen Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren“ selbst bei deutschen Strafurteilen nur deren Rechtskraft voraus und könne deshalb auch nach Aufhebung des Straftatbestandes fortgesetzt werden,⁵⁶ geht aus drei Gründen fehl: Zum ersten setzt sie voraus, dass das ausländische Urteil einem im Inland ergangenen gleichzustellen ist, was deshalb auf eine *petitio principii* hinausläuft, weil im letzteren Fall jedenfalls im Inland eine Strafbarkeit bestanden hat, an der es im ersten Fall fehlt. Zum zweiten prüft der deutsche Gesetzgeber bei jeder größeren Gesetzesaufhebung, ob er auch rechtskräftige Verurteilungen einbeziehen will, was er beispielsweise beim 4. StrRG ausdrücklich getan hat,⁵⁷ so dass ein diesbezügliches Unterlassen das aufgehobene Gesetz bei einer *benigna interpretatio* zu einem Zeitgesetz i.S.d. § 2 Abs. 4 StGB stempelt. Und zum dritten ist gerade in anderen Ländern der EU als normativ weitaus stärker überzeugende Konsequenz aus „*nulla poena sine lege*“ das Institut

⁴⁹ *Böse*, ZIS 2010, 607 (609 re. Sp. Mitte).

⁵⁰ *Böse*, ZIS 2010, 607 (609 re. Sp.).

⁵¹ Schünemann (Fn. 10 – Gesamtkonzept), S. 5-7.

⁵² Schünemann (Fn. 10 – Gesamtkonzept), S. 49 ff.

⁵³ *Schünemann*, StraFo 2003, 344 (345, 347 f.); *Schünemann*, StV 2003, 116 (121); *Schünemann*, StV 2003, 531 (532); *Schünemann*, StV 2005, 681 (683); *Schünemann* (Fn. 10 – Gesamtkonzept), S. 93, 110; s. auch *Braun*, wistra 2007, 401 (404 f.); *Roger*, GA 2010, 27 (38 f.). Offen gelassen von BVerfGE 113, 273 (317). Zumindest für Inlandstaten auch *Lagodny*, StV 2005, 515 (518), für alle Fälle ohne „erkennbaren Bezug“ zum Urteilsstaat *Pohl*, Vorbehalt und Anerkennung, 2009, S. 162 ff.

⁵⁴ *Böse*, ZIS 2010, 607 (610 li. Sp. oben).

⁵⁵ *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515 (518 Fn. 24).

⁵⁶ *Böse*, ZIS 2010, 607 (610).

⁵⁷ Art. 7 des vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts v. 23.11.1973, BGBl. I 1973, S. 1725, 1733.

der abolitio criminis anerkannt: Der italienische Codice Penale (iCP) etwa regelt dieses Institut in seinem anfänglichen Abschnitt über „Das Strafgesetz“. Nachdem Art. 1 iCP mit einem ausdrücklichen Verweis auf die Verfassung das Gesetzlichkeitsprinzip statuiert, bestimmt Art. 2, der die Problematik der Aufeinanderfolge von Strafgesetzen („Successione di leggi penali“) regelt, in seinem Abs. 2: „Niemand darf für eine Tat bestraft werden, die nach einem nachträglichen Gesetz keine Straftat mehr ist; ist ein Schuldspruch bereits ergangen, ist dessen Vollstreckung zu beenden, und alle strafrechtlichen Rechtsfolgen werden wirkungslos“. ⁵⁸ Dahinter steht die Überlegung, dass es irrational und widersprüchlich wäre, jemanden für eine Tat, die man inzwischen für rechtmäßig hält, dennoch (weiterhin) zu bestrafen, ⁵⁹ wobei auch auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz hingewiesen wird. ⁶⁰ Dasselbe gilt für Art. 2 des spanischen wie des portugiesischen Strafgesetzbuchs. ⁶¹ Böses vermeintlich stringentes Argument aus der in Deutschland kultivierten, im Verhältnis zum nulla-poena-Satz rein formalistischen Unterscheidung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren demaskiert also nur einen normativ brüchigen Positivismus, der speziell auf europäischer Ebene angesichts der normativ überzeugenden, umgekehrten Regelung in anderen Mitgliedstaaten nahezu peinlich wirkt. Ebenso formalistisch ist sein hartnäckiges Insistieren auf der Nomenklatur, der (die Geldstrafe einziehende und für sich behaltende!) Staat bestrafe nicht, sondern vollstrecke nur ⁶² – was an der Verantwortung für die Zufügung des Strafübels so wenig etwas ändern kann wie bei dem Henker oder (besonders instruktiv!) Pontius Pilatus. Wieso schließlich die Forderung einer beiderseitigen Strafbarkeit mit der sog. sinngemäßen Umstellung des Sachverhalts gem. § 49 Abs. Nr. 3 IRG nicht zu vereinbaren sein soll, ⁶³ habe ich nicht verstanden, denn der nulla-poena-Satz kann natürlich „nur“ fordern, dass der deutsche Staat keine

Verhaltensweisen sanktioniert, deren Strafbarkeit er abstrakt-generell abgelehnt hat.

2. Ob die BRD der Vollstreckung einer in Österreich nach den dortigen Regeln der Halterhaftung verhängten Geldstrafe mit der von Böse erneuerten Begründung ausweichen könnte, es handele sich nicht um den Verstoß „gegen eine den Straßenverkehr regelnde Vorschrift“ ⁶⁴, habe ich schon früher ventiliert. ⁶⁵ Die von Böse befürwortete „autonome“ Auslegung der Deliktskategorien nach dem „unionsrechtlichen Begriffsinhalt“ wird wegen dessen weitgehender Absenz eher leerlaufen; zudem findet sich weder im Rahmenbeschluss noch im IRG ein Anhaltspunkt dafür, denn es heißt dort ausdrücklich: „nach dem Recht des Entscheidungsstaats“ resp. „des ersuchenden Mitgliedstaats“ ⁶⁶. Dass jedenfalls die Kommission ein anderes Verständnis als Böse hat, zeigt ihr „Bericht auf der Grundlage von Artikel 14 des Rahmenbeschlusses 2003/577/JI“ ⁶⁷: „In B(elgien) sehen die Rechtsvorschriften gleichwohl vor, dass Abtreibung und Sterbehilfe nicht den Straftatbestand des Mordes oder der schweren Körperverletzung erfüllen. Dies läuft dem Rahmenbeschluss zuwider, da nicht das Recht des Vollstreckungsstaates, sondern das Recht des Entscheidungsstaates darüber entscheidet, ob ein Tatbestand unter die Liste fällt.“

3. Was die Vollstreckung ausländischer Geldstrafen gegen inländische juristische Personen anbetrifft, so versucht Böse die von uns geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken dadurch zu entkräften, dass er das Schuldprinzip unter Berufung auf das (von uns entgegen seiner Vermutung nicht als Ideengeber benutzte) Lissabon-Urteil auf die juristischen Personen nicht zukommende Menschenwürde reduziert, ⁶⁸ während wir auf das (auch juristische Personen schützende) Rechtsstaatsprinzip rekurriert hatten. ⁶⁹ Die dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 30 OWiG) widersprechende Zurechnung von Mitarbeiterhandeln unterhalb der Organebene hat das BVerfG entgegen Böse nicht materiell gebilligt, sondern sich nach den Grundsätzen der Solange 2-Entscheidung als Kontrollinstanz gegenüber dem EuGH schlicht für unzuständig erklärt. ⁷⁰ Und ob die von Böse als Ausweg propagierte Vorschrift des § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG diesen Schutz wird übernehmen können, erscheint keinesfalls gesichert, weil sie nach ihrem Wortlaut nur das rechtliche Gehör betrifft und auch nach der Intention des Gesetzgebers vor allem eine strenge Halterhaftung ausschließen soll. ⁷¹

⁵⁸ Im Original: „Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.“

⁵⁹ *Fiandaca/Musco*, Diritto Penale, Parte Generale, 6. Aufl. 2009, S. 88; *Nappi*, Guida al Codice Penale, 2. Aufl. 2008, S. 115; ähnlich *Marinucci/Dolcini*, Manuale di Diritto Penale, Parte generale, 3. Aufl. 2009, S. 88 f.

⁶⁰ So *Nappi* (Fn. 59).

⁶¹ Art. 2 N. 2 span. Código Penal: „No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.“ Dito portugies. CP: „O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.“ Ähnlich Art. 112-4 des französischen Code pénal im Abschnitt „De la loi pénale“ (Über das Strafgesetz), s. *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, 16^e édition, Paris 2009, S. 297 ff.

⁶² Böse, ZIS 2010, 607 (610 re. Sp. oben).

⁶³ Böse, ZIS 2010, 607 (610 li. Sp. unten/re. Sp. oben).

⁶⁴ Böse, ZIS 2010, 607 (610 re. Sp.).

⁶⁵ *Schünemann*, in: Hassemer (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 743 (S. 748 f.).

⁶⁶ Art. 5 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2003/577/JI; § 87b IRG.

⁶⁷ KOM (2008) 885 endg., S. 3.

⁶⁸ Böse, ZIS 2010, 607 (611).

⁶⁹ *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515 (521).

⁷⁰ BVerfG NJW 1987, 3077.

⁷¹ BT-Drs. 17/1288, S. 27 f.

V. Anpassung der Strafhöhe?

1. Während selbst im vertragslosen Vollstreckungshilfeverkehr eine Reduzierung auf das in der BRD zulässige Höchstmaß geboten ist (§ 54 Abs. 1 S. 3 IRG), besteht diese Möglichkeit nach dem EU-Geldsanktionengesetz nur unter der fernliegenden Voraussetzung, dass die Tat außerhalb des ersuchenden Mitgliedstaats begangen wurde und deutsche Strafgewalt begründete (§ 87f Abs. 2 IRG). Dass wir in dieser abermaligen Einengung „nahezu karikaturhafte Züge“ wahrgenommen haben,⁷² beruht also nicht etwa auf der uns von Böse unterstellten Unkenntnis des § 54 IRG,⁷³ sondern auf dem Gegenteil.

2. Dass das rechtsstaatliche Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit, dessen Verteidigung das wichtigste Ziel meiner dem BT-Rechtsausschuss am 5.7.2010 vorgelegten Stellungnahme war,⁷⁴ auch zu Konsequenzen bei der Strafhöhe zwingt, ist von uns⁷⁵ nur für den eigentlich evidenten Fall einer Überschreitung der nach deutschem Recht zulässigen Höchststrafe geltend gemacht worden. Man stelle sich etwa vor, für die Beleidigung (konkret eines Religionsdieners) sei hier eine Höchststrafe von 90 Tagessätzen vorgesehen, während sie in einem (künftigen) muslimischen Mitgliedstaat mit dem Verlust des gesamten Vermögens bestraft werde: Die Strafhöhe ist oft viel wichtiger als die Strafbarkeit als solche, und dass der Vollstreckungsstaat sich eine nach seinem Recht viel zu hohe Geldstrafe auch noch einverleiben wird, lässt die erwähnten „nahezu karikaturhaften Züge“ sogar anstößig erscheinen. Dies gilt vor allem auch für den praktisch wohl wichtigsten Bereich der Geldsanktionen im Straßenverkehr, die in Deutschland durch maßvolle Höhe bei flächendeckender Kontrolle, in vielen anderen Mitgliedstaaten durch exorbitante Höhe selbst für geringfügigste Verstöße bei nur punktueller Kontrolle gekennzeichnet sind,⁷⁶ wodurch sich die ausländische Sanktion in ihrer Unverhältnismäßigkeit als Mittel einer Sündenbockprojektion dekuviert und dadurch ihre Legitimität verliert, was dann erst recht für eine Vollstreckung durch deutsche Organe oberhalb der deutschen Höchstgrenzen gilt. Übrigens ist das Verschulden einer im Ausland begangenen Verkehrsverstöße wegen der regelmäßigen Überforderung durch die dort obwaltenden, ungewohnten Bedingungen typischerweise geringer, weshalb es mich nicht beeindrucken kann, dass laut Böse⁷⁷ 36 % der im Ausland Befragten eine „gleichmäßig strenge Verfolgung“ fordern, was vermutlich noch unter der Zahl der Befürworter der Todesstrafe liegt.

3. Sowohl im Europarats-Übereinkommen vom 21.3.1983 über die Überstellung verurteilter Personen⁷⁸ als auch im EG-Übereinkommen über die Vollstreckung ausländischer straf-

rechtlicher Verurteilungen⁷⁹ wurde in Art. 9 bzw. Art. 8 die Möglichkeit einer Umwandlung der Sanktionshöhe nach den Maßstäben des Rechts des Vollstreckungsstaats vorgesehen, und in Art. 26 des „Entwurfs einer Regelung transnationaler Strafverfahren in der Europäischen Union“⁸⁰ ist deshalb für den Fall eines vom Urteilsstaat ausgehenden Vollstreckungsersuchens die „große Anpassung“ in Gestalt einer Vertretbarkeitsprüfung vorgeschlagen worden. Dass Böse gegen die weitaus bescheideneren Passagen unseres Aufsatzes polemisiert und à tout prix die engstirnige gesetzliche Regelung verteidigt,⁸¹ setzt den Schlussstein in das von ihm gezimmerte Musterhaus des europatümelnden Neopositivismus. Mit seiner Schlussbemerkung, eine breiter angelegte Auseinandersetzung dürfte eher geeignet sein, den Prozess der Europäisierung kritisch zu begleiten und unter Umständen positiv zu beeinflussen,⁸² kann er deshalb schwerlich seinen eigenen Standpunkt gemeint haben, der die klassischen Garantien des demokratischen und liberalen Rechtsstaats allzu bereitwillig auf dem Altar der Europäisierung der Strafrechtspflege opfert.

⁷² Schönemann/Roger, ZIS 2010, 515 (522 li. Sp.).

⁷³ Böse, ZIS 2010, 607 (612 li. Sp. oben).

⁷⁴ Deren überarbeitete und ergänzte Fassung unser Aufsatz (Schönemann/Roger, ZIS 2010, 515) darstellt.

⁷⁵ Schönemann/Roger, ZIS 2010, 515 (522).

⁷⁶ Von mir als Rasenmäher- versus Faustschlagprinzip charakterisiert, s. Schönemann (Fn. 65), S. 743 (S. 744).

⁷⁷ Böse, ZIS 2010, 607 (612 Fn. 72).

⁷⁸ Überstellungsübereinkommen – BGBl. II 1991, S. 10.

⁷⁹ BGBl. II 1997, S. 1351.

⁸⁰ Siehe Schönemann (Fn. 10 – Gesamtkonzept), S. 41 ff.

⁸¹ Böse, ZIS 2010, 607 (611-613).

⁸² Böse, ZIS 2010, 607 (613).

Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik*

Von Wiss. Assistent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg

Das Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags bietet der Strafrechtswissenschaft die Gelegenheit, Vernachlässigtes nachzuholen. Nicht mehr der staatstheoretische Streit um die demokratische Legitimation der Europäischen Union oder die europarechtliche Analyse der Kompetenznormen sollte ihr Haupttätigkeitsfeld sein, sondern die straftheoretische Frage, zu welchen Zwecken die Kompetenzen überhaupt eingesetzt werden sollen. Die dringend notwendige Rationalisierung der europäischen Kriminalpolitik setzt eine Debatte über die Strafzwecke voraus. Anknüpfen kann diese Debatte an jene Präventions- und Vergeltungstheorien, die seit dem 17. Jahrhundert entwickelt und europaweit diskutiert worden sind.

The Treaty of Lisbon offers the opportunity for criminal jurisprudence to concentrate on an issue, which has been neglected for too long: criminal law theory. Instead of bemoaning the democratic deficiency of the European Union or concentrating on the articles giving competences, jurisprudence must encourage a rational European criminal policy. A rational criminal policy is unthinkable without debating the purposes of punishment. This debate can be founded on the preventive and retributive theories, which have been elaborated and discussed in Europe since the 17th century.

I. Das Strafrecht: Vom Spiegel der Gesellschaft zum interkulturellen Werkzeug

Das Strafrecht ist das schärfste Schwert im Arsenal des Rechts. Sein Einsatz ist legitim, wenn der Täter ein Recht verletzt hat, das auch ihm Freiheit vermittelt. Freiheit gewährleistet das Recht innerhalb politischer und kultureller Grenzen. Das Strafrecht gehört daher zum Kern staatlicher Souveränität,¹ seine Tatbestände spiegeln die „Nachtseite des Volkslebens“².

So oder ähnlich hätte die deutsche Strafrechtswissenschaft noch vor wenigen Jahrzehnten ihren Gegenstand beschrieben. Zu Beginn des 21. Jahrhunderts scheint sich dieses Verständnis überlebt zu haben. So ermittelt die amerikanische Börsenaufsicht gegen deutsche Unternehmen wegen

korruptiver Geschäftspraktiken in Russland und zahlreiche internationale Übereinkommen fordern die Schaffung von Straftatbeständen gegen Wirtschafts- und Umweltkriminalität, gegen den Drogen- und Menschenhandel und vieles andere mehr. Solche Beispiele zeigen, dass das Strafrecht immer häufiger politische und kulturelle Grenzen überwindet. Es ist in Teilbereichen zu einem transnationalen und interkulturellen Instrument geworden.

Dies gilt in besonderem Maße für jenen Teil Europas, der eine „immer engere Union der Völker Europas“ anstrebt.³ Für die Europäische Union ist das Strafrecht in den letzten beiden Jahrzehnten von einem Randgebiet zu einem zentralen Gegenstand und Mittel europäischer Integrationspolitik avanciert.⁴ Weil das Europäische Strafrecht auf zum Teil unsicheren Rechtsgrundlagen entwickelt worden ist, hat die Rechtswissenschaft in den letzten Jahren mit Recht intensiv über den Umfang der strafrechtlichen Kompetenzen des europäischen Gesetzgebers diskutiert. Weitaus seltener ist hingegen die Frage gestellt worden, zu welchen Zwecken diese Kompetenzen überhaupt eingesetzt werden sollen.⁵ Dabei hätten die kriminalpolitischen Initiativen Brüssels durchaus Anlass zu einer vertieften Debatte geboten: Europäische Rahmenbeschlüsse und Richtlinien folgen häufig dem Muster symbolischer Gesetzgebung oder sie dienen schlicht dazu, Geländegewinne auf den Kompetenzfeldern zu erzielen.⁶ Gelegentlich begründet die EU ihre Harmonisierungsprojekte gar mit dem zweifelhaften Ziel, eine einheitliche Bestrafung solle ein gemeinsames „Rechtsgefühl“ bei Bürgern⁷ bzw. Richtern und Staatsanwälten⁸ schaffen.

³ So Art. 1 EUV in seiner Fassung v. 9.5.2008, ABl. EU 2008 Nr. C 115/13.

⁴ Zur Rechtsentwicklung Perron, in: Dörr/Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, S. 138; Perron, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 429; Prittowitz, ZStW 113 (2001), 774; Zöllner, ZIS 2009, 340. Zum Entwicklungsstand Satzger, ZIS 2010, 691 (692).

⁵ Zu dieser Frage Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003, S. 65 ff., 207 ff., 428 ff.; Frisch, GA 2007, 251 (265 ff.); Köhler, in: Bemann u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Freiheit – Rechtsstaat, Festschrift für Georgios Alexandros Mangakis, 1999, S. 701; Kubiciel, NSTz 2007, 136; Satzger, NK 2007, 93 (97).

⁶ Eindringlich Satzger, NK 2007, 93 (95 f.); s. ferner Schünemann, in: Joerden u.a. (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarz zum 70. Geburtstag, 2009, S. 109.

⁷ Vgl. Europäische Kommission, Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, KOM (2004) 334 endg., S. 10; Meyer, NSTz 2010, 657 (662); Sieber, ZStW 103 (1991), 957 (976). Krit. Eser, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Rechtsraum Europa, Perspektiven für die Harmonisierung, Konferenz aus Anlass der Einweihung des Bundesministeriums der Justiz in Berlin, 30-

* Vortrag, den der Verf. am 8.10.2010 an der Universität Wrocław/Breslau gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Vgl. zu dieser Einschätzung Dannecker, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozessrecht, 2000, S. 339 (S. 340) m.w.N.

² So Welzel, Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl. 1954, S. 199. Zur kulturellen Vorprägung auch Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 1 Rn. 316 ff.; Walter, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 4, 17; Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (a.a.O.), Einl. Rn. 51.

Der am 1.12.2009 in Kraft getretene Lissabon-Vertrag schreibt die bisherigen Kompetenzen der EU auf dem Gebiet des Strafrechts fest, präzisiert die Rechtsgrundlagen und erlaubt die Erweiterung der Tätigkeitsfelder. Die Europäische Kommission hat bereits mitgeteilt, sie gedenke diesen „klaren Rechtsrahmen“ mit „größerem Ehrgeiz“ und „Entschlossenheit“ zu nutzen.⁹ Den veränderten Rahmenbedingungen muss die Strafrechtswissenschaft Rechnung tragen. Sie kann nicht länger über das „Ob“ der Europäisierung des Strafrechts rasonieren. Diese Schlacht ist längst geschlagen.¹⁰ Ebenso wenig kann sie bei der Analyse der Kompetenzgrundlagen stehen bleiben. Notwendiger denn je ist es vielmehr, auf eine Rationalisierung der europäischen Kriminalpolitik hinzuwirken, indem Maßstäbe herauspräpariert werden, die für die europäische Strafgesetzgebung Gültigkeit beanspruchen können.¹¹

Möglichen Maßstäben nähert sich der vorliegende Beitrag in zwei Schritten. Zunächst werden die Kompetenzen vorgestellt, die der Lissabon-Vertrag auf dem Gebiet des Strafrechts bietet, bevor gezeigt wird, wie die Kommission ihre Kompetenzen genutzt hat und nutzen wird. Es geht, anders gewendet, um das Europäische Strafrecht „auf dem Papier“ und das Europäische Strafrecht „in Aktion“. Sodann wird das Europäische Strafrecht „als Recht“ vorgestellt und damit die Frage aufgeworfen, an welchen Kriterien sich der europäische Gesetzgeber orientieren sollte, damit er Recht schafft und nicht lediglich ein Instrument der Politik anwendet. Dabei wird sich zeigen, dass auch das eingangs skizzierte, traditionelle Verständnis des Strafrechts, Spiegel der Gesellschaft zu sein, im 21. Jahrhundert seine Existenzberechtigung hat.

II. Europäisches Strafrecht als Werkzeug: Kompetenzen und Vorhaben der EU im Bereich des materiellen Strafrechts

Der in Lissabon beschlossene „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“¹² enthält neben Vorschriften zur Angleichung strafprozessualer Vorschriften zwei Arten von Regeln über die „Unionisierung“ des materiellen Strafrechts: Vorschriften über die Schaffung supranationalen Strafrechts

31.05.2002, 2002, S. 53 (S. 72 f.); *Frisch*, GA 2007, 250 (265); *Vogel*, GA 2003, 314 (317); *Weigend*, in: Parmas u.a. (Hrsg.), *Nullum ius sine scientia*, Festschrift für Jaan Sootak zum 60. Geburtstag am 16. Juli 2008, 2008, S. 243 (S. 251 f.).

⁸ So Rat der Europäischen Union, Stockholm Programm: „Für ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger“ (Ratsdok. 17024/09, S. 28).

⁹ S. die Mitteilung der Europäischen Kommission, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Bürger Europas v. 20.4.2010, KOM (2010) 171, S. 3, 5.

¹⁰ Klar erkannt schon von *Vogel*, GA 2002, 517 (518).

¹¹ Dies ist auch das erklärte Ziel der um die Professoren *Satzger* und *Prittitz* angesiedelten European Criminal Policy Initiative, ZIS 2010, 697, dazu *Satzger*, ZIS 2009, 691; *Satzger*, ZRP 2010, 137.

¹² ABl. EU 2008 Nr. C 115/47.

und Vorschriften über die Harmonisierung nationaler Straftatbestände.¹³

Eine Vorschrift, die nach überwiegender Auffassung die Kompetenz zur Schaffung supranationaler Straftatbestände enthält, ist Art. 325 Abs. 4 AEUV.¹⁴ Dieser Artikel gestattet Maßnahmen zur „Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien“ zum Schaden der Europäischen Union, was strafrechtliche Verbote einschließen soll.¹⁵ Vielfach wird diese Vorschrift als Durchbruch zu einem „echten“ europäischen Strafrecht gesehen.¹⁶ Doch ist ihr Anwendungsbereich klein und ihr Interpretationspotenzial gering. Die praktisch bedeutsameren Vorschriften betreffen daher die Harmonisierung des nationalen Strafrechts. Die einschlägigen Regelungen finden sich in Art. 83 AEUV.

Nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV darf die EU den Mitgliedstaaten Vorgaben zu Strafbarkeitsvoraussetzungen und Strafen auf festgelegten Kriminalitätsfeldern machen. Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV sieht zudem die Möglichkeit vor, die Liste der kriminalpolitischen Tätigkeitsfelder der EU zu ergänzen. Allerdings liegt die Hürde für eine solche Kompetenzerweiterung hoch: Notwendig ist ein einstimmiger Ratsbeschluss.¹⁷ Doch schon die im Vertrag genannten Kriminalitätsfelder eröffnen der EU ein weites Tätigkeitsfeld. Da der Vertrag keine konkreten Straftatbestände bezeichnet, sondern lediglich kriminologische Begriffe verwendet, ist es der EU möglich, jeden Tatbestand anzugleichen, der zur Bekämpfung der genannten Kriminalitätsformen beitragen kann. Dementsprechend ambitioniert ist das Arbeitsprogramm, das Rat und Kommission unlängst verkündet haben. Ausgearbeitet oder zumindest angekündigt sind schon jetzt Harmonisierungsrichtlinien zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern, des Menschenhandels, der Umweltkriminalität, der Verletzung von Informationssystemen und des geistigen Eigentums sowie zur Bekämpfung der

¹³ Zur Unterscheidung *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 13; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 57 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 8.

¹⁴ Zu Art. 33 Abs. 2 AEUV, der supranationales Strafrecht auf dem Gebiet des Zollwesens gestatten soll, s. *Satzger* (Fn. 13), § 8 Rn. 24 f.

¹⁵ *Hecker*, iurratio 2009, 81 (85); *Satzger* (Fn. 13), § 8 Rn. 24 f.; *Zieschang*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1303 (S. 1309, 1313); so auch (den Verfassungsvertrag betreffend) *Calliess*, ZEuS 2008, 3 (37); *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945 (955); *Walter*, ZStW 117 (2005), 913 (917 f.); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 276 (288).

¹⁶ *Calliess*, ZEuS 2008, 3 (37); *Fromm*, StraFo 2008, 358 (365); *Rosenau*, in: Stelmach/Schmidt (Hrsg.), Krakauer-Augsburger Rechtsstudien, Bd. 3, Rechtliche Steuerung von Wirtschaftsprozessen, 2007, S. 257 (260).

¹⁷ Daher enthält die Vorschrift keine „Kompetenz-Kompetenz“; so zutreffend *Suhr*, ZEuS 2008, 45 (66).

Geldwäsche, der Korruption, des Waffenhandels und der Piraterie.¹⁸

In Zukunft dürfte die Harmonisierungstätigkeit sogar noch deutlich zunehmen. Dafür spricht die bisherige Kriminalpolitik, für die drei Aspekte kennzeichnend sind. Erstens wird die Rechtspolitik der Europäischen Union – gleichsam im Hintergrund – von dem Interesse angetrieben, Kompetenzen möglichst weitgehend zu nutzen, um so die Machtstellung gegenüber den Mitgliedstaaten auszubauen. Zweitens begründet die Europäische Union ihre kriminalpolitischen Initiativen vordergründig mit der Notwendigkeit, grenzüberschreitender Kriminalität mit Hilfe der abschreckenden Wirkung des Strafrechts zu begegnen,¹⁹ ohne dass, drittens, die Zunahme grenzüberschreitender Kriminalität tatsächlich nachgewiesen würde. Auch die vorgeblichen Strafbarkeitslücken im nationalen Recht werden stets behauptet, selten aber konkret benannt.²⁰ Damit hat der europäische Gesetzgeber hat eine Begründungsstrategie gewählt, die fast jede Kriminalisierung trägt, und die sich, wegen des Verzichts auf Empirie, gegen Kritik immunisiert. Der EuGH hat dieses Vorgehen toleriert und in der Vergangenheit das Rechtssetzungsinteresse des europäischen Gesetzgebers systematisch bevorzugt.²¹ Zusammengenommen bilden diese Elemente einen wirkmächtigen Treibsatz zur breitflächigen Harmonisierung des Strafrechts.

Die beste Möglichkeit zu einer Angleichung des Strafrechts, die weit über die oben genannten Kriminalitätsfelder hinausgeht, bietet Art. 83 Abs. 2 AEUV. Normiert ist dort die sog. Annexkompetenz, die Strafrechtsharmonisierungen auf allen Gebieten gestattet, auf denen sich das Strafrecht als ein unerlässliches Mittel zur Durchsetzung der EU-Politik erweisen sollte.²² Theoretisch können mit Verweis auf diese Kompetenzvorschrift sämtliche von der Europäischen Union in der Vergangenheit oder Zukunft erlassenen Verhaltensnor-

men um eine strafrechtliche Rechtsfolge ergänzt werden.²³ Die Annexkompetenz gilt denn auch entweder als (positiv besetzter) „wichtiger Baustein des Europäischen Strafrechts“²⁴ oder als (negativ konnotierter) Schritt zur „Totalharmonisierung“²⁵ des Strafrechts. Die europäischen Institutionen halten sie schlicht für ein besonders effizientes Instrument zur Durchsetzung europäischer Politik.²⁶ Wie effizient die Annexkompetenz sein kann, mag ein Beispiel verdeutlichen: Nach wie vor neigen Privatleute beim Abschluss von Verträgen dazu, Vorstellungen bei der Wahl der Vertragspartner zu folgen, die mit der Antidiskriminierungspolitik der EU nicht vereinbar sind. Da sich die zivilrechtlichen Rechtsfolgen bislang als wenig wirksam erwiesen haben, wäre es der EU auf Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV möglich, die Mitgliedstaaten zur Schaffung von Straftatbeständen zu veranlassen, die Diskriminierungen im Privatverkehrsverkehr unter Geld- oder gar Freiheitsstrafe stellen. Mit einem solchen Antidiskriminierungsstrafatbestand setzte der Gesetzgeber indes nicht auf die inhaltliche Überzeugungskraft der Verhaltensnorm, sondern lediglich auf die Zwangswirkung der Rechtsfolge.²⁷

Damit sind wir bei entscheidenden Fragen angelangt. Sie lauten: Ist es legitim, einer Gesellschaft mit Hilfe des Strafrechts Verhaltensnormen aufzuzwingen? Reicht es zur Legitimation aus, dass der europäische Gesetzgeber auf eine Befugnisnorm verweisen kann, oder muss er sich bei der Ausübung seiner Kompetenzen von zusätzlichen normativen Maßstäben leiten lassen? Schlagwortartig: Ist eine europäische Harmonisierungsrichtlinie nur ein (autorisiertes) Mittel der Politik oder sollte sie auch (idealisiertes) Recht sein?

III. Europäisches Strafrecht als Recht: Maßstäbe europäischer Kriminalpolitik

Die europäischen Verträge geben auf diese Fragen eine eindeutige Antwort. Nach Art. 67 AEUV dient das Strafrecht der Schaffung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.“ Offenbar soll das Strafrecht kein bloßes Instrument zur Erreichung beliebiger politischer Ziele sein, sondern einen Ausgleich zwischen den „Hochwertzielen“ Freiheit und Sicherheit schaffen.

Will die Strafrechtswissenschaft die europäischen Verträge beim Wort nehmen, muss sie rechtliche Kriterien herausarbeiten, die das gesetzgeberische Ermessen bei der Ausbalancierung von Freiheit und Sicherheit strukturieren. Ohne

¹⁸ Dazu *Beukelmann*, NJW 2010, 2081; *Brodowski*, ZIS 2010, 376.

¹⁹ Zur punitiven Tendenz *Hefendehl*, in: Schünemann (Hrsg.), Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 212 f.; *Prittitz*, ZStW 113 (2001), 774 (797 f.); *Scheffler*, in: Feltes u.a. (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 123 (S. 132); *Schünemann*, GA 2004, 183 (195 ff.). Von einer „Breitbandkriminalisierung“ sprechen *Eser*, in: Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, Arbeitstagung des Bundeskriminalamtes Wiesbaden vom 26.-28. November 1991, 1992, S. 21 (S. 25 f.) und *Satzger*, NK 2007, 93 (97).

²⁰ S. nur *Rosenau*, ZIS 2008, 9 (17); *Satzger*, KritV 2008, 17 (34 f.).

²¹ So *Folz*, ZIS 2009, 427 (428).

²² Dazu *Ambos* (Fn. 13), § 11 Rn. 30; *Böse*, GA 2006, 211; *Eisele*, JZ 2008, 248; *Hecker* (Fn. 13), § 8 Rn. 2 ff.; *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 133; *Kubiciel*, NStZ 2007, 136; *Satzger* (Fn. 13), § 19 Rn. 38 ff.; *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 135, 141, 183.

²³ Vgl. die Beispiele bei *Tiedemann*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 987 (S. 1001); *Weigend* (Fn. 7), S. 248; *Zieschang* (Fn. 15), S. 1312 f.

²⁴ *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (48).

²⁵ *Hefendehl*, ZIS 2006, 161 (166).

²⁶ Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomber*, Schlussantrag v. 13.9.2005 – C-176/03, Rn. 85 („instrumentale Befugnis im Dienst der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts“); Ratsdok. 17024/09, S. 29 (Strafrechtsharmonisierung als Mittel zur Durchsetzung europäischer Politik).

²⁷ Näher dazu mit Blick auf die Internationalisierung des Strafrechts *Kubiciel*, ZStW 120 (2008), 429 (436 ff.).

derartige Kriterien leidet nicht nur die Qualität der Strafgesetzgebung. Auch die Kritik an ihr bleibt im vorwissenschaftlichen Raum des Rechtspolitischen stecken. Die Qualität der Gesetzgebung und die „Verwissenschaftlichung“²⁸ der kriminalpolitischen Diskussion sind mithin davon abhängig, dass sich die Strafrechtswissenschaft auf die Suche nach leitenden Prinzipien einer europäischen Strafrechtssetzung begibt. Beginnen muss diese Suche im europäischen Recht.²⁹ Sie kann dort aber, wie nun gezeigt werden soll, nicht enden.

1. Das Subsidiaritätsprinzip

Die Suche nach limitierenden Prinzipien hat die Strafrechtswissenschaft in der Vergangenheit zunächst zum Subsidiaritätsprinzip geführt. Danach darf die EU nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können (Art. 5 Abs. 3 EUV). Dass die Rechtswissenschaft gerade das Subsidiaritätsprinzip gegen eine Harmonisierung des Strafrechts in Stellung gebracht hat, dürfte in der eingangs erwähnten Fokussierung der Kompetenzfrage liegen. Von diesem Blickwinkel aus erscheinen europäische Rechtsakte als Beschneidung staatlicher Souveränität³⁰ oder als Eingriff in die „nationale Identität“³¹. Häufig übersehen wird dabei aber, dass der Schutz nationaler Strafrechtsordnungen nicht nur der Schonung staatlicher Souveränitätsrechte bzw. einer nationalen Rechtskultur dient. Geschützt wird vor allem die Freiheit der Bürger.³² Denn Strafrechtsnormen sind nicht nur Einschränkungen, sondern zuallererst Ermöglichungsbedingungen von Freiheit,³³ weil sie Regeln des sozialen Verkehrs garantieren und damit die Freiheitssphären gegeneinander abgrenzen.³⁴ Änderungen der nationalen Strafrechtsordnungen führen daher stets dazu, dass die Normadressaten ihr Verhalten entsprechend anpassen müssen. Aus diesem Grund berührt eine Strafrechtsharmonisierung nicht nur das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, sondern vor allem die Beziehung zwischen der Europäischen Union und ihren Bürgern. Das Subsidiaritätsprinzip schützt mithin keine abstrakte Rechtsordnung, sondern die Freiheit der Einzelnen.³⁵

²⁸ Dazu *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., Vom Nutzen einer Rechtstheorie für die Rechtspolitik, 2006, S. 86 f.

²⁹ So *Satzger*, ZIS 2010, 691 (693); *Pastor Muñoz*, GA 2010, 84 (94).

³⁰ Vgl. *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (364 f.).

³¹ S. *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2010, 697 (699); ähnlich *Pastor Muñoz*, GA 2010, 84 (97 f.).

³² Näher *Kubiciel*, GA 2010, 99 (110 f.); *Lege*, ARSP 93 (2007), 31 (34 ff.).

³³ *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, S. 5.

³⁴ Zur Garantie von Orientierungssicherheit durch das Strafrecht *Seelmann*, in: *Zaczyk u.a.* (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 481 (S. 489 ff.).

³⁵ Näher *Kubiciel*, NStZ 2007, 136 (138 ff.). S. ferner *Hecker* (Fn. 13), § 8 Rn. 48. Allg. dazu *Schambeck*, Politische und

Es mag an der Unterbelichtung dieser freiheitsschützenden Dimension liegen, dass das Subsidiaritätsprinzip in der Vergangenheit wenig beachtet worden ist.³⁶ Möglicherweise wird sich diese Praxis mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag ändern.³⁷ In dieser Entscheidung hat das höchste deutsche Gericht im Hinblick auf die Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AUEV (und „entsprechend“ für die Harmonisierung nach Art. 83 Abs. 1 AUEV) klargestellt, die Vorschrift würde nur dann verfassungskonform angewendet, wenn nachweisbar feststehe, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann.³⁸ Zumindest das deutsche Ratsmitglied wird auf die Einhaltung dieser Darlegungslast Wert legen müssen. Aber auch die europäischen Institutionen dürften ein Interesse daran haben, nach dem mühsamen Lissabon-Prozess Konflikte mit den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten zu vermeiden. Dieses Konfliktpotenzial wird auch durch den kürzlich ergangenen „Mangold“-Beschluss des BVerfG nicht wesentlich gemindert. Zwar begrenzt das BVerfG eine Ultra-vires-Kontrolle auf eine „strukturell bedeutsame Verschiebung“ des Kompetenzgefüges zulasten der Mitgliedstaaten.³⁹ Strukturell bedeutsam sind Kompetenzverschiebungen aber gerade in Rechtsgebieten, die – wie das Strafrecht – für das Verhältnis von Staat und Bürger von hervorgehobener Bedeutung sind. Wenn die europäischen Institutionen den Konflikt mit dem BVerfG vermeiden wollen, sollten sie im Gesetzgebungsverfahren verstärkt die Hilfe der Strafrechtswissenschaften beanspruchen: Die Kriminologie kann helfen, Vollzugsdefizite nachzuweisen, die Rechtsvergleichung kann nach Lücken in den nationalen Strafrechtsordnungen suchen und die Strafrechtsdogmatik kann die Ausarbeitung von Regelungsvorschlägen unterstützen. Bei der Ausarbeitung von Regelungsmodellen ist vor allem jener Grundsatz zu berücksichtigen, dem wir uns nun zuwenden: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Auch die Ziele Freiheit und Sicherheit rechtfertigen nicht den Einsatz jedes Mittels. Nach Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen die kriminalpolitischen Initiativen der EU nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Indes gibt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kein Ergebnis vor, sondern formuliert lediglich den Auftrag, nach einem Ausgleich zwischen kulli-

rechtliche Entwicklungstendenzen der europäischen Integration, 2000, S. 31 f.

³⁶ Zur geringen Bedeutung *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (922 f.).

³⁷ BVerfGE 123, 267. Dazu *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397; *Braun*, ZIS 2009, 418.; *Böse*, ZIS 2010, 76; *Häberle*, JöR 58 (2010), 317; *Heger*, ZIS 2009, 406; *Meyer*, NStZ 2009, 657; *Kubiciel*, GA 2010, 99; *Schünemann*, ZIS 2009, 393; *Zöller*, ZIS 2009, 339 (343 f.).

³⁸ BVerfGE 123, 267 (411 f.) Rn. 361 f. In diese Richtung auch schon *Weigend* (Fn. 7), S. 254.

³⁹ BVerfG EuGRZ 2010, 497, dort Rn. 67.

dierenden Rechten zu suchen.⁴⁰ Wäre dieser Ausgleich nur im Wege eines politischen Ermessens- bzw. Willensaktes möglich, der keinen weiteren Regeln unterliegt, ließe sich über die Kriminalpolitik lediglich sagen, dass sie verhältnismäßig sein soll. Einer genaueren rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Nachprüfung wäre diese Entscheidung hingegen entzogen.⁴¹ Eine solche Konzeptualisierung von Gesetzgebung entspricht aber weder der Selbstdarstellung der EU, die ihre Rechtssetzung unter eine Grundrechte-Charta stellt, noch dem Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, die seit jeher Akte der Gesetzgebung rechtswissenschaftlich prüft.⁴² Die Rechtswissenschaft kann daher die kriminalpolitischen Initiativen Brüssels prüfen, muss dann aber auch Kriterien benennen, an denen sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung ausrichten soll.

a) Grundrechte-Charta

Wo könnten diese Kriterien zu finden sein? Einer verbreiteten rechtspositivistischen Hintergrundüberzeugung entspricht es, diese in der höchsten Normenordnung, namentlich der Verfassung, zu suchen. So wie in Deutschland das Grundgesetz als Prüfstein der Gesetzgebung dient, so soll in Europa die Grundrechte-Charta Maßstab der Kriminalisierung sein.⁴³ Aus der Verfassung bzw. der Grundrechte-Charta lassen sich zwar subjektive Rechte und objektive Werte ableiten, die auch den notorisch unterbestimmten Rechtsgutsbegriff inhaltlich auffüllen könnten.⁴⁴ Nicht ableiten lässt sich aber aus einer Verfassung, wie eine Kollision von Rechten, Werten, Interessen oder Gütern aufzulösen ist. Es ist rechtstheoretisch nicht möglich, einen konkreten Inhalt eines Gesetzes als verfassungsrechtlich zwingend auszuweisen.⁴⁵ Damit steht die europäische Strafrechtswissenschaft vor dem Problem, dass sie notwendig eine vorpositive Begründungsebene betreten muss, wenn sie an die europäische Kriminalpolitik konkretere inhaltliche Maßstäbe anlegen will.⁴⁶

⁴⁰ Callies, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 Rn. 53 ff.; Satzger, NK 2007, 93 (96).

⁴¹ So Kelsen, in: Jestaedt (Hrsg.), Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 2008 (Studienausg. der 1. Aufl. 1934), S. 15, 62, 86 ff.

⁴² Zur rechtswissenschaftlichen Kritik an der Gesetzgebung Braun, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2007, S. 371 ff.

⁴³ Vgl. dazu Eser, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2010, Art. 49 Rn. 37; Walter, ZStW 117 (2005), 912 (921 f.); Weigend, ZStW 116 (2004), 275 (278).

⁴⁴ Zur Bedeutung des Rechtsgutsbegriff für das Europäische Strafrecht Hefendehl, ZIS 2006, 161.

⁴⁵ Näher K.F. Röhl/H.C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 64. Mit Beispiel Kubiciel, JZ 2009, 600 (603 f.). Zum rechtstheoretischen Hintergrund Kelsen (Fn. 41), S. 101.

⁴⁶ Jestaedt, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 185 (S. 187). Zur Unerlässlichkeit einer „Dogmatik der Dogmatiken“ Hassemer, in: Engel/Schön

b) Strafrechtstheorie

Entscheidend für das kritische Potenzial der europäischen Strafrechtswissenschaft ist daher die Existenz einer vorpositiven Begründungsebene. Wo könnte diese zu finden sein? Keine gemeinsame Ebene bilden jedenfalls jene Konstruktionen, die – wie die Rechtsgutslehre, das harm principle oder die *défense sociale* – vornehmlich nationale Diskurse anleiten.⁴⁷ Gleichsam eine Stufe darüber ist die Diskussion um Strafzwecke und -ziele angesiedelt, die sich seit dem 17. Jahrhundert europaweit entfaltet hat und die bis heute lebendig geblieben ist.⁴⁸ Lässt man nationale Besonderheiten wie die hochgradig idealisierenden Strafrechtsphilosophien kantischer oder hegelianischer Provenienz beiseite, dürfte sich über den Kreis europaweit diskutierbarer Strafrechtstheorien grundsätzliche Einigkeit erzielen lassen. Es geht dann im Wesentlichen um die Präventions- und die Vergeltungstheorien, mit denen seit dem 17. Jahrhundert die Legitimationsanforderungen und Legitimationsgrenzen des Strafrechts sichtbar gemacht werden.⁴⁹ Diese Einsichten hat die Strafrechtswissenschaft in die Gegenwart zu überführen⁵⁰ und für die Fragestellungen der Europäisierung des Strafrechts fruchtbar zu machen.⁵¹ Sie könnten der europäischen Strafrechtswissenschaft jenen gemeinsamen Boden bereiten, den die europäische Privatrechtslehre im Römischen Recht findet.⁵²

Dass es keine Theorie vom Europäischen Strafrecht gibt,⁵³ liegt mithin nicht an der Materie, sondern an der Strafrechtswissenschaft. Diese hat sich in der Vergangenheit (zu Recht) auf die Kompetenzfragen konzentriert und (wenig

(Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 185 (S. 187).

⁴⁷ So mit Blick auf den deutschen Rechtsgutsbegriff und das englische harm principle Satzger, NK 2007, 93 (96).

⁴⁸ Siehe auch Frisch, GA 2007, 271.

⁴⁹ Umfassender Überblick über die Konzeptionen bei Vormbaum (Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit, 1998, passim.

⁵⁰ Zu dieser Aufgabe Münkler/Llanque, in: Münkler/Llanque (Hrsg.), Politische Theorie und Ideengeschichte, 2007, S. 8 f.

⁵¹ Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (366); s. ferner Böse, ZIS 2010, 76 (91).

⁵² Dazu Löhnig, in: Roth (Hrsg.), Die Europäisierung des Rechts, 2010, S. 142; sowie umfassend Zimmermann, The Law Quarterly Review 112 (1996), 576. Dass die Strafrechtstheorie und -philosophie entscheidend zur Rationalisierung des deutschen Strafrechts beigetragen hat, betont Kesper-Biermann, Einheit und Recht – Strafgesetzgebung und Kriminalrechtsexperten in Deutschland vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871, 2009, S. 50 ff.

⁵³ Corsten/Pradel, European Criminal Law, 2002, S. 2 f.; Pastor Muñoz, GA 2010, 84 (93); Satzger (Fn. 13), § 8 Rn. 9. Das Desinteresse an straftheoretischen Fragestellungen bei der Europäisierung des Strafrechts kritisiert Avriganu, Ambivalenz und Einheit, 2006, S. 186 ff. Dazu Kubiciel, HRRS 2007, 471.

ergiebig) über das Demokratiedefizit debattiert,⁵⁴ sich also als Europarechtswissenschaft betätigt und als Staatsrechtslehre versucht und darüber ihr Kerngeschäft vernachlässigt.

Wie die Straftheorie zu einer Rationalisierung der Kriminalpolitik beitragen kann, mögen abschließend zwei Beispiele erläutern. Nach der auch in der europäischen Kriminalpolitik aufscheinenden Theorie von der negativen Generalprävention dient das Strafrecht dem Schutz bestimmter Interessen durch Abschreckung. Begründet man den Einsatz des Strafrechts auf diese Weise, stößt man auf zwei seit langem bekannte Probleme. Das tatsächliche Problem liegt darin begründet, dass viele Normadressaten keine exakte Kenntnis von Straftatbeständen haben und daher auch nicht von diesen geleitet werden (können)⁵⁵ und viele andere Gruppen von Tätern zwar um die Strafdrohung wissen, ohne sich abschrecken zu lassen.⁵⁶ Zudem lassen sich in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht annähernd so viele Kontrollsysteme implementieren, wie es für eine einigermaßen funktionierende Abschreckung von rein interessen geleiteten Bürgern notwendig wäre.⁵⁷ Das normative Problem besteht darin, dass der Täter die Strafe dulden muss, um als mahnendes Beispiel die Wirksamkeit der Strafdrohung zu demonstrieren.⁵⁸ Diese Einwände sprechen dagegen, die Abschreckungsidee als generelle Leittheorie der europäischen Kriminalpolitik zu verwenden, wie dies bislang der Fall zu sein scheint. Tragfähig könnte die Abschreckungsprävention aber für den Teil des (Neben-) Strafrechts sein, in dem besonderen Personengruppen im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit spezielle Pflichten auferlegt werden.⁵⁹ Beispiele sind die von ihrem „technischen“ Charakter geprägten Regeln für Lebensmittelhersteller, Finanzdienstleister, aber auch die Korruptionsvorschriften für Amtsträger. Solche Personen lassen sich weitergehende Pflichten auferlegen, weil diese eine Art Gegenleistung für die Inanspruchnahme von Sonderfreiheiten darstellen. Zudem ist bei den genannten Personengruppen zu erwarten, dass sie sich bei Grenzfragen ihres Handelns an Gesetzesnormen orientieren und bei Unsicherheiten über die Rechtslage Rechtsrat einholen. In diesen Bereichen ist die

Harmonisierung des Strafrechts freiheitstheoretisch unproblematisch und (im Hinblick auf die tatsächlichen Wirkungen solcher Rechtsänderungen) auch erfolgversprechend.

Anders ist dies in weiten Teilen des Kernstrafrechts. Diese lassen sich nicht sinnvoll als eine „regelhaft-funktionalistische“ Ordnung nach der Art des „fahrplanmäßigen Eisenbahnverkehrs“ darstellen.⁶⁰ Sie spiegeln vielmehr spezifische Wertvorstellungen einzelner Gesellschaften. Auch das deutsche StGB ist nicht nur ein normativer Text, der uns sagt, was wir tun sollen, sondern ein formativer Text, der uns sagt, wer wir sind.⁶¹ Der formative Charakter des StGB wird besonders deutlich in Verboten wie dem der Volksverhetzung oder das der Verwendung von Symbolen verfassungsfeindlicher Organisationen. Aber auch viele andere Tatbestände sind ohne eine spezifische Vorprägung nicht verständlich. So ist das strafrechtliche Verbot der Tierquälerei nur für Gesellschaften plausibel, die Tieren als „fremden Brüdern“ eine „kreatürliche Solidarität“ entgegenbringen.⁶² Auch die Ausgestaltung des Abtreibungs- und Sterbehilfestrafrechts folgt weithin spezifischen Wertüberzeugungen einer Gesellschaft.⁶³ Ähnliches gilt für Bereiche des Betrugsstrafrechts, in denen sich das spezifische Verbraucherleitbild einer nationalen Marktordnung niedergeschlagen hat. In diesen Bereichen zu strafen heißt, dem Wesen der Strafe entsprechend, einen bereits bestehenden Rechtszustand wiederherzustellen.⁶⁴ Der formative Charakter dieser Teile des Strafrechts und die diesem Charakter entsprechende Straftheorie begrenzen mithin die Rechtsangleichung auch in Bereichen, auf denen die EU formell Rechtssetzungskompetenzen geltend machen kann.⁶⁵ Daher sähe sich beispielsweise ein einheitliches Vorgehen gegen im Internet verbreitete Beleidigungen und Hassreden mit einer unterschiedlich starken Wertschätzung für die freie Rede konfrontiert⁶⁶ und Straftatbestände gegen die Umweltverschmutzung müssten berücksichtigen, dass europäische

⁵⁴ Umfassend und instruktiv zur demokratischen Legitimation Meyer, Demokratieprinzip und europäisches Strafrecht, 2009, passim; dazu Heger, JZ 2010, 87.

⁵⁵ Vgl. Mittermeiers Kommentierung der feuerbachschen Straftheorie in: Feuerbach/Mittermeier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 20a; abgedruckt auch in Vormbaum (Fn. 49), S. 335; jüngst Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29.

⁵⁶ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 1/29.

⁵⁷ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, Kap. 2 Rn. 11; Kubiciel, ZStW 120 (2008), 429 (436 ff.).

⁵⁸ Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 13; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 25 ff. S. auch schon Feuerbach, Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers, 1800, S. 105, der indes die Logik der Abschreckungsprävention überschreitet und den Rechtsgrund der Strafe vergeltungstheoretisch begründet, s. dazu Jakobs (Fn. 54), 1/27.

⁵⁹ Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (354, 356).

⁶⁰ Treffend Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl. 2006, S. 16 f. Zur politischen Unbelastetheit dieses Teils der Abhandlung und zur berechtigten Kritik an anderen Teilen vgl. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, 3. Aufl. 2006, S. 63 ff.

⁶¹ Zu dieser Unterscheidung Assmann, Das kulturelle Gedächtnis, 6. Aufl. 2007, S. 142. Mit Blick auf die Europäisierung des Erbrechts ebenfalls Kroppenberg, in: Roth (Fn. 52), S. 103 (S. 104).

⁶² Vgl. die häufig zu Unrecht ridikülisierte Formulierung bei Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 1996, § 2 Rn. 21.

⁶³ Vgl. Sieber, JZ 1997, 369 (375); weitergehend Heger, ZIS 2009, 406 (414 f.).

⁶⁴ Näher Kubiciel, GA 2010, 99 (109 ff.).

⁶⁵ Es ist retributiven Theorien also keineswegs unmöglich „zu sagen, was ein gutes Strafrecht tun und was es lassen sollte.“ So aber Hassemer, Warum Strafe sein muss, 2009, S. 93. Ähnlich Schünemann, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1 (S. 15).

⁶⁶ Dazu Kubiciel/Winter, ZStW 113 (2001), 305 (325 ff.).

Gesellschaften kein homogenes Umweltbewusstsein aufweisen.

Wer das Strafrecht gleichwohl auf solchen Feldern zu harmonisieren beabsichtigt, will das Recht als „Kulturhebel“⁶⁷ einsetzen. Eine solche Verwendung des Strafrechts kann nicht nur zu den oben beschriebenen Freiheitsverlusten führen. Es fragt sich auch, ob das Strafrecht tatsächlich leisten kann, was man sich von ihm verspricht. Der englische Dichter und große Europäer *T.S. Eliot* hätte Zweifel angemeldet. Im Jahr 1946 teilte er seinen deutschen Hörern in einer Radioansprache mit, man könne eine europäische Kultur ebenso wenig bauen wie einen Baum: „[E]inen Baum kann man nicht bauen, man kann ihn nur pflanzen, pflegen und warten, dass er reift.“⁶⁸ Auf das Europäische Strafrecht übertragen ließe sich sagen: Wir werden mit seiner Hilfe kein einheitliches europäisches Rechtsgefühl erzwingen können und wir sollten es auch nicht versuchen.⁶⁹ Ein in weiten Teilen harmonisiertes Strafrecht kann nicht am Anfang einer politischen Integration stehen, sondern an deren Ende.⁷⁰ Daher dürfen wir am Gebäude des Strafrechts nur behutsam bauen und sollten es im Übrigen bei der Pflege der Kultur belassen.

⁶⁷ Treffend, wenn auch affirmativ v. *Liszt*, ZStW 38 (1917), 1 (3).

⁶⁸ *Eliot*, Die Einheit der europäischen Kultur, 1946, S. 39; zum kultur- und europapolitischen Wirken *Eliots* instruktiv *Kemp*, Foreign Affairs, 2010, S. 153 ff., 349 ff.

⁶⁹ Zur „Europamüdigkeit der EU-Bürger“ *Zöller*, ZIS 2009, 340 (349).

⁷⁰ Weitergehend der Einwand, der Europäischen Union fehle zur Schaffung eines eigenen Strafgesetzbuches die Staatlichkeit, *Lüderssen*, GA 2003, 71 (74); *Prittowitz*, ZStW 113 (2001), 774 (789 f.), *Rosenau*, ZIS 2008, 9 (19). Die Harmonisierung setzt hingegen keine politische Einheit i.S.e. Staatlichkeit, sondern kulturelle Identität voraus. Zu dieser, schon bei der Staatswerdung Deutschlands bedeutsamen Unterscheidung *Münkler*, Die Deutschen und ihre Mythen, 2009, S. 342 f.

Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick*

Von Wiss. Angestellter **Dominik Brodowski**, LL.M. (Univ. Pennsylvania), Tübingen**

Die Europäisierung des Strafrechts schreitet unter dem Vertrag von Lissabon in weitreichender Weise voran. So waren die vergangenen Monate vor allem geprägt von Diskussionen über eine Europäische Ermittlungsanordnung, eine Europäische Schutzanordnung und den Beitritt der EU zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK). Im Anschluss an ZIS 2010, 376 bietet dieser Beitrag einen Überblick und eine erste Bewertung dieser und weiterer Normsetzungsvorhaben im Zeitraum von Mitte April bis Mitte November 2010.

The initiatives towards a European Investigation Order and a European Protection Order as well as the negotiations towards the European Union acceding to the European Convention of Human Rights are merely some of the far-reaching current developments in the field of European Criminal Law and Criminal Procedure. This second installment continues the overview provided in ZIS 2010, 376 and covers mid-April to mid-November 2010.

I. Strafrechtsverfassung

1. Änderung des Vertrags von Lissabon

Am 23.6.2010 unterzeichneten die Ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten bei der EU ein Protokoll zur Änderung der Übergangsbestimmungen des Vertrags von Lissabon.¹ Durch diese Änderung des Primärrechts gem. Art. 48 Abs. 2, Abs. 3 UAbs. 2, Abs. 4 EUV soll die Anzahl der Sitze im Europäischen Parlament von derzeit 736 noch vor der nächsten turnusgemäßen Wahl 2014 auf die im Vertrag von Lissabon vereinbarte Anzahl – 751 Sitze – erhöht werden. So stehen Spanien etwa vier zusätzliche Sitze zu, Österreich zwei. Allein die Anzahl deutscher Abgeordneter sinkt nach den Vorgaben des Vertrags von Lissabon von 99 auf 96. Da den 2009 gewählten Abgeordneten aber das Mandat nicht entzogen werden darf, erhöht sich die Gesamtanzahl der Sitze vorübergehend auf 754. Dieses Protokoll bedarf noch der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten. In Deutschland wurde das entsprechende Ratifikationsgesetz inzwischen dem Bundestag zugeleitet.²

* Fortsetzung von ZIS 2010, 376.

** Der Verf. ist Wiss. Angestellter an der Forschungsstelle für Europäisches Straf- und Strafprozessrecht (eurocrim) und am Lehrstuhl für Europäisches Straf- und Strafprozessrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen, RiOLG Prof. Dr. Joachim Vogel. Alle in diesem Bericht aufgeführten EU-Rechtsakte und EU-Rechtsetzungsvorgänge sind in der Datenbank der Forschungsstelle unter <http://www.eurocrim.org/> verfügbar.

¹ Protokoll v. 23.6.2010 zur Änderung des Protokolls über die Übergangsbestimmungen, das dem Vertrag über die Europäische Union, dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft beigefügt ist.

² BT-Drs. 17/3357; zuvor BR-Drs. 541/10.

2. Beitritt zur EMRK³

Nachdem der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3018. Sitzung am 3./4.6.2010 ein entsprechendes Verhandlungsmandat beschlossen hatte, konnten am 6./7.7.2010 die offiziellen Verhandlungen zum Beitritt der EU zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) beginnen; weitere Verhandlungsrunden fanden Ende September⁴ und Ende Oktober 2010⁵ statt.⁶

Das den Beitritt der EU grundsätzlich ermöglichende 14. Zusatzprotokoll zur EMRK⁷ ist am 1.6.2010 in Kraft getreten. Im Zuge des Beitritts der EU zur EMRK werden aber weitere Veränderungen an der EMRK und deren Zusatzprotokollen erforderlich werden. Derzeit ist angedacht, diese durch ein Beitrittsabkommen und nicht durch ein Zusatzprotokoll zur EMRK zu realisieren. Dieses Abkommen wird die Ratifikation durch alle Vertragsstaaten der EMRK erfordern.

Die Beitrittsverhandlungen sind in fünf Kapitel untergliedert. Besondere Schwierigkeiten bereiten hierbei die dem Kapitel C zugeordneten Aspekte der Wahrung der Kompetenzen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und Verfahren, die sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten betreffen („co-responent mechanism“).

a) Kapitel A – Allgemeine Bestimmungen

Durch eine Modifikation des Art. 59 Abs. 2 EMRK soll die Reichweite des Beitritts begrenzt werden: Verpflichtungen aus der EMRK und den Zusatzprotokollen sollen die EU nur treffen, soweit Organe oder Institutionen der EU in ihrem Namen tätig werden. Ferner soll ausgeschlossen werden, dass die EU zu Handlungen oder Maßnahmen verpflichtet wird, zu denen sie primärrechtlich keine Kompetenz besitzt. Hierdurch soll das kompetenzrechtliche Gefüge zwischen den Mitgliedstaaten und der EU gewahrt bleiben und die Verantwortlichkeit der jeweiligen Akteure – die Mitgliedstaaten oder die EU – voneinander abgegrenzt werden.

Die EMRK-Zusatzprotokolle Nr. 1, Nr. 4, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 12 und Nr. 13 sollen durch das Beitrittsabkommen modifiziert werden, so dass sie einen – zeitgleichen oder späteren – Beitritt der EU zu diesen Protokollen gestatten.

Von Seiten des Europarats ist es umstritten, inwieweit der EU die Möglichkeit eingeräumt werden soll, Vorbehalte entsprechend Art. 57 Abs. 1 EMRK anzubringen, soweit ein zum Zeitpunkt des Beitritts geltender EU-Rechtsakt konventionswidrig ist. Solch eine Möglichkeit ist nicht nur wegen einer Verkürzung des Grundrechtsschutzes kritisch zu bewer-

³ Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2010, 376 (377).

⁴ S. hierzu CDDH-UE (2010) 11 sowie Ratsdok. 14516/10.

⁵ S. hierzu CDDH-UE (2010) 14.

⁶ Vgl. zu alledem auch die auf der Website des Europarats abrufbaren Informationen, <http://tinyurl.com/24caed2> (Stand: 14.11.2010).

⁷ SEV Nr. 194.

ten: Über die Bosphorus-Rechtsprechung⁸ des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hinaus wären diese EU-Rechtsakte auch dann einer Überprüfung durch den EGMR entzogen, wenn der durch die EU gewährleistete Grundrechtsschutz in diesem Fall offensichtlich mangelhaft ist.

Die EU wird sich verpflichten, die Bestimmungen des Europäischen Übereinkommens über die an Verfahren vor dem EGMR teilnehmenden Personen⁹ zu achten, ohne diesem Übereinkommen selbst beizutreten, da es hierzu an einer Rechtsgrundlage fehle. Entsprechendes gilt für die Vorrechte und Immunitäten des Europarats und des EGMR.

b) Kapitel B – Durch den Beitritt der EU erforderliche technische Anpassungen der Verträge

An gesonderter Stelle soll in der EMRK klargestellt werden, dass alle Verwendungen von Begriffen wie „Staat“, „innerstaatliches Recht“, „innerstaatliche Rechtsbehelfe“ entsprechend auch für die EU, deren Rechtsakte und die von der EU bereitgestellten Rechtsbehelfe gelten.

Entsprechend ergäbe sich bereits hieraus, dass die Notifikationspflicht neuer Ratifikationen usw. gem. Art. 59 Abs. 5 EMRK auch gegenüber der EU besteht. Dennoch ist hier eine Klarstellung im Wortlaut angedacht, die aufgrund der dort vorgesehenen Änderung des Art. 59 EMRK im Verhandlungskapitel A aufgeführt wird.

c) Kapitel C – Verfahren vor dem EGMR

Eine Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK) zwischen den Mitgliedstaaten und der EU ist primärrechtlich ausgeschlossen (Art. 344 AEUV). Da diese Frage aber ausschließlich das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU betrifft, soll von einer Regelung im Beitrittsabkommen abgesehen werden.

Der EU wird – selbst im Lichte der Unionsbürgerschaft – nicht das Recht eingeräumt, nach Art. 36 Abs. 1 EMRK an Verfahren teilzunehmen, bei denen ein Unionsbürger Beschwerdeführer ist. Ihr kann allerdings – wie jeder anderen Vertragspartei auch – vom Präsidenten des EGMR nach Art. 36 Abs. 2 EMRK die Gelegenheit zur Beteiligung gegeben werden.

Es ist allerdings angedacht, eine Art Streitgenossenschaft bei Verfahren vorzusehen, die zwingend sowohl Belange der EU als auch der Mitgliedstaaten betreffen („co-respondent mechanism“).¹⁰ Zwei Fallgruppen können dabei unterschieden werden: Ein Mitgliedstaat handelt konventionswidrig, ist aber zu diesem Verhalten durch sekundäres Unionsrecht verpflichtet (sekundärrechtsbedingter Konventionsverstoß), oder aber die EU verhält sich durch einen Rechtsakt konventionswidrig, war aber zu diesem Verhalten durch Primärrecht verpflichtet (primärrechtsbedingter Konventionsverstoß).

Jeweils kann die Ursache für den Konventionsverstoß nur durch einen anderen Akteur als den konventionsrechtlich Verantwortlichen beseitigt werden: im Falle sekundärrechtsbedingter Konventionsverstöße durch die EU, im Falle primärrechtsbedingter Konventionsverstöße durch die Mitgliedstaaten im Wege einer Vertragsänderung. Wann immer ein solcher sekundär- oder primärrechtsbedingter Konventionsverstoß im Raume steht, sollen sich daher die EU bzw. alle Mitgliedstaaten als Streitgenossen („co-respondents“) an einem Verfahren vor dem EGMR beteiligen, aber auch an dessen Entscheidungen unmittelbar gebunden sein.

Vor allem der EuGH selbst ist besorgt um seine Kompetenzen, namentlich seine Aufgabe, die Konformität von EU-Rechtsakten mit den Grundrechten zu überprüfen.¹¹ Einem Reflexionspapier des EuGH vom 5.5.2010 zufolge sei zu verhindern, „dass sich der EGMR veranlasst sieht, über die Vereinbarkeit einer Unionshandlung mit der Konvention zu entscheiden, ohne dass sich der Gerichtshof zuvor abschließend dazu äußern konnte.“¹² In der Sache ist – entgegen der Befürchtung des EuGH – hier nicht seine Normverwerfungskompetenz betroffen, sondern seine „Argumentations-Priorität“¹³ oder seine Letztentscheidungsbefugnis, da der EGMR allein die Konventionswidrigkeit und nicht die Nichtigkeit eines Rechtsaktes usw. feststellen kann. Wie diese gewährleistet werden soll, ist zwischen den Verhandlungspartnern umstritten:

Einem Modell zufolge seien die „innerstaatlichen Rechtsbehelfe“ (Art. 35 Abs. 1 EMRK) erst dann erschöpft, wenn eine zulässige Klage vor dem EuGH gescheitert sei. Zudem liege bei willkürlicher Nichtvorlage (gem. Art. 267 AEUV) durch ein nationales letztinstanzliches Gericht ein Verstoß gegen das Fair Trial-Prinzip (Art. 6 EMRK) vor. Allein über diesen Aspekt solle der EGMR befinden, bevor die Sache sodann vom nationalen Gericht dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen sei. Dieses Modell hat den Charme, dass keine Änderung der EMRK erforderlich wäre, leidet aber an dem Willkürerfordernis und daran, dass es Ausnahmen von der Vorlagepflicht gibt, etwa nach der *acte claire*-Doktrin.

Das Gegenmodell sieht vor, dass nach Einlegung einer Beschwerde die Kommission erforderlichenfalls die Möglichkeit wahrnehmen soll, vor dem EuGH Nichtigkeitsklage betreffend den beanstandeten EU-Rechtsakt zu erheben. Ob dies innerhalb der Stellungnahmefrist vor dem EGMR bewerkstelligt werden kann, erscheint fraglich, so dass das Verfahren vor dem EGMR förmlich zu unterbrechen wäre. Es wäre zudem zu befürchten, dass sich durch ein solches Modell die Verfahrensdauer noch weiter in die Länge zöge. Schließlich wird aufgeworfen, ob eine „soft law“-Zwischenlösung, die nationale Gerichte zu einer extensiveren Vorlagepraxis ermutigen soll, ausreichen könnte, um dieses Spannungsverhältnis zu lösen.

⁸ EGMR, Urt. v. 30.6.2005 – 45036/98 (Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irland) m. Bespr. Bröhmer, EuZW 2006, 71.

⁹ SEV Nr. 161.

¹⁰ Vertiefend Ratsdok. 10569/10.

¹¹ Vertiefend Ratsdok. 10568/10; kritisch Reich, EuZW 2010, 641.

¹² Verfügbar unter http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64346/ (Stand: 14.11.2010), Nr. 9.

¹³ So Reich, EuZW 2010, 641.

Welches Modell im Beitrittsabkommen auch gewählt wird: Es bleibt abzuwarten, ob das zukünftige multipolare Rechtsschutzsystem mit drei Gerichten, die sehr auf ihre eigenen Letztentscheidungskompetenzen bedacht sind – BVerfG, EuGH und EGMR –, auch weiterhin von einem „Kooperationsverhältnis“¹⁴ geprägt sein wird.¹⁵

d) Kapitel D – Institutionelle und finanzielle Aspekte sowie Kapitel E – Schlussbestimmungen

Nicht nur für jeden Vertragsstaat, sondern auch für die EU soll auf deren Vorschlag hin ein Richter an den EGMR gewählt werden (Art. 22 EMRK). Eine Beteiligung des Europäischen Parlaments in der Parlamentarischen Versammlung wird zwar diskutiert, aber als zu problematisch erachtet.

II. Institutionen

1. Kommission

Die Aufteilung des Bereichs Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf zwei Kommissare¹⁶ – Viviane Reding und Cecilia Malström – wurde zum 2.7.2010 auch auf Ebene der Generaldirektion vollzogen. Die Generaldirektion Inneres unter der Leitung von Stefano Manservigi ist in die Direktionen Innere Sicherheit, Einwanderung und Asyl sowie Migration und Grenzen aufgeteilt, die Generaldirektion Justiz unter der Leitung von Françoise Le Bail in die Direktionen Zivilrecht, Strafrecht sowie Grundrechte und Unionsbürgerschaft.

2. Eurojust

Am 1.9.2010 übernahm Hans-Holger Herrfeld das Amt des deutschen Nationalen Mitglieds bei Eurojust von Michael Grotz.

3. Agentur für das Betriebsmanagement großer Informationssysteme – Überblick über das Informationsmanagement im Bereich Freiheit, Sicherheit und Recht

Auch im Hinblick auf die beabsichtigte Einrichtung einer Agentur für das Betriebsmanagement großer Informationssysteme¹⁷ ist eine Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Überblick über das Informationsmanagement im Bereich Freiheit, Sicherheit und Recht“¹⁸ zu sehen. In dieser Mitteilung werden alle 18 bestehenden Mechanismen zum Datenaustausch zu Zwecken der Strafverfolgung und der Migrationssteuerung vorgestellt, etwa SIS, VIS und EURODAC, aber auch die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten sowie der Datenaustausch über Europol und Eurojust. Für zukünftige Initiativen und die Evaluierung geltender Instrumente schlägt die Kommission vor, materiell-rechtlich bereits bei der Konzeption des Instruments Aspekte des Datenschutzes zu berücksichtigen („privacy by design“) und präziser darzulegen, warum eine solche Maßnahme im Lichte des Datenschutzes

erforderlich und im Lichte der Subsidiarität auf europäischer Ebene notwendig sei. Prozessorientiert sei unter anderem auf klare Zuständigkeitsregelungen und auf eine regelmäßige (bis zu jährliche) Evaluation zu achten. Die Mitteilung der Kommission dient zwar einem wertvollen, ersten Überblick über die Zielrichtung und Wirkungsweise der Datenaustauschmechanismen. Kritisch zu betrachten sind aber die bloß beispielhaft präsentierten Fälle und Fallzahlen, die keineswegs als Grundlage für eine fundierte Evaluation der Sinnhaftigkeit und des Nutzens der jeweiligen Mechanismen dienen können.

In weiterem Zusammenhang sei auch auf eine aktuelle Übersicht über die Umsetzung der verschiedenen „Prüm“-Instrumente¹⁹ zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit hingewiesen.²⁰

III. Materielles Strafrecht

1. Terrorismus

Am 20.7.2010 legte die Kommission eine Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat „Politik der EU zur Terrorismusbekämpfung: Wichtigste Errungenschaften und zukünftige Herausforderungen“ vor,²¹ die zwar keine terrorismusspezifischen neuen strafrechtlichen Maßnahmen vorsieht, aber die Bedeutung einer EU-internen Vorratsdatenspeicherung von Fluggastdatensätzen (PNR; s. hierzu auch unten VI. 3.) und der Europäischen Ermittlungsanordnung (s. hierzu unten V. 1) hervorhebt. Hingegen empfiehlt der EU-Koordinator für die Terrorismusbekämpfung Gilles de Kerchove in seinem Vermerk „Justizielle Dimension der Terrorismusbekämpfung – Empfehlungen für Maßnahmen“²² darüber hinausgehend einen „gemeinsamen justiziellen Rahmen [...] für bestimmte Ermittlungstechniken wie z.B. [den] Einsatz von verdeckten Ermittlern oder Informanten oder Online-Durchsuchungen“, die Entwicklung eines europäischen Programms zum Aufspüren der Finanzierung des Terrorismus (EU TFTP; s. hierzu auch unten VI. 1.) und eine Stärkung der Mechanismen zur Beilegung von Kompetenzkonflikten.²³

¹⁹ Beschluss 2008/615/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 1, sowie der Beschluss 2008/616/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Durchführung des Beschlusses 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 12.

²⁰ Ratsdok. 5904 REV 6/10.

²¹ KOM (2010) 386 endg. v. 20.7.2010.

²² Ratsdok. 13318/1/10; s. nunmehr auch den Entwurf eines Aktionsplans in Ratsdok. 15067/10.

²³ Vgl. den bisher nur konsensualen und nicht justiziablen Mechanismus, wie er im Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates v. 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren (Abl. EU 2009 Nr. L 328, S. 42; s. hierzu Brodowski, ZIS 2010, 376 [384]) vorgesehen ist.

¹⁴ So ausdrücklich BVerfGE 89, 155 (Maastricht).

¹⁵ Mahnend *di Fabio*, FAZ v. 21.10.2010, S. 6.

¹⁶ Vgl. hierzu Brodowski, ZIS 2010, 376 (380).

¹⁷ KOM (2010) 93 endg. v. 19.3.2010.

¹⁸ KOM (2010) 385 endg. v. 20.7.2010.

Die zwei voneinander zu trennenden Verfahren zum Einfrieren von Vermögenswerten von Individuen und Organisationen (sog. „smart sanctions“, Art. 75 AEUV) zur Austrocknung der Finanzierung des Terrorismus²⁴ waren in letzter Zeit Gegenstand erneuter judikativer Kontrolle durch EuG und EuGH:

Soweit die Listung ursprünglich durch das Sanktionskomitee des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen erfolgte²⁵ und diese Liste auf europäischer Ebene nur „umgesetzt“ wurde, entschied der EuGH zunächst, dass die Auszahlung von Sozialleistungen an Ehefrauen der gelisteten Terrorverdächtigen nicht dem Anwendungsbereich der Verordnung unterliege, mithin nicht auf deren Grundlage eingeschränkt werden könne – es sei denn, diese Mittel würden zweckentfremdet und für die Finanzierung des Terrorismus verwendet.²⁶ Weitaus grundsätzlicher ist die zweite Runde der Rechtsstreitigkeiten zwischen Yassin Abdullah Kadi und der Europäische Kommission: Seine neuerliche Listung im Jahr 2008²⁷ erklärt der EuG für nichtig.²⁸ Infolge des Grundsatzurteils „Kadi“ des EuGH vom 3.9.2008²⁹ habe Herr Kadi zwar eine Zusammenfassung der Gründe erhalten, aufgrund derer der Sanktionenausschuss seine Listung für erforderlich hält, und er konnte hierzu Stellung nehmen. Angesichts der pauschalen Vorwürfe und vagen Behauptungen und der vollständigen Verweigerung des Zugangs zu den zugrundeliegenden Beweismitteln sah das Gericht der Europäischen Union die Verteidigungsrechte „nur rein formal und dem Anschein nach ‚geachtet‘“³⁰ an und stellte einen Verstoß gegen das Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und gegen das Grundrecht auf Eigentum fest.

Beim originär europäischen „smart sanctions“-Regime aus dem Jahr 2001³¹ wurde in der weit überwiegenden An-

zahl der Nichtigkeitsklagen die Listungsentscheidung partiell für nichtig erklärt, da das Listungsverfahren u.a. die Verteidigungsrechte, das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und die Begründungspflicht verletzt habe.³² In Deutschland unterliegen bestimmte Verstöße gegen „smart sanctions“ einer Strafbarkeit gem. § 34 Abs. 4 AWG. Auf Vorlage des OLG Düsseldorf stellte der EuGH fest, dass sich eine Verurteilung gem. § 34 Abs. 4 AWG nicht auf eine Listung einer Organisation beziehen darf, welche unter Verstoß gegen elementare Verfahrensgarantien erfolgte. Es komme nicht darauf an, ob aufgrund einer Klage der betroffenen Organisation die Verordnung (partiell) für nichtig erklärt wurde. Entgegen der Auffassung der Generalbundesanwaltschaft erfolgte auch keine rückwirkende Heilung durch den Beschluss 2007/445/EG des Rates vom 28.6.2007,³³ der aus rechtsstaatlicher Sicht weit weniger Bedenken begegnet; diesbezüglich verweist der EuGH apodiktisch auf das im Strafrecht geltende strenge Rückwirkungsverbot. Ferner entschied der EuGH, dass die Bereitstellung von Mitteln weit zu verstehen ist und diese auch vorliegen kann, wenn die betreffende Person Mitglied der gelisteten Organisation ist oder wenn sich die Vermögenswerte bereits vorher im (weiteren) Zugriffsbereich der gelisteten Organisation befunden haben.³⁴

2. Sexuelle Ausbeutung von Kindern, Kinderpornographie³⁵

Auf seiner 3034. Tagung am 7./8.10.2010 erzielte der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – eine weitgehende Einigung über die materiell-strafrechtlichen Bestimmungen des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates.³⁶ Im Vergleich zum Kommissionsvorschlag³⁷ soll es den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, die auf gegenseitigem Einverständnis beruhenden sexuellen Handlungen Gleichaltriger näher zu definieren (Art. 8, s. auch Art. 5 Abs. 9) und zu entscheiden, ob als kinder- oder jugendpornographische Schriften auch solche gelten sollen, bei denen „die Person mit kindlichem Erscheinungsbild zum Zeitpunkt der Aufnahme tatsächlich bereits 18 Jahre oder älter war“ (Art. 5 Abs. 8). Im Europäischen Par-

S. 93 und der Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates v. 27.12.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 344, S. 70.

³² EuG, Urt. v. 12.12.2006 – T-228/02 (Volksmudschahedin des Iran); EuG, Urt. v. 11.7.2007 – T-47/03 (Sison I); EuG, Urt. v. 11.7.2007 – T-327/03 (Stichting Al-Aqsa); vgl. ferner EuGH, Urt. v. 18.1.2007 – C-229/05 (PKK/KNK) sowie EuG, Urt. v. 30.9.2009 – T-341/07 (Sison II).

³³ ABl. EU 2007 Nr. L 169, S. 58.

³⁴ EuGH, Urt. v. 29.6.2010 – C-550/09 = NJW 2010, 2413 m. Bespr. Meyer, NJW 2010, 2397.

³⁵ Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2010, 376 (381 f.).

³⁶ KOM (2010) 94 endg. v. 29.3.2010; zuletzt Ratsdok. 14279/10. Der bisherige Rahmenbeschluss ist zu finden in ABl. EU 2004 Nr. L 13, S. 44.

³⁷ S. hierzu Brodowski, ZIS 2010, 376 (381 f.).

²⁴ S. hierzu umfassend Meyer, HRRS 2010, 74.

²⁵ Vgl. hierzu die Resolutionen 1267 (2000), 1333 (2000), 1390 (2002), 1452 (2002) und 1455 (2003) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen.

²⁶ EuGH, Urt. v. 29.4.2010 – C-340/08.

²⁷ Verordnung (EG) Nr. 1190/2008 v. 28.11.2008, ABl. EU 2008 Nr. L 322, S. 25.

²⁸ EuG, Urt. v. 30.9.2010 – T-85/09.

²⁹ EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05. Da die damalige EG zur Umsetzung eine Verordnung (EG) wählte, bejahte der EuGH seine volle Prüfungs- und Verwerfungskompetenz bezüglich dieses Rechtsakts und stellte einen – justiziablen – Verstoß gegen das rechtliche Gehör und das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz fest. Da der ebenfalls bejahte Verstoß gegen das Grundrecht auf Eigentum aber zum Ziele der Terrorismusbekämpfung gerechtfertigt werden könne, erklärte der EuGH die Listung von Kadi erst nach einer Übergangszeit für nichtig. Innerhalb dieser Übergangszeit erfolgte die neuerliche Listung, die Gegenstand des neuen Verfahrens T-85/09 ist.

³⁰ So die Pressemitteilung Nr. 95/10 des EuG.

³¹ Begründet durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates v. 27.12.2001 über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. EG 2001 Nr. L 344,

lament und auch im Rat weiterhin umstritten sind die Bestimmungen betreffend Berufsverbote (Art. 10) und betreffend Zugangssperrung bzw. -erschwerung (Filterung) kinderpornographischer Inhalte im Internet (Art. 21) bis hin zu einer automatisierten Überprüfung aller Internetverbindungen, ob sie verdächtige Inhalte enthalten („Deep Packet Inspection“).³⁸ Diesbezüglich zeichnet sich ein Kompromiss ab, demzufolge die Entscheidung über die Einführung solcher Zugangsschwerungen den Mitgliedstaaten obliegen soll.

3. Menschenhandel³⁹

Bezüglich des Vorschlags zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz von Opfern sowie zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI⁴⁰ erzielte der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – bereits auf seiner 3018. Sitzung am 3./4.6.2010 eine allgemeine Ausrichtung,⁴¹ die sich weitgehend am bereits entschärften Kommissionsvorschlag orientiert.⁴²

4. Angriffe auf Informationssysteme

Ende September 2010 unterbreitete die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Angriffe auf Informationssysteme und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates.⁴³ Vordergründig soll dieser dazu dienen, Mindeststandards der strafrechtlichen Ahndung betreffend „Botnetze“ und andere moderne Formen von Cyberkriminalität einzuführen;⁴⁴ bei Lichte besehen sind die Unterschiede zum vorherigen Rahmenbeschluss⁴⁵ aber mit Ausnahme des Strafmaßes gering. Bedeutsamer erscheint jedoch, dass die Umsetzung des Rahmenbeschlusses viel Anlass für Kritik bot,⁴⁶ die Kommission aber erst ab dem 30.11.2014 Vertragsverletzungsverfahren einleiten könnte,⁴⁷ nach Erlass einer Richtlinie hingegen weitaus früher.

Materiell-rechtlich sind vier wesentliche Veränderungen vorgesehen; im Übrigen entspricht der Vorschlag nahezu

wortwörtlich dem bestehenden Rahmenbeschluss. Erstens soll die fakultative Einschränkung gestrichen werden, dass ein rechtswidriger Zugang zu einem Informationssystem nur bei einer „Verletzung von Sicherheitsmaßnahmen“ zu ahnden ist (Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses). Allerdings kann ein Ausspähen von Daten ohne jegliche Überwindung einer Zugangssicherung als ein „leichter Fall“ i.S.d. Art. 3 des Richtlinien-Vorschlags angesehen werden, so dass insoweit keine neue Pönalisierungspflicht besteht. Eine entsprechende Klarstellung in der Richtlinie, dass auch zukünftig eine Überwindung einer Zugangssicherung erforderlich ist, wäre allerdings allein aus Gründen der Normenklarheit wünschenswert. Zweitens sollen die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, das unbefugte Abfangen von Daten unter Strafe zu stellen (Art. 6).⁴⁸ Drittens sind die Herstellung, der Besitz und die Verbreitung von sogenannten „Hacking Tools“ sowie von Zugangscodes zu pönalisieren (Art. 7).⁴⁹ Viertens sieht Art. 10 eine Strafschärfung bei Tatbegehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung vor (Anhebung von 2 bis 5 auf einheitlich 5 Jahre Mindesthöchststrafe), bei Angriffen mit einem Instrument, das dazu bestimmt ist, „eine beträchtliche Anzahl von Informationssystemen [zu] schädigen“ (etwa Botnetze) „oder einen erheblichen Schaden unter anderem in Form gestörter elektronischer Dienste, finanzieller Verluste oder des Verlusts persönlicher Daten [zu] verursachen“ (etwa durch Denial-of-Service [DoS]-Angriffen), sowie bei Angriffen „durch Verschleierung der wahren Identität des Täters und Schädigung des rechtmäßigen Identitätseigentümers“ (Phishing).

Prozessual soll das bestehende 24/7-Netzwerk von Kontaktstellen⁵⁰ gestärkt werden; dringende Ersuchen sollen nunmehr binnen acht Stunden zu beantworten sein.

Für die Rechtslage in Deutschland sind bei unveränderter Annahme dieses Kommissionsvorschlags folgende Änderungen zu diskutieren: Nach Auffassung der Kommission müsste sich § 303b Abs. 1 StGB auf alle Datenverarbeitungsanlagen und nicht nur auf solche beziehen, „die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung“ sind.⁵¹ Allerdings sind Angriffe gegen nicht wesentliche Datenverarbeitungsanlagen durchaus als „leichte Fälle“ anzusehen, die von der Pönalisierungspflicht explizit ausgenommen sind. Das Regelbeispiel in § 303b Abs. 4 StGB wäre um die Tatbegehung zur Schädigung einer beträchtlichen Anzahl von Informationssystemen

³⁸ Vgl. *Krempl*, c't 22/2010, 40; vertiefend zu „Deep Packet Inspection“ vgl. *Bedner*, CR 2010, 339.

³⁹ Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (382).

⁴⁰ KOM (2010) 95 endg. v. 29.3.2010.

⁴¹ Ratsdok. 10845/10.

⁴² Vgl. hierzu *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (382).

⁴³ KOM (2010) 517 endg. v. 30.9.2010; vom Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3043. Tagung am 9.11.2010 wohlwollend aufgenommen (vgl. Ratsdok. 15848/10, S. 13).

⁴⁴ KOM (2010) 517 endg., S. 5.

⁴⁵ ABI. EU 2005 Nr. L 69, S. 67; s. hierzu *Bier*, DuD 2005, 473; *Gercke*, CuR 2005, 468 sowie – auch unter Berücksichtigung der Reformbestrebungen – *Brodowski*, in: Bellini u.a. (Hrsg.), *Current Issues in IT Security*, 2010, S. 149 (S. 151 f.).

⁴⁶ S. hierzu die Evaluation in KOM (2008) 448 endg. v. 14.7.2008.

⁴⁷ Art. 10 des Protokolls Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen, s. hierzu *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (377).

⁴⁸ Eine äquivalente Pönalisierungspflicht sieht bereits Art. 3 des Europarats-Übereinkommens über Computerkriminalität (SEV Nr. 185) vor, das allerdings noch nicht von sämtlichen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert wurde.

⁴⁹ Eine äquivalente Pönalisierungspflicht sieht Art. 6 des Europarats-Übereinkommens (s. oben Fn. 48) vor, allerdings unter zusätzlichen subjektiven Einschränkungen (Vorsatz zur Verwendung des „Hacking Tools“ bei einer Begehung einer Computerstraftat).

⁵⁰ Dieses Netzwerk basiert auf dem informellen „G8 24/7 Network of Law Enforcement Points of Contact“, welches auch Art. 35 des Europarats-Übereinkommens (s. oben Fn. 48) zugrunde liegt.

⁵¹ KOM (2008) 448, S. 5 f.

und um die Verschleierung der wahren Identität des Täters bei Schädigung des rechtmäßigen Identitätseigentümers zu erweitern. Zudem wäre eine vergleichbare Strafschärfung auch für §§ 202a, 202b StGB, etwa durch ein äquivalentes Regelbeispiel in einem neuen § 202d StGB vorzusehen. Nach hier vertretener Auffassung kann allerdings § 202a StGB auch weiterhin als restriktives Tatbestandsmerkmal die Überwindung einer Zugangssicherung vorsehen, da andernfalls ein leichter Fall i.S.d. Art. 3 des Richtlinien-Vorschlags vorliegen würde.

IV. Strafverfahrensrecht

1. *Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren*⁵²

Der Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament nahmen am 16.6.2010 bzw. am 7./8.10.2010 einen Kompromiss über eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen in Strafverfahren an,⁵³ die bis zum 27.10.2013 von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist. Die Kommission konnte sich mit ihrem Gegenvorschlag⁵⁴ nicht durchsetzen, so dass eine Verpflichtung nur zur Übersetzung „wesentlicher“ Dokumente – etwa Haftbefehle, Anklageschriften und Urteile – besteht, die zudem auch mündlich erfolgen kann.

2. *Recht auf Belehrung in Strafverfahren*

Als zweite Maßnahme des Fahrplans zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren⁵⁵ legte die Kommission am 20.7.2010 einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Belehrung in Strafverfahren vor.⁵⁶ Sie dient der Gewährleistung und auch der Fortentwicklung des Mindeststandards an Belehrungspflichten, wie sie bereits Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK und die Rechtsprechung des EGMR vorsehen.

Eine Belehrungspflicht besteht gem. Art. 2 des Vorschlags ab einer „amtlichen Mitteilung“ oder sonstigen Inkenntnissetzung, dass jemand „der Begehung einer Straftat verdächtigt oder beschuldigt wird“, gleich, ob es sich um einen transnationalen oder einen rein nationalen Sachverhalt handelt. Sodann ist der Beschuldigte „unverzüglich in einfacher und leicht verständlicher Sprache über [seine] Verfahrensrechte“ zu belehren (Art. 3 Abs. 1). Bei einer Festnahme hat diese schriftlich zu erfolgen („letter of rights“, Art. 4 Abs. 1), wofür der Vorschlag auch ein Muster bereithält (Anlage I). Für Verfahren zur Vollstreckung eines Europä-

ischen Haftbefehls⁵⁷ ist ein anderes Muster vorgesehen (Anlage II).

Der Vorschlag sieht zudem ein umfassendes, unentgeltliches und rechtzeitiges Akteneinsichtsrecht für den Beschuldigten oder seinen Rechtsanwalt vor, bei Untersuchungshaft bezüglich der Haftgründe ab der Festnahme (Art. 7 Abs. 1), andernfalls nach Abschluss der Ermittlungen (Art. 7 Abs. 2). Bestimmte Dokumente können allerdings gesperrt werden, wenn die Akteneinsicht „das Leben eines anderen ernsthaft gefährden oder die innere Sicherheit [...] ernsthaft beeinträchtigen kann“ (Art. 7 Abs. 2 S. 2). Jedenfalls betreffend die Akteneinsicht durch einen unverteidigten Beschuldigten würde dies zu signifikantem Änderungsbedarf bzgl. der Rechtslage in Deutschland (§ 147 Abs. 7 StPO) führen.⁵⁸

Ergänzt wird der Richtlinienvorschlag durch die Anordnung, dass wirksame Rechtsbehelfe (Art. 8 Abs. 2) bei Versagung einer Belehrung oder einer Akteneinsicht (s. hierzu in Deutschland § 147 Abs. 5 StPO) gewährleistet werden müssen. Ferner sind umfangreiche Dokumentationspflichten vorgesehen, insbesondere bei einer ausnahmsweise mündlich erfolgenden Belehrung eines verhafteten Beschuldigten (Art. 8 Abs. 1, Abs. 3).

In einer ersten Diskussion über diesen Vorschlag erwogen der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seinen 3034. und 3043. Tagungen am 8.10.2010 und am 9.11.2010 sowie seine Gremien,⁵⁹ geringfügige Verfahren (etwa ein Bußgeldverfahren vor einer Verwaltungsbehörde) aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herauszunehmen und die Akteneinsicht nicht zwingend unentgeltlich zu gewähren, sondern etwa als Kosten des Verfahrens, die auch dem Verurteilten auferlegt werden können, zu betrachten. Ferner kritisierte der Rat die (zu) geringen Möglichkeiten, eine Akteneinsicht nach Abschluss der Ermittlungen zu verweigern und brachte insoweit die aus Art. 7 Abs. 1 des Vorschlags bekannte Generalklausel ins Spiel, der zufolge nur die für die Verteidigung maßgeblichen Aktenbestandteile zur Verfügung zu stellen seien. Schließlich sei festzuhalten, dass eine Belehrung nur einmalig zu erfolgen habe.

3. *INDECT – Forschungsprogramm*

Eine Weiterentwicklung der Ermittlungsmaßnahmen im Lichte der Vernetzung verschiedener Informationsquellen – u.a. Videoüberwachung mit Abgleich biometrischer Merkmale – dient ein von der EU gefördertes Forschungsprojekt „Intelligent Information System Supporting Observation, Searching and Detection for Security of Citizens in Urban Environment“ (INDECT).⁶⁰ Eine Gruppe von Abgeordneten des Europäischen Parlaments verweist auf die durch solche Forschungsmaßnahmen und den späteren Einsatz durch Ermittlungsbehörden und durch Dritte drohende Gefahren des

⁵² Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2010, 376 (382).

⁵³ ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1. Kritisch zu dieser Richtlinie Brand, DRiZ 2010, 94.

⁵⁴ KOM (2010) 82 endg. v. 9.3.2010.

⁵⁵ ABl. EU 2009 Nr. C 295, S. 1. Vgl. hierzu Brodowski, ZIS 2010, 376 (382).

⁵⁶ KOM (2010) 392 endg. v. 20.7.2010 sowie die vorbereitende Studie von Spronken, An EU-Wide Letter of Rights, 2010.

⁵⁷ ABl. EG 2001 Nr. L 190, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2002F0584 v. 28.3.2009.

⁵⁸ S. aber bereits EGMR NStZ 1998, 429.

⁵⁹ Vgl. Ratsdok. 13683/10, Ratsdok. 15618/10 sowie Ratsdok. 15848/10, S. 13.

⁶⁰ Vgl. die Website des Projekts, <http://www.indect-project.eu/> (Stand: 14.11.2010).

„data mining“ und kritisiert die vom INDECT-Ethikbeirat unverantwortlicherweise geforderte Geheimhaltung sämtlicher Dokumente, die ein schlechtes Licht auf dieses Forschungsprojekt werfen könnten.⁶¹

V. Zusammenarbeit in Strafsachen

1. Europäische Ermittlungsanordnung⁶²

a) Initiative für eine Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung

Eine Gruppe von Mitgliedstaaten legte am 29.4.2010 eine Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen vor,⁶³ welche sich allerdings bereits seit längerem abgezeichnet hatte.⁶⁴ Gemäß des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung sollen auf Anordnung einer hinreichend legitimierten Strafverfolgungsbehörde nahezu sämtliche strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen durch einen anderen Mitgliedstaat durchgeführt werden; dieser kann die Durchführung nur unter sehr begrenzten Voraussetzungen ablehnen. Die Initiative selbst enthält über einen pauschal gehaltenen Verweis auf Art. 6 EUV in Erwägungsgrund 17 keine Maßgaben, dass eine Europäische Ermittlungsanordnung selbst dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliegt oder nur bei dem Verdacht erheblicher Straftaten zulässig sei.

Dem Entwurf zufolge soll diese Richtlinie nicht nur die Europäische Beweisverordnung⁶⁵ und die Europäische Sicherstellungsverordnung⁶⁶ sondern auch alle weiteren bisherigen Rechtshilferegulungen ersetzen, soweit sich diese auf die Erhebung und den Transfer von Beweisen für Strafverfol-

gungszwecke beziehen. Zur Verwertbarkeit der Beweismittel im Strafverfahren (vgl. Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a AEUV) verhält sich die Richtlinie allerdings nicht; sie ist dem zufolge allein auf die Rechtsgrundlage des Art. 82 Abs. 1 AEUV gestützt.

Aus dem Anwendungsbereich der Europäischen Ermittlungsanordnung sollen lediglich Gemeinsame Ermittlungsgruppen (JIT) und bestimmte Formen der Telekommunikationsüberwachung ausgenommen werden.⁶⁷ Spezielle Regelungen sind vorgesehen für die Vorführung eines Inhaftierten in einem anderen Mitgliedstaat (Art. 19, Art. 20), die Auskunftserteilung betreffend Bankkonten (Art. 23), die einmalige (Art. 24) oder laufende Überwachung von Finanztransaktionen (Art. 25) sowie kontrollierte Lieferungen von Betäubungsmitteln usw. (Art. 26).

Neben diesen maßnahmespezifischen und zum Teil sehr restriktiven Regelungen sieht der Entwurf folgende generelle Ablehnungsmöglichkeiten vor:

- Immunitäten und Privilegien (Art. 10 Abs. 1 lit. a).
- Nationale Sicherheit bzw. Geheimdiensttätigkeiten (Art. 10 Abs. 1 lit. b).
- Es handelt sich nicht um ein zwingend strafrechtliches Verfahren, sondern könnte sich im Ausstellungsmitgliedstaat auf Administrativsanktionen oder Ordnungswidrigkeiten beschränken (Art. 10 Abs. 1 lit. d).
- Die gewünschte Ermittlungsmaßnahme existiert nicht im ausführenden Mitgliedstaat (Art 10 Abs. 1 lit. c Alt. 1).
- Die gewünschte Ermittlungsmaßnahme ist im ausführenden Mitgliedstaat von einem Listendelikt abhängig, ohne dass ein solches Listendelikt Gegenstand des Ermittlungsverfahren ist (Art 10 Abs. 1 lit. c Alt. 2).

Auf die letzten beiden Ablehnungsgründe kann sich der ausführende Mitgliedstaat zudem nur berufen, wenn eine Ersetzung durch eine andere, mildere Ermittlungsmaßnahme nicht in Betracht kommt.

b) Stellungnahme der Kommission

Die Kommission beurteilt in ihrer Stellungnahme vom 24.8.2010 diese Initiative weitgehend positiv.⁶⁸ Sie regt allerdings an, statt einer Richtlinie eine Verordnung zu erlassen. Inhaltlich vermisst sie in der Initiative die Gewährleistung, dass in einem Mitgliedstaat erhobene Beweise auch vor den Gerichten anderer Mitgliedstaaten verwertbar sind. Eine Folgenabschätzung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Initiative mit der EMRK und der Grundrechte-Charta sei noch vorzunehmen und dabei nicht nur die in der Initiative genannten Rechte auf Freiheit, Sicherheit und auf gute Verwaltung zu berücksichtigen, sondern unter anderem auch der Datenschutz, die Unschuldsvermutung und das Recht auf einen

⁶¹ Vgl. <http://www.tinyurl.com/39ff636> (Stand: 14.11.2010).

⁶² Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (383). Grundlegend zur Europäischen Ermittlungsanordnung *Burchard*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2010 sowie die ZIS-Sonderausgabe 9/2010 „Aus Wissenschaft und Praxis: Transnationale Beweiserlangung – Anmerkung zum Grünbuch der EU-Kommission“ mit Vorwort *Ambos*, ZIS 2010, 550 und Beiträgen von *Allegrezza*, ZIS 2010, 569; *Ambos*, ZIS 2010, 557; *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580; *Busemann*, ZIS 2010, 552; *Lelieur*, ZIS 2010, 590; *Schierholt*, ZIS 2010, 567 und *Spencer*, ZIS 2010, 602.

⁶³ Ratsdok. 9145/10 nebst Erläuterungen in Ratsdok. 9288/10 ADD 1.

⁶⁴ S. etwa Grünbuch in KOM (2009) 624 endg. v. 11.11.2009; die Kommission hatte einen solchen Vorschlag allerdings erst für 2011 geplant.

⁶⁵ Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72; s. hierzu *Roger*, GA 2010, 27; *Zeder*, ÖJZ 2009, 992; *De Hert/Weis/Cloosen*, NJECL 2009, 55.

⁶⁶ Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates v. 22.6.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. EU 2003 Nr. L 196, S. 45.

⁶⁷ Siehe hierzu die Spezialbestimmungen in Art. 17 ff. des als „2000 MLA Convention“ bezeichneten Übereinkommens v. 29.5.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EG 2000 Nr. C 197, S. 3 ff.

⁶⁸ Ratsdok. 13446/10 = K (2010) 5789 endg. v. 10.9.2010.

wirksamen Rechtsbehelf. Mit einem neuen Erwägungsgrund solle einem „forum shopping“ entgegen gewirkt werden, demzufolge eine Europäische Ermittlungsanordnung „nicht aus dem alleinigen Grund erlassen werden [soll], weil sich damit die gesetzlichen Pflichten umgehen lassen, die in der einen Gerichtsbarkeit gelten, in der anderen jedoch nicht.“ Ein weiterer Ablehnungsgrund betreffend *ne bis in idem*-Konstellationen sei aufzunehmen. Schließlich seien die Bestimmungen betreffend bestimmte Ermittlungsmaßnahmen (Art. 19 ff.) einer signifikant weitergehenden Prüfung zu unterziehen.⁶⁹

c) Stand der Diskussion im Rat der Europäischen Union

In den Gremien des Rates dominieren bislang drei Themenkomplexe die Diskussionen:⁷⁰

aa) Ermittlungsmaßnahmen

In der Initiative ist vorgesehen, Gemeinsame Ermittlungsgruppen und bestimmte Formen der Telekommunikationsüberwachung aus dem Anwendungsbereich der Europäischen Ermittlungsmaßnahme auszunehmen. Manche Delegationen fordern allerdings, auch diese Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Richtlinie aufzunehmen, um einen wirklich einheitlichen Rahmen für eine transnationale Beweisgewinnung zu schaffen. Ferner regen manche Delegationen an, auch andere Formen der Rechtshilfe in Strafsachen wie die Zustellung von Dokumenten in die Richtlinie aufzunehmen, was aber andere Delegationen zu Recht als einen thematisch völlig anderen Komplex erachten.

bb) Anordnungsbefugnis

In der Initiative ist die Möglichkeit vorgesehen, neben (Ermittlungs-)Richtern, Gerichten und Staatsanwälten auch weiteren Justizbehörden die Befugnis einzuräumen, Europäische Ermittlungsanordnungen zu erlassen. Diese Erweiterung stößt auf die Kritik mancher Delegationen.

⁶⁹ Mit dieser Bemerkung trifft die Kommission meines Erachtens einen wunden Punkt, wenn auch an falscher Stelle: Die Europäische Ermittlungsanordnung sieht für eine Vielzahl weiterer Ermittlungsmaßnahmen keinerlei spezielle Bestimmungen vor, auch für grundrechtlich sensible Maßnahmen wie etwa einer akustischen oder optischen Wohnraumüberwachung. Dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung und Art. 10 der Initiative zufolge bestünden daher nur wenige Gründe zur Ablehnung einer solchen Ermittlungsmaßnahme. Es erscheint daher dringend notwendig, den allgemeinen Teil der Initiative unter Berücksichtigung des bunten Straußes an möglichen Ermittlungsmaßnahmen einer solch „weitergehenden Prüfung“ zu unterziehen und dabei spezifische Ablehnungsgründe für sämtliche grundrechtsrelevanten Ermittlungsmaßnahmen zu formulieren.

⁷⁰ Vgl. Ratsdok. 12201/10, Ratsdok. 12862/10, Ratsdok. 15531/10 sowie Ratsdok. 15848/10.

cc) Ablehnungsgründe

Über den engen Katalog der Initiative schlagen Delegationen – vor allem Deutschland und das Vereinigte Königreich – die Aufnahme weiterer Ablehnungsgründe vor, unter anderem:

- **Verhältnismäßigkeit:** Die spanische und belgische Ratspräsidentenschaft sowie die Mehrzahl der Delegationen hält allerdings eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch die Anordnungsbehörden für ausreichend.
- **Grundrechtsverletzungen:** Manche Delegationen halten einen solchen Ablehnungsgrund für unvereinbar mit dem gegenseitigen Vertrauen, das dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zugrunde liege; daher sei eine Ablehnung bei Grundrechtsverletzungen auch ohne spezielle Normierung eines solchen Ablehnungsgrundes möglich.
- **Beiderseitige Strafbarkeit:** Bei der Europäischen Beweis-anordnung hatte Deutschland diesbezüglich eine Sonderregelung durchsetzen können, vgl. deren Art. 23 Abs. 4.
- **Ne bis in idem-Konstellationen.**
- **Reziprozität, d.h. die Prüfung, ob dieselbe Ermittlungsmaßnahme auch in einem vergleichbaren nationalen Strafverfahren angeordnet würde.** Andere Delegationen halten einen solchen Ablehnungsgrund für unvereinbar mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.
- **Übermäßige Kosten für den ausführenden Mitgliedstaat.**

Ein Kompromissvorschlag der belgischen Ratspräsidentenschaft, die Ermittlungsmaßnahmen je nach ihrer Grundrechtsintensität in vier Kategorien einzuordnen und hiernach den Katalog der Ablehnungsgründe zu bestimmen,⁷¹ fand die Zustimmung der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten.⁷²

Drei an die Mitgliedstaaten gerichtete Fragebögen sollten die Klärung mancher der genannten Fragen auf eine fundierte Datengrundlage stellen; die meisten Antworten sind inzwischen eingegangen:

- Ein Fragebogen bezüglich der Telekommunikationsüberwachung thematisiert, ob manche Formen der Telekommunikationsüberwachung aus der Europäischen Ermittlungsanordnung ausgenommen werden sollen.⁷³
- Ein zweiter Fragebogen soll eruieren, ob über Gerichte, Ermittlungsrichter und Staatsanwaltschaften hinausgehend weitere Akteure strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen anordnen können.⁷⁴
- Ein dritter Fragebogen dient der Klärung, ob in Mitgliedstaaten strafrechtsähnliche Verfahren vor Verwaltungs- oder Justizbehörden bestehen, gegen deren Entscheidungen ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann (vgl. Art. 4 lit. b und c der Initiative) – wie etwa das deutsche Ordnungswidrigkeitenverfahren.⁷⁵

⁷¹ Ratsdok. 15531/10, S. 4.

⁷² Ratsdok. 15848/10, S. 12.

⁷³ Ratsdok. 14591/10.

⁷⁴ Ratsdok. 13049/1/10.

⁷⁵ Ratsdok. 13050/1/10.

d) Stellungnahme von Bundesrat und Bundestag

In Deutschland lehnten sowohl Bundesrat⁷⁶ als auch Bundestag⁷⁷ die Initiative ab, der Bundestag dabei einstimmig, worauf der Präsident des Bundestages *Dr. Lammert* eindrücklich hinwies: „Unbeschadet der Frage, ob und wann ein dazu in den Verträgen vorgesehenes Quorum zustande kommt, macht damit der Deutsche Bundestag zum ersten Mal einvernehmlich Bedenken gegen eine Regelungsabsicht der Europäischen Kommission⁷⁸ deutlich. Wir erwarten, dass unabhängig von den statistischen Relationen die Europäische Kommission diesen Hinweis so ernst nimmt, wie er von diesem Parlament offenkundig gemeint ist.“⁷⁹ Den Stellungnahmen zufolge sei die Umsetzung der Europäischen Beweisanordnung abzuwarten und sodann diese erst zu evaluieren, bevor ein neues Instrument diese ersetzen solle. Angesichts der bestehenden Unterschiede betreffend Strafverfahrensrechte sei die Initiative zu umfassend und verfrüht. Auf die Prüfung einer beiderseitigen Strafbarkeit könne nicht allgemein verzichtet werden. Ferner seien die Ablehnungsgründe zu erweitern, so dass nationale verfassungsrechtliche Richtervorbehalte gewahrt werden können und allgemein, so der Bundestag, „die Vollstreckung einer Ermittlungsanordnung versagt werden kann, wenn diese nach nationalem Recht unzulässig wäre“.

2. Europäische Schutzanordnung⁸⁰

Zur 3018. Sitzung des Rats der Europäischen Union – Justiz und Inneres – am 3./4.6.2010 legte die damalige spanische Ratspräsidentschaft eine überarbeitete Fassung der Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die europäische Schutzanordnung⁸¹ vor. Die Neufassung knüpft an zuvor innerstaatlich erlassene Verpflichtungen oder Verbote zum Schutze von Leib, Leben, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung einer gefährdeten Person an, in denen einer gefährdenden Person Einschränkungen der Freizügigkeit, die Meidung des Kontakts oder Näherungsverbote auferlegt wurden. Diese Verpflichtungen oder Verbote müssen dabei eine Reaktion auf vorangegangenes strafbares Verhalten darstellen (Art. 1, Art. 4). Aufgrund der geänderten Anknüpfungspunkte hielt die Kommission ihre Bedenken betreffend der Unionskompetenz nicht länger aufrecht und plant daher für 2011 nunmehr lediglich einen Vorschlag für weitere Maßnahmen auf zivilrechtlicher Grundlage. Die Initiative stieß in den zuständigen Ausschüssen des Europäischen Parlaments auf weitgehende Zustimmung, während

⁷⁶ BR, Beschl. v. 4.6.2010 gem. der Vorlage BR-Drs. 280/10; vgl. BR-Prot. 871 (4.6.2010), S. 211 f.

⁷⁷ BT, Beschl. v. 7.10.2010 gem. der Vorlage BT-Drs. 17/3234; vgl. BT-Prot. 17/6962 (C).

⁷⁸ Diese Initiative wurde von einer Gruppe von Mitgliedstaaten und nicht von der Kommission eingereicht; zur Entscheidung über die Initiative sind allein der Europäische Rat und das Europäische Parlament berufen.

⁷⁹ BT-Prot. 17/6962 (C).

⁸⁰ Vgl. *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (384).

⁸¹ Ratsdok. 15006/10; zuvor Ratsdok. 9093/10.

manche Mitgliedstaaten bei ihrer skeptischen Haltung blieben.⁸²

3. Gegenseitige Anerkennung von Einziehungsentscheidungen

Die Kommission veröffentlichte im August 2010 ihre Evaluierung des Rahmenbeschlusses 2006/783/JI des Rates vom 6.10.2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen.⁸³ Bislang wurde dieser Rahmenbeschluss erst in 13 Mitgliedstaaten umgesetzt. Dabei, so die Kommission, seien regelmäßig zusätzliche und dem Rahmenbeschluss widersprechende Versagungsgründe aufgenommen worden.

Bezüglich der 2009 erfolgten Umsetzung in Deutschland⁸⁴ wird hauptsächlich kritisiert, dass einige „der wesentlichen Grundsätze des Rahmenbeschlusses (wie der unmittelbare Kontakt) anscheinend nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden“ seien. Zudem widerspricht es nach Auffassung der Kommission den Vorgaben des Rahmenbeschlusses, dass § 88c Nr. 4 und Nr. 5 IRG nicht nur eine Aufschiebung, sondern eine Versagung vorsehe, wenn eine andere Anordnung des Verfalls oder der Einziehung mit dem Ersuchen konkurriere.

4. Europäische Geldstrafe oder Geldbuße

Das deutsche Umsetzungsgesetz⁸⁵ zum Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen⁸⁶ trat am 28.10.2010 in Kraft.

⁸² Vgl. hierzu auch die vom Bundesrat am 26.3.2010 erhobene Subsidiaritätsrüge, BR-Drs. 43/10 sowie BR-Prot. 868 (23.6.2010), S. 103. Ebenfalls skeptisch *Brand*, DRiZ 2010, 94.

⁸³ KOM (2010) 428 v. 23.8.2010; der Rahmenbeschluss ist zu finden in ABl. EU 2006 Nr. L 328, S. 59 i.d.F. CONSLEG-2006F0783 v. 28.3.2009.

⁸⁴ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2006/783/JI des Rates v. 6.10.2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen und des Rahmenbeschlusses 2008/675/JI des Rates v. 24.7.2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren (Umsetzungsgesetz Rahmenbeschlüsse Einziehung und Vorverurteilungen) v. 2.10.2009, BGBl. I 2009, S. 3214, in Kraft seit 22.10.2009.

⁸⁵ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates v. 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, BGBl. I 2010, S. 1408. S. hierzu die Fundamentalkritik durch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515 sowie die Replik durch *Böse*, ZIS 2010, 607 und die Erwiderung darauf durch *Schünemann*, ZIS 2010, 735.

⁸⁶ ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16 i.d.F. CONSLEG 2005-F0214 v. 28.3.2009.

5. Europäischer Haftbefehl

Auf seiner 3018. Sitzung am 3./4.6.2010 nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – Schlussfolgerungen an zu Folgemaßnahmen zu den Empfehlungen des Abschlussberichts über die vierte Runde der gegenseitigen Begutachtungen betreffend den Europäischen Haftbefehl unter dem spanischen Vorsitz im Rat der Europäischen Union.⁸⁷ Europäische Haftbefehle⁸⁸ sollen spätestens binnen sechs Arbeitstagen bei der zuständigen Behörde des Vollstreckungsmitgliedstaats vorliegen. Das Europäische Handbuch mit Hinweisen zum Ausstellen eines Europäischen Haftbefehls⁸⁹ ist demzufolge um explizite Hinweise zu ergänzen, dass dieses Instrument nicht gewählt werden solle, um andere Zwangsmaßnahmen als Untersuchungshaft (oder Strafhaft) durchzusetzen, und dass mildere Alternativen zu einem Haftbefehl stets erwogen werden sollen.

Zu den Vorlagefragen des OLG Stuttgart⁹⁰ in der Rs. C-261/09 (Mantello) stellte Generalanwalt Bot am 7.9.2010 seine Schlussanträge. Dabei betonte er die Bedeutung des Grundrechtsschutzes, welche es auch dem Vollstreckungsstaat gestattet, das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes vertieft zu prüfen. Dafür kann er auch weitergehende Informationen vom Ausstellungsmitgliedstaat verlangen (Art. 15 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses). Der Begriff „derselben Handlung“ im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl – dort u.a. in Art. 3 Nr. 2, aber auch in Art. 4 Nr. 2 bis Nr. 5 erwähnt – sei europäisch-autonom, aber innerhalb des Unionsrechts einheitlich auszulegen. Daher plädiert er für eine an der Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ orientierte Auslegung⁹¹ und verweist diesbezüglich auf folgende Grundsatzurteile:

- Ein rechtskräftiger Freispruch aufgrund von Verjährung⁹² oder aufgrund Mangels an Beweisen⁹³ bewirkt einen Strafklageverbrauch.
- Eine endgültige Einstellung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft, nachdem der Beschuldigte bestimmte Auflagen erfüllt und insbesondere einen bestimmten, von der Staatsanwaltschaft festgesetzten Geldbetrag entrichtet hat, bewirkt ebenfalls einen Strafklageverbrauch.⁹⁴
- Keinen Strafklageverbrauch begründen allerdings vorläufige Einstellungen,⁹⁵ die etwa unter Verweis auf die

Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat erfolgen.⁹⁶

- Die Vollstreckungsklausel des Art. 54 SDÜ bezieht sich nicht auf bloß kurzfristige Polizei- oder Untersuchungshaft, auch wenn sie auf eine spätere Vollstreckung anzurechnen wäre.⁹⁷
- Ob „dieselbe Tat“ vorliegt, ist maßgeblich nach der Identität der materiellen Tat zu bestimmen, „verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse.“⁹⁸

Einen solchen dieselbe Handlung qualifizierenden Zusammenhang verneint Generalanwalt Bot im Vorlageverfahren. Der bereits abgeurteilte Besitz von Betäubungsmitteln sperre nicht die nun gegenständliche Strafverfolgung der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung, die den Handel mit Betäubungsmitteln zum Gegenstand habe.

Generalanwalt Villalón hat im Vorabentscheidungsverfahren Rs. C-306/09 („I.B.“) in seinen Schlussanträgen vom 6.6.2010 die Bedeutung des Grundrechtsschutzes prägnant herausgearbeitet: „Wenn es richtig ist, dass die gegenseitige Anerkennung ein Instrument zur Stärkung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist, so trifft es doch nicht weniger zu, dass der Schutz der Grundrechte und -freiheiten ein prius darstellt, das das Bestehen und die Entwicklung dieses Raums legitimiert.“⁹⁹ Zudem seien die Ablehnungsgründe des Europäischen Haftbefehls nicht eng auszulegen, sondern ihnen ein „bestimmte[r] Wertungsspielraum“ zuzubilligen, um diesen Grundrechtsschutz auch gewährleisten zu können.

Allein im Ergebnis zu den konkreten Vorlagefragen stimmt der EuGH in seinem Urteil vom 21.10.2010 zu: Der belgische Verfassungsgerichtshof hatte einen Wertungswiderspruch im System der Ablehnungsgründe und Garantien des Rahmenbeschlusses bemerkt: Dessen Art 1. Abs. 1 sieht Europäische Haftbefehle einerseits zur Strafverfolgung, andererseits zur Strafvollstreckung vor. Nach einem Abwesenheitsurteil ist an sich ein Europäischer Haftbefehl zur Strafvollstreckung einschlägig (arg. ex. Art. 5 Nr. 1). Art. 5 Nr. 3 ermögliche es aber nur, eine Rücküberstellung zur Strafvollstreckung zur Bedingung zu machen, wenn es sich um einen Europäischen Haftbefehl zur Strafverfolgung handle. Angesichts der Möglichkeit des Betroffenen, eine Wiederaufnahme des Verfahrens herbeizuführen (Art. 5 Nr. 1), fragte der belgische Verfassungsgerichtshof daher an, ob ein Europäischer Haftbefehl nach einem Abwesenheitsurteil auch als ein Haftbefehl zur Strafverfolgung interpretiert werden könne oder ob alternativ Art. 4 Nr. 6 und Art. 5 Nr. 3 extensiv aus-

⁸⁷ Ratsdok. 8436/2/10. S. ferner *Blackstock*, NJECL 2010, 16; *Christou/Weis*, NJECL 2010, 31.

⁸⁸ Vgl. den grundlegenden Rahmenbeschluss 2002/584/JI v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG 2001 Nr. L 190, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2002F0584 v. 28.3.2009.

⁸⁹ Ratsdok. 8216/2/08; s. nunmehr Ratsdok. 17195/10.

⁹⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.6.2009 – 3 Ausl. 175/08.

⁹¹ Zum Verhältnis zwischen Art. 54 SDÜ und Art. 50 GrCh vgl. *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, engl. Fassung in *Burchard/Brodowski*, NJECL 2010, 310.

⁹² EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-467/04 (Gasparini u.a.).

⁹³ EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-150/05 (Van Straaten).

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge).

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-469/03 (Miraglia).

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 22.12.2008 – C-491/07 (Turansky).

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – C-288/05 (Kretzinger).

⁹⁸ Generalanwalt Bot, Schlussanträge – C-261/09, Rn. 48 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04 (Van Esbroeck).

⁹⁹ Generalanwalt Villalón, Schlussanträge – C-306/09, Rn. 43.

gelegt werden können und auch an Europäische Haftbefehle zur Strafvollstreckung nach einem Abwesenheitsurteil anknüpfen dürfen. Letzterer Auffassung schloss sich im Lichte einer Optimierung der Resozialisierungschancen der EuGH an und gestattete es, auch bei einem Europäischen Haftbefehl zur Strafvollstreckung eine Rücküberstellung gem. Art. 5 Nr. 3 zu verlangen.

6. Umsetzung der Rahmenbeschlüsse

Auf belgischen Vorschlag hin nahm der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3034. Sitzung am 7./8.10.2010 Schlussfolgerungen über das weitere Vorgehen bei der Umsetzung von Rechtsinstrumenten zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen an.¹⁰⁰ Die Umsetzung der verschiedenen Rechtsinstrumente über die gegenseitige Anerkennung sei mit Ausnahme des Europäischen Haftbefehls mangelhaft und daher seien zukünftig verstärkte Anstrengungen erforderlich. Ferner anerkennt der Rat, „dass bei der künftigen Gesetzgebungstätigkeit auf EU-Ebene den Kapazitäten Rechnung zu tragen ist, die auf nationaler Ebene für die Umsetzung der jeweiligen Instrumente zur Verfügung stehen.“ Ferner wies Belgien auf die Problematik hin, dass es einer zuverlässigen, aussagekräftigen Quelle über den Umsetzungsstand der jeweiligen Instrumente ermangele. Diese Lücke solle in Zukunft die Website des Europäischen Justiziellen Netzes in Strafsachen¹⁰¹ schließen.

7. Justizielle Zusammenarbeit in Grenzregionen innerhalb der Europäischen Union

In einer Stellungnahme vom 3.11.2010 weist die belgische Ratspräsidentschaft darauf hin, dass bei der Staatsanwaltschaft Maastricht ein Büro für Euregionale Zusammenarbeit (BES) der Euregio Maas-Rhein eingerichtet ist, an das 2005 ein belgischer Verbindungsbeamter und 2008 ein deutscher (Ober-)Staatsanwalt entsendet wurde. Hierdurch sei die justizielle Zusammenarbeit in dieser Binnen-Grenzregion merklich verbessert worden. Aufgrund dieses positiven Beispiels regt die belgische Ratspräsidentschaft an, eine generelle Diskussion über solche strukturierte Formen der Zusammenarbeit in Grenzregionen zu führen.¹⁰²

¹⁰⁰ Ratsdok. 13403/1/10 REV 1 sowie Ratsdok. 13405/1/10 REV 1; s. zuvor Ratsdok. 11193/10.

¹⁰¹ Erreichbar unter <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/>.

¹⁰² Ratsdok. 15768/10.

VI. Zusammenarbeit mit Drittstaaten¹⁰³

1. SWIFT-Zahlungsverkehrsdaten¹⁰⁴

Am 1.8.2010 trat das überarbeitete¹⁰⁵ so genannte TFTP/SWIFT-Abkommen zwischen der EU und den USA in Kraft.¹⁰⁶ Der Datenschutz wurde dabei verstärkt: So ist z.B. ein „data mining“ ausdrücklich nicht gestattet (Art. 5 Abs. 3), so sind umfangreiche Protokollierungspflichten vorgesehen (Art. 5 Abs. 6) und so überwacht auch ein von der Europäischen Kommission ernannter unabhängiger Prüfer (Art. 12) die Zweckbestimmung und die Verfahrensgarantien. Art. 9 verpflichtet die Vereinigten Staaten von Amerika, die Strafverfolgungsbehörden in Europa über wesentliche Ermittlungsergebnisse zu Zwecken der Terrorismusbekämpfung zu informieren. Zudem verpflichten sich die USA, auch auf Ersuchen europäischer Strafverfolgungsbehörden tätig zu werden und unverzüglich eine Analyse von Zahlungsverkehrsdaten vorzunehmen (Art. 10). Im Hinblick auf die politische Absicht, binnen der kommenden fünf Jahre ein eigenes europäisches Programm zur Analyse von Zahlungsverkehrsdaten einzurichten,¹⁰⁷ sichern die USA ihre Unterstützung zu (Art. 11). Bei allem Fortschritt im Vergleich zur ersten Fassung des Abkommens wird kritisch zu überprüfen sein, ob die Restriktionen des Datenaustausches auch in der Praxis greifen.

2. EU/USA-Datenschutzabkommen¹⁰⁸

Die Kommission legte im Mai 2010 eine Empfehlung vor für ein Verhandlungsmandat für ein Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über den Schutz solcher personenbezogener Daten, die zu Strafverfolgungszwecken einschließlich der Bekämpfung des Terrorismus im Rahmen der polizeilichen oder justiziellen Zusammenarbeit transferiert oder verarbeitet werden.¹⁰⁹ Diesem Entwurf eines Verhandlungsmandates zufolge soll Gegenstand des Abkommens unter anderem ein umfassendes

¹⁰³ Vgl. allgemein zu diesem Themenkomplex *Brodowski*, NJECL 2011, im Erscheinen; *De Bruycker/Weyembergh*, in: Mario Telò (Hrsg.), *The European Union and Global Governance*, 2009, S. 210; *Mitsilegas*, *European Foreign Affairs Review* 12 (2007), 457 sowie den Sammelband von *de Kerchove/Weyembergh* (Hrsg.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, 2003, passim.

¹⁰⁴ Vgl. *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (386).

¹⁰⁵ Zum – vom Europäischen Parlament abgelehnten – ersten solchen Abkommen vgl. *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (386).

¹⁰⁶ Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Zahlungsverkehrsdaten und deren Übermittlung aus der Europäischen Union an die Vereinigten Staaten von Amerika für die Zwecke des Programms zum Aufspüren der Finanzierung des Terrorismus, ABl. EU 2010 Nr. L 195, S. 5.

¹⁰⁷ Vgl. den Beschluss des Rates der Europäischen Union zum Abschluss des Abkommens, ABl. EU 2010 Nr. L 195, S. 3.

¹⁰⁸ Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (386).

¹⁰⁹ KOM (2010) 252 – nicht öffentlich.

und auch justiziables Auskunfts- und Berichtigungsrecht über die jemanden betreffenden personenbezogenen Daten sein. Ein unabhängiger Datenschutzbeauftragter soll ein hohes Datenschutzniveau gewährleisten, das unter anderem auch einer Datensparsamkeit und einer Zweckbindung der Daten verpflichtet ist. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass aus Sicht des Verhandlungsmandats der „Zweck“ sich umfassend auf sämtliche Strafverfolgungs-, aber auch präventive Aspekte (Strafverfolgungsvorsorge) beziehen und damit einem „Prinzip der Verfügbarkeit“ legitim transferierter Daten nahekommen kann. Der Rat hat bislang noch keine Entscheidung über das Verhandlungsmandat getroffen.

3. Abkommen betreffend die Übermittlung von Fluggastdatensätzen (PNR)

Am 21.9.2010 legte die Kommission eine Mitteilung über das sektorübergreifende Konzept für die Übermittlung von Fluggastdatensätzen (PNR) an Drittländer vor.¹¹⁰ Derzeit finden entsprechende Abkommen der EU mit den USA, Australien und Kanada (vorläufige) Anwendung,¹¹¹ diese Abkommen sollen aber nach diesem neuen Konzept unter Zugrundelegung einheitlicher Verhandlungsmandate neu verhandelt werden. Da auch weitere Länder inzwischen beginnen, eigene, entsprechende Analyseysteme zu entwickeln und die Kommission für Januar 2011 die Vorlage eines Entwurfs für ein europäisches Analyseystem angekündigt hat,¹¹² regt die Kommission zudem an, die Möglichkeiten hin zu einem multilateralen Abkommen zu erkunden.

4. Anti-Piraterieabkommen (ACTA)

Ein am 7.10.2010 veröffentlichter Entwurf¹¹³ für ein Anti-Piraterieabkommen (Anti-Counterfeiting Trade Agreement [ACTA]) sieht nach Auffassung der Kommission keine neuen Pönalisierungsverpflichtungen (s. hierzu dessen Art. 2.14) für Mitgliedstaaten der Europäischen Union vor, wohl aber Erleichterungen im Hinblick auf die zivilrechtliche Durchsetzung der Rechte am so genannten „geistigen Eigentum“.

5. Rechtshilfeabkommen EU/Japan¹¹⁴

Das Abkommen zwischen der EU und Japan über die gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen kann nach einem entsprechenden Beschluss des Rates der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3034. Tagung am 7.10.2010

zunehmend abgeschlossen werden;¹¹⁵ es wird aber erst 30 Tage nach Austausch der Ratifikationsurkunden in Kraft treten.

¹¹⁰ KOM (2010) 492 endg. v. 21.9.2010.

¹¹¹ Nur das Abkommen mit Kanada ist derzeit ratifiziert, die Abkommen mit den USA und mit Australien finden vorläufige Anwendung. Zu den Auswirkungen des ersten SWIFT-Abkommens auf das PNR-Abkommen mit den USA vgl. *Tamm*, VuR 2010, 215.

¹¹² Vgl. zuvor KOM (2007) 654 endg. v. 6.11.2007 sowie *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (383); *McGinley*, DuD 2010, 250.

¹¹³ Vgl. <http://tinyurl.com/2uptlfv> (Stand: 14.11.2010).

¹¹⁴ Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (386); der Vertragstext ist zu finden in ABl. EU 2010 Nr. L 37, S. 20.

¹¹⁵ ABl. EU 2010 Nr. L 271, S. 3.

Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Beatrice Brunhöber**, Berlin*

Der Beitrag entwickelt einen Prüfungsmaßstab für das Grundrecht auf ein faires Verfahren. Haupteinwand gegen das faire Verfahren als Recht ist, dass seine Vagheit die Bindung der Strafrechtsprechung an das positive Recht zu sehr lockert. Auf der anderen Seite gebührt einem so wichtigen Grundrecht Beachtung auch und gerade in der alltäglichen Strafrechtspraxis. Der Aufsatz tritt dafür ein, die Konsequenzen aus der Grundrechtsqualität des Anspruchs zu ziehen, d.h. ihn auch als solchen in der Praxis der Strafverfolgungsorgane und Fachgerichte zu berücksichtigen. In diesem Sinne wird ein Prüfprogramm des fairen Verfahrens entwickelt, das sich an der Grundrechtsqualität ausrichtet. Dieses Prüfungsverfahren unterscheidet sich von demjenigen, das der Bundesgerichtshof in der viel beachteten Besuchsraum-Entscheidung (BGH NJW 2009, 2463) aufgestellt hat. Nach dem 1. Strafsenat ist ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren festzustellen, indem sämtliche Umstände in einer Gesamtschau in Bezug auf die Verfahrensfairness bewertet werden. Die Orientierung an der Grundrechtsdogmatik hat den Vorteil, der Praxis nuanciertere Vorgaben als eine allgemeine Gesamtbetrachtung an die Hand zu geben. Insbesondere wird deutlicher, wann das Recht in der Praxis überhaupt relevant wird: nämlich bei der verfassungskonformen Auslegung seiner gesetzlichen Ausprägungen und bei Ermessens- bzw. Abwägungsmaßnahmen. Zudem unterscheidet die grundrechtsdogmatische Verhältnismäßigkeitsprüfung genauer zwischen den Fragen nach dem legitimen Zweck, der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit eines Rechtssetzungs- oder Rechtsanwendungsakts.

The main argument against qualifying the concept of a fair trial as a right rather than a principle is that its vagueness vests criminal judges with too much discretion. On the other hand it is widely recognised that the right to a fair trial is derived from fundamental constitutional rights codified in the German Constitution, such as the right to liberty and the rule-of-law principle. This article pleads to take this nature as a fundamental right seriously and to implement it as such into criminal practice. By doing so the right to a fair trial may become more practical and less vague. Therefore, the author develops a test with regard to the question as to whether the right to a fair trial is violated by a legislative act or by an act within criminal proceedings which is based on the standard constitutional test for fundamental right violations. This test differs from the test which the Bundesgerichtshof (German Federal High Court of Justice) recently developed in NJW 2009, 2463. The Court examined whether the proceedings as a whole, including the particular circumstances, were fair. In contrast to this fairly undifferentiated evaluation, the standard constitutional test that the author suggests includes different questions. First, her test clarifies

* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Tatjana Hörnle an der Humboldt-Universität zu Berlin.

in which particular situations the right to a fair trial bears any significance in practice: namely as a source both of the interpretation of statutes in which that very right is codified and for the discretion of judges and prosecutors. Secondly, the test more accurately distinguishes the question as to whether the intended purpose of an act is legitimate from the questions as to whether the act is proper, necessary, and appropriate.

I. Einleitung

Auch wenn das faire Verfahren im Strafverfahrensrecht häufig als Prozessmaxime auftaucht, ist es nach dem Bundesverfassungsgericht ein Grundrecht. Der folgende Beitrag ist ein Plädoyer dafür, den Anspruch auf ein faires Verfahren gleichfalls in der strafprozessualen Praxis stärker als Grundrecht zu berücksichtigen. In einem ersten Schritt wird die grundrechtliche Verankerung nochmals knapp begründet (II.). Daneben ist das Verhältnis des Grundgesetzes zu Art. 6 EMRK zu klären, der ebenfalls ein Recht auf einen fair trial bestimmt. In einem zweiten Schritt wird ein entsprechendes Prüfungsschema erarbeitet (III.).¹ Aus der Grundrechtsqualität des Anspruchs auf ein faires Verfahren folgt, dass er wie ein Grundrecht zu prüfen ist. Dieses Prüfungsverfahren unterscheidet sich von demjenigen, das der Bundesgerichtshof jüngst in der viel beachteten Besuchsraum-Entscheidung² entwickelt hat. Nach dem 1. Strafsenat ist ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren festzustellen, indem sämtliche Umstände in einer Gesamtschau in Bezug auf die Verfahrensfairness bewertet werden.³ Die Orientierung an der Grundrechtsdogmatik hat den Vorteil, der Praxis differenziertere Vorgaben als eine allgemeine Gesamtschau an die Hand zu geben (IV.).⁴

II. Rechtsgrundlage und dogmatische Einordnung

Bevor ein Prüfungsmaßstab entwickelt werden kann, muss die Rechtsgrundlage und damit die dogmatische Einordnung des Rechts auf ein faires Verfahren geklärt werden. Sie ent-

¹ Da also der Schwerpunkt darauf liegt, Prüfungskriterien für die Anwendung des Rechts auf ein faires Verfahren zu entwickeln, müssen die Rechtsfolgen einer Verletzung dieses Rechts hier vernachlässigt werden. S. zu diesen Kühne, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. I Rn. 114 ff.; Schmalz, Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Europäische Menschenrechtskonvention für die Bundesrepublik Deutschland, 2007.

² BGH NJW 2009, 2463 m. zust. Anm. Engländer, JZ 2009, 1179; Zuck, JR 2010, 17; m. abl. Anm. Hauck, NSStZ 2010, 17; Rogall, HRRS 2010, 289; s.a. Marxen/Rösing, Famos 09/2009, zu finden unter: <http://www.fall-des-monats.de/>.

³ BGH NJW 2009, 2463 (2465 ff.).

⁴ In diese Richtung bereits Rzepka, Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000.

scheiden über den Rang in der Normenhierarchie, bestimmen den Anwendungsbereich und aus ihnen ergeben sich Vorgaben für das Prüfprogramm.

Bezüglich der Rechtsgrundlage des Rechts auf ein faires Verfahren besteht deshalb Unklarheit, weil es erstens im deutschen Recht nicht ausdrücklich normiert ist und zweitens in der Rechtsanwendung und im Schrifttum auf unterschiedliche Weise vorkommt. Aus der fehlenden expliziten Positivierung im deutschen Recht und seinem vermeintlich ungeklärten Inhalt folgert die Literatur teilweise, dass es nur ein deklaratorisches Gebot des fairen Verfahrens gebe.⁵ In der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung erscheint es häufig als eine Prozessmaxime, also als ein Leitprinzip des Strafverfahrens.⁶ Das Bundesverfassungsgericht betrachtet es als ein Grundrecht, das mittels Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.⁷ Das verfassungsrechtliche und großenteils auch das strafrechtliche Schrifttum sehen den Grundsatz des fairen Verfahrens bzw. das Recht auf ein faires Verfahren mit dem Bundesverfassungsgericht in den Freiheitsgrundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip verankert.⁸ Schließlich untersucht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, ob das konkrete nationale Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer in seiner Gesamtheit mit dem Men-

schenrecht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK⁹ zu vereinen ist. Bezeichnenderweise werden das innerstaatliche und das konventionsrechtliche Recht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Literatur getrennt kommentiert.¹⁰ Offen bleibt dabei weitgehend, wie sich die beiden Ansprüche im Einzelnen zueinander verhalten.

Das Recht auf ein faires Verfahren ist nicht nur Deklaration und nicht nur Prozessmaxime, sondern ein einklagbares Grundrecht. Es hat seine Grundlage in Art. 2 Abs. 1 GG bzw. spezielleren Freiheitsgrundrechten i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG.¹¹ Der Staat darf in Freiheitsgrundrechten nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingreifen, das seinerseits verfassungsgemäß ist. Nicht verfassungsgemäß sind Eingriffe, die gegen Verfassungsrecht verstoßen, also auch Eingriffe, die das Rechtsstaatsprinzip verletzen. Das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet ein justizförmiges Verfahren, zu dem gehört, dass es fair ist. Darüber hinaus darf der Betroffene eines staatlichen Verfahrens als Ausfluss seiner Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in einem Rechtsstaat nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens herabgewürdigt werden. Dies wäre der Fall, wenn er einem unfairen Verfahren unterworfen wird (s. III. 1. a). Zudem ist der Staat verpflichtet, Grundrechte und ihre Ausübung zu schützen. Dies beinhaltet die Pflicht, Verfahren, die zu Grundrechtseingriffen führen können, so einzurichten, dass den Grundrechten zu optimaler Wirksamkeit verholfen wird. Daraus folgt auch, dass das Verfahren fair für den betroffenen Grundrechtsträger gestaltet sein muss. Welches Grundrecht zum Tragen kommt, hängt von dem konkreten Verfahren ab. Im Strafverfahren kann bezüglich des Beschuldigten sein Recht auf persönliche Freiheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG einschlägig sein, wenn eine Freiheitsstrafe droht. Im Übrigen, also etwa für Opferzeugen, gilt das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Als Grundrecht kann das Recht auf ein faires Verfahren im Wege der Verfassungsbeschwerde eingeklagt werden (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG).¹²

⁵ Heubel, Der „fair trial“ – ein Grundsatz des Strafverfahrens?, 1981, S. 40 ff. (S. 145); Krey, Strafverfahrensrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 2006, Rn. 474; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2010, § 18 Rn. 11; krit. Bottke, in: Eser (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 73 (S. 81); Hamm, in: Eser (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hanns Karl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 273 (S. 290 f.); Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 11 Rn. 5.

⁶ Gebot: BGHSt 29, 109 (112); 42, 170 (172); Recht: BGHSt 36, 305, (312); 43, 195 (203 f.); Anspruch: BGHSt 24, 125 (131); 29, 274 (278); 32, 345 (350 f.); 36, 305 (308 f.). Zur Entwicklung der fachgerichtlichen Rspr. s. Rzepka (Fn. 4), S. 129 ff.; Steiner, Fairnessprinzip im Strafprozess, 1995, S. 41 ff.

⁷ St. Rspr. BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111 ff.); 57, 250 (274 ff.); 63, 45 (60). Zur Entwicklung der Rspr. s. Rzepka (Fn. 4), S. 116 ff. m.w.N.

⁸ Aus der strafrechtlichen Literatur etwa Bottke (Fn. 5), S. 73, S. 81; Pfeiffer/Hannich, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, Einl. 28; weitere Nachweise bei Rogall, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 14. Lieferung, Stand: Juli 1995, Vor § 133, Rn. 101 f. Zur Entwicklung des Schrifttums s. Rzepka (Fn. 4), S. 251 ff. Für die verfassungsrechtliche Literatur s. Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 103 Rn. 42ff. m.w.N. Zusätzliche Verankerung im Sozialstaatsprinzip Roxin/Schünemann (Fn. 5), § 11 Rn. 11.

⁹ Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK statuiert ein allgemeines Recht auf ein faires Verfahren, während Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 dieses konkretisieren. Der EGMR prüft die Absätze in der Regel gemeinsam, da jeder Einzelrechtsverstoß auch eine Verletzung des Gesamtrechts ist (z.B. EGMR EuGRZ 1992, 541, Nr. 25 [T./Italien – 14104/88]). Dazu Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 6 Rn. 97 f.

¹⁰ Vgl. etwa Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 103 ff. und Gollwitzer, in: Erb/Esner/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 8, 25. Aufl. 2005, Art. 6 MRK; Rogall (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 101 ff. und Paeffgen, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 35. Lieferung, Stand: Januar 2004, Art. 6 EMRK.

¹¹ St. Rspr., s. Nachweise in Fn. 6 f.

¹² Etwa BVerfGE 38, 111; 57, 250 (262); dazu Heckötter, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und

Nun stellt sich die Frage, wie sich das deutsche Grundrecht auf ein faires Verfahren zu Art. 6 EMRK verhält, der ein solches Recht ausdrücklich normiert. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Konvention über dem Grundgesetz steht. Als Grund wird angeführt, dass sie europaweites Völkergewohnheitsrecht ist und demnach gem. Art. 25 S. 2 GG einfachen Gesetzen vorgeht.¹³ Dies ist deshalb abzulehnen, weil jedenfalls nicht sämtliche Regelungen der EMRK europaweit anerkannt sind.¹⁴ Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Konvention über einfachen Gesetzen, aber unter dem Grundgesetz stehe.¹⁵ Begründet wird dies damit, dass sich das heutige Mehrebenenrecht in Europa nicht mehr im Sinne einer Normenhierarchie denken lasse. Diese diene zwar noch als Einordnungshilfe; in der Anwendung führten aber „weiche“ Gebote, wie insbesondere die eigenständige Abstimmung der Rechtsprechung unter den beteiligten Gerichten, zu einer Höherstellung der EMRK gegenüber einfachen Gesetzen. Dogmatisch überzeugender ist der Weg des Bundesverfassungsgerichts: Nach ihm kommt der Konvention nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu, denn sie ist ein Völkerrechtsabkommen, das gem. Art. 59 Abs. 2 GG mittels einfachen Transformationsgesetzes ratifiziert wurde.¹⁶ Jedoch seien entgegen der *lex-posterior*-Regel auch jüngere (gleichrangige) Gesetze im Sinne der EMRK auszulegen, weil die völkerrechtskonforme Auslegung, die Ausfluss der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sei, dies gebiete.¹⁷ Dieses Prinzip gelte nicht nur für einfache Gesetze, son-

dern auch für das Grundgesetz, das demnach ebenfalls völkerrechtskonform auszulegen sei.¹⁸

Eine weitere Frage ist, ob und inwieweit die Auslegung der EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im deutschen Recht zu beachten ist.¹⁹ Obwohl die Urteile des Gerichtshofs nur für den streitgegenständlichen Konventionsverstoß und nur *inter partes* gelten (Art. 46 Abs. 1 EMRK), ist es weitgehend anerkannt, dass sie von der deutschen Rechtsprechung zu berücksichtigen sind.²⁰ Die in der Präambel der EMRK postulierte kollektive Garantie der verbürgten Menschenrechte wäre nicht erreichbar, wenn die Konkretisierungen durch den Gerichtshof, dem gem. Art. 32 Nr. 1 EMRK gerade die Auslegung der erklärten Rechte obliegt, auf den Einzelfall begrenzt blieben. Die konventionskonforme Auslegung von deutschen Normen hat sich demnach auch an den Entscheidungen des Gerichtshofs zu orientieren.

Im Ergebnis lässt sich also festhalten: Das Recht auf ein faires Verfahren ist ein grundgesetzliches einklagbares Grundrecht, das völkerrechtskonform im Lichte von Art. 6 EMRK sowie den Präjudizien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auszulegen ist.

III. Kriterien für die Anwendung des Rechts auf ein faires Verfahren

Je nach Anwendungsebene²¹ ergibt sich bei der Prüfung des Rechts auf ein faires Verfahren eine andere Perspektive. Im Folgenden soll der Blickwinkel der Strafverfolgungsorgane und Fachgerichte eingenommen werden. Anders als das Bundesverfassungsgericht dürfen sie eine Norm nicht für verfas-

der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2009, S. 110, S. 260 ff.; *Rzepka* (Fn. 4), S. 116 ff.

¹³ *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, 473 (475) m.w.N.; für Verfassungsrang *Bleckmann*, EuGRZ 1994, 149 (152) m.w.N. Zum Ganzen *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 8; *Pache*, EuR 2004, 393 (399 ff.); *Paeffgen* (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 7.

¹⁴ *Ambos* (Fn. 13), § 10 Rn. 8. Die Geltung der EMRK für die Europäische Union und die Mitgliedstaaten ist, allerdings nur soweit Gemeinschaftsrecht ausgeübt wird, über Art. 6 Abs. 2 EUV nun positiv festgelegt. Außerdem statuiert Art. 47 Abs. 2 der Europäischen Grundrechte-Charta, die Art. 6 Abs. 1 EUV in den Vertrag inkorporiert, für denselben Anwendungsbereich (Art. 51 Abs. 1) ebenfalls ein Recht auf ein faires Verfahren (*Gollwitzer* [Fn. 10], Art. 6 MRK Rn. 64a). Der EuGH betrachtete das Recht auf ein faires Verfahren schon seit längerem als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (etwa EuGH EuZW 1999, 115 [117]; EuGRZ 2000, 44 [46 ff.]).

¹⁵ *Grabenwarter*, VVDStRL 60 (2001), 290 (317 ff.); dazu *Paeffgen* (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 10.

¹⁶ Gesetz v. 7.8.1952 (BGBl. II, S. 685). So ausdrückl. BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (114); 111, 307 (317, Görgülü); ebenso *Heckötter* (Fn. 12), S. 110; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Vorbem. Rn. 22. Zur diesbezüglichen Entwicklung der Rspr. *Schilling*, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, 2010, S. 40 ff.

¹⁷ BVerfGE 74, 358 (370); 120, 180 (199 f.); 111, 307 (317, Görgülü); BVerwG NVwZ 2000, 810 (811); BGHSt 45, 321

(329); 46, 93 (97); *Bernhard*, EuGRZ 1996, 339 ff. m.w.N.; s.a. *Limbach*, EuGRZ 2000, 417 (418); *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., 2010, § 3 Rn. 22; krit. *Ambos* (Fn. 13), § 10 Rn. 9. Allg. zur völkerrechtskonformen Auslegung *Giegerich*, in: *Grote/Marauhn* (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 1. Aufl. 2006, Kap. 2, Rn. 67 ff.

¹⁸ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317, Görgülü); BGHSt 45, 321 (328); dazu *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010, Rn. 9; *Seher*, ZStW 118 (2006), 101, 128 ff.; *Paeffgen* (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 7.

¹⁹ Zum Ganzen *Rohleder*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System, 2009, S. 145 ff., S. 229 ff.

²⁰ BVerfGE 111, 307 (317, Görgülü); BVerwG NVwZ 2000, 810 (811); NVwZ 2002, 87 (jedenfalls bei gefestigter Auslegungspraxis des EGMR); *Cremer*, in: *Grote/Marauhn* (Fn. 17), Kap. 32 Rn. 86 ff.; *Eisele*, JA 2005, 390 (392); *Rohleder* (Fn. 19), S. 278; differenzierend *Heckötter* (Fn. 12), S. 110, S. 127, S. 134; weitergehend *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (589 ff.). Zum Ganzen *Ambos* (Fn. 13), § 10 Rn. 12 m.w.N. Zur diesbezüglichen Diskussion in anderen Staaten s. *Werwie-Haas*, Die Umsetzung der strafrechtlichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland, Österreich, der Schweiz und im Vereinigten Königreich, 2008.

²¹ S. dazu *Gollwitzer* (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 68.

sungswidrig erklären. Vielmehr spielt das Grundrecht vor allem bei der verfassungskonformen Auslegung seiner gesetzlichen Inhaltsbestimmungen (1.) und bei Maßnahmen im Rahmen von Ermessens- oder Abwägungsentscheidungen (2.) eine Rolle. Auch die Betrachtungsweise des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist eine andere: Er überprüft, ob der jeweilige Vertragsstaat das Recht auf ein faires Verfahren insgesamt gewährleistet, wobei auch außerhalb des streitgegenständlichen Verfahrens liegende Aspekte eine Rolle spielen können.²² Das erarbeitete Prüfungsschema wird unter 3. zusammengefasst und unter 4. anhand der eingangs erwähnten Besuchsraum-Entscheidung des Bundesgerichtshofs verdeutlicht.

1. Auslegung der anzuwendenden Normen im Lichte des Rechts auf ein faires Verfahren

Zunächst ist zu untersuchen, wann das Recht auf ein faires Verfahren überhaupt bei der Auslegung beachtet werden muss (1. a). Sodann ist zu überlegen, ob und inwiefern das Grundrecht Schranken aufgrund gegenläufiger Interessen unterliegt (1. b). In diesem Zusammenhang wird auch erläutert, dass Normen, die das Recht auf ein faires Verfahren konkretisieren, Inhaltsbestimmungen des Grundrechts sind und was dies für die Auslegung bedeutet. Außerdem wird aufgezeigt, wann und inwiefern Art. 6 EMRK bei der Auslegung eine Rolle spielt.

a) Relevanz des Rechts auf ein faires Verfahren bei der Auslegung

Das Recht auf ein faires Verfahren ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, wenn nicht speziellere Grundrechte greifen und der sachliche, funktionale und persönliche Schutzbereich eröffnet ist. Art. 6 EMRK wird bei der Auslegung des Grundrechts relevant, wenn sein (teilweise abweichender) Schutzbereich ebenfalls eröffnet ist und er weitergehende Rechte gewährleistet.

Die sachlichen Schutzbereiche des grundgesetzlichen und des konventionsrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren stimmen weitgehend überein. Die konventionskonforme Auslegung des Grundgesetzes kann nämlich dazu führen, dass Vorgaben des Art. 6 EMRK Verfassungsrang erhalten. Beispielsweise muss aufgrund Art. 6 Abs. 3 lit. e) EMRK der Anspruch auf einen unentgeltlichen Dolmetscher als Bestandteil auch des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren betrachtet werden. Wenn das Grundgesetz allerdings einen höheren Standard verlangt, gilt dieser.²³ Gem. Art. 53 EMRK soll die Konvention weitergehende nationale Grundrechte nicht beschneiden. Beispielsweise ist hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit der höhere Schutz des grundrechtlichen Anspruchs maßgebend, der anders als das Konventionsrecht jede Schlussfolgerung aus dem Schweigen des Be-

schuldigten verbietet.²⁴ Die Vorgaben des Art. 6 EMRK können aber wiederum durch die Ausgestaltung des jeweiligen nationalen Strafverfahrens mitbestimmt werden. So gilt etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör für sämtliche Konventionsstaaten gleichermaßen, jedoch richtet sich das im Einzelfall erforderliche Gehör nach den vom nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensweisen und Beteiligungsvorgaben. Beispielsweise kann sich ein Gehörsrecht des Mitverurteilten im Revisionsverfahren aus der Möglichkeit der Revisionserstreckung (§ 357 StPO) ergeben, besteht aber andernfalls nicht.²⁵ Rechtsprechung und Literatur definieren den sachlichen Gewährleistungsgehalt des fairen Verfahrens selten. Vielmehr werden die allgemeine Zielrichtung, nämlich die Subjektstellung des Beschuldigten zu wahren, angeben und einzelne Fallgruppen wie die Waffengleichheit und die Fürsorgepflicht²⁶ genannt. Es lassen sich zwei Dimensionen des Rechts auf ein faires Verfahren unterscheiden. Einerseits darf der von einem Strafverfahren Betroffene nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens herabgewürdigt werden. Daraus folgt, dass er die rechtliche Möglichkeit haben muss, eigenverantwortlich und mit den dafür notwendigen Sachkenntnissen auf den Ablauf und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen.²⁷ Andererseits verbietet das Recht auf ein faires Verfahren, dass Strafverfolgungsorgane in widersprüchlicher Weise oder rechtsmissbräuchlich von ihren Befugnissen Gebrauch machen bzw. auf die Verfahrensbenefizien einwirken.²⁸ Zum Beispiel darf das Gericht sich nicht bemühen, einen Rechtsmittelverzicht vom Beschuldigten zu erlangen, wenn es keinen vernünftigen Grund für einen solchen gibt.²⁹

Funktional erfasst der verfassungsrechtliche Anspruch auf ein faires Verfahren jedes Verfahren. Verfahren ist ein vom Staat oder Bürger initiiertes staatliches Vorgang, der in einen Grundrechtseingriff münden kann. Dabei kann es nicht auf einen staatlichen Willensakt zur Eröffnung ankommen.

²⁴ Vgl. EGMR Reports 1996-I, Nr. 50, Nr. 54 (Murray/Großbritannien – 18731/91) einerseits und BVerfG NStZ 1995, 555 andererseits; dazu *Matt*, GA 2006, 323 ff.

²⁵ Vgl. *Gaede* (Fn. 22), S. 487 f.; *Wohlers/Gaede*, NStZ 2004, 9 (12 ff.). Freilich muss hier nicht der grundgesetzliche Anspruch auf ein faires Verfahren, sondern Art. 103 Abs. 1 GG konventionskonform ausgelegt werden.

²⁶ S. zu den einzelnen Fallgruppen *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 117 ff., 121 ff.; zu den Teilgewährleistungen des Art. 6 EMRK s. *Kühne*, in: Wolfram/Birk/Golsong (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 11. Lieferung, Stand: April 2009, Art. 6 EMRK Rn. 413 ff. sowie Anm. in Fn. 9.

²⁷ Vgl. etwa BVerfG NStZ 1995, 555; BGHSt 37, 10 (12); *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 108; *Rogall* (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 104; *Rzepka* (Fn. 4), S. 155 ff. jew. m.w.N.

²⁸ Vgl. etwa EGMR NJW 2003, 1229 (1230 f., *Czekalla/Portugal* – 8830/97), Nr. 66 ff.; BVerfG NJW 2004, 2149 (2150); NJW 2004, 2887; BGH NJW 2004, 1396; *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 109; *Rogall* (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 105.

²⁹ *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 109.

²² *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 63 ff. m.w.N.

²³ *Degenhart* (Fn. 8), Art. 103 Rn. 42; ähnl. *Seher*, ZStW 118 (2006), 101 (138).

Vielmehr genügt es, wenn ein Verfahren tatsächlich geführt wird. Bezogen auf das Strafverfahren bedeutet dies, dass der Anwendungsbereich jedenfalls ab Beginn des Ermittlungsverfahrens, aber auch schon bei Vorermittlungen eröffnet ist. Es gilt nicht nur für das gesamte Strafverfahren bis zur rechtskräftigen Verurteilung, sondern etwa auch für die Strafvollstreckung.³⁰ Art. 6 EMRK kann im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung des Grundrechts auf dessen funktionalen Anwendungsbereich nur Einfluss haben, wenn er auf das in Frage stehende Verfahren anwendbar ist. Hierbei unterscheidet sich der Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK vom grundrechtlichen Recht auf einen fair trial in einigen Punkten. Hinsichtlich des Strafverfahrens erfasst er gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EMRK nur Verfahren der „Anklage“ (in der englischen Fassung „charge“). Anklage im Sinne des Art. 6 EMRK ist jedenfalls dann erhoben, wenn der Betroffene amtlich benachrichtigt wurde, dass er einer Straftat beschuldigt wird.³¹ Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte liegt eine Anklage aber auch dann vor, wenn eine Maßnahme gegen den Betroffenen ergriffen wurde, durch die nur konkludent eine Beschuldigung zum Ausdruck kommt, die die Situation des Betroffenen wesentlich beeinträchtigt und die Auswirkungen auf die nachfolgende Hauptverhandlung haben kann.³² Die zuletzt genannte Voraussetzung hat aber zur Folge, dass Art. 6 EMRK anders als das grundgesetzliche Recht auf ein faires Verfahren Maßnahmen nicht erfasst, die ohne Einfluss auf die Hauptverhandlung sind. So fallen vorbereitende Maßnahmen wie etwa die vorläufige Festnahme oder die vorläufige Beschlagnahme des Führerscheins nicht unter Art. 6 EMRK.³³ Andererseits bejahte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sehr weitgehend bereits die

Geltung des Art. 6 EMRK für eine Tatprovokation.³⁴ Von Art. 6 EMRK werden zudem nur Verfahren gegen den „Angeklagten“ erfasst, die die Stichhaltigkeit der Anklage, das heißt die Schuldfrage, betreffen.³⁵ Er gilt also insbesondere für das Haupt-, aber auch für das Berufungs- und Revisionsverfahren. Nicht in den Anwendungsbereich fallen aber etwa Verfahren, die den Widerruf der Strafaussetzung, die Strafvollstreckung, die Kostenfestsetzung oder einen Gnadenerlass zum Gegenstand haben.³⁶ Auch gilt Art. 6 EMRK nicht für prozessleitende Anordnungen³⁷ wie die Aussetzung der Hauptverhandlung gem. § 228 StPO, für Befangenheitsverfahren nach § 24 Abs. 3 StPO, Verfahren wegen Eintragung in ein Strafregister und Verfahren nach einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Maßnahmen im Strafvollzug gem. § 109 StVollzG³⁸. Für das Haftprüfungsverfahren ist Art. 6 EMRK nicht anwendbar, denn hierfür ist Art. 5 EMRK *lex specialis*.³⁹

Auch persönlich unterscheiden sich die Anwendungsbereiche des grundgesetzlichen und des konventionsrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren. Das deutsche Grundrecht gilt im Strafverfahren für sämtliche private Beteiligte, d.h. neben dem Beschuldigten auch für Zeugen, Sachverständige, Privat-, Nebenkläger und Verletzte.⁴⁰ Dagegen erfasst Art. 6 Abs. 1 S. 1 (Alt. 2) EMRK nur Personen, die einer Straftat beschuldigt sind.⁴¹ Weitergehend als das Grundgesetz schützt Art. 6 EMRK auch juristische Personen.⁴² Danach müsste in Deutschland als Folge der konventionskonformen Auslegung das Schweigerecht entgegen dem Bundesverfassungsgericht auch für Unternehmensangehörige in Bußgeldverfahren gegen ein Unternehmen gelten.⁴³

³⁰ Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 112; Steiner (Fn. 6), S. 151 f. jew. m.w.N.

³¹ EGMR EuGRZ 1980, 667 (672, Deweer/Belgien – 6903/75), Nr. 46; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2009, § 24 Rn. 25 f.; Mayer-Ladewig (Fn. 9), Art. 6 EMRK Rn. 14; Vogler, in: Wolfram/Birk/Golsong (Fn. 26), 1. Lieferung, September 1986, Art. 6 EMRK Rn. 191 ff. Der EGMR legt den Begriff der Straftat autonom danach aus, wie das nationale Recht das verfolgte Verhalten einordnet, um welche Art von Verhalten es sich handelt und welche Art und Schwere die drohende Sanktion hat (EGMR EuGRZ 1976, 221 [232, Engel u.a./Niederlande – 5100/71], Nr. 82). Deshalb sind auch Ordnungswidrigkeiten erfasst (EGMR NJW 1985, 1273 [1274 f. Öztürk/Deutschland – o. Az.], Nr. 51 ff.).

³² EGMR NJW 1985, 1273 (1274, Öztürk/Deutschland – o. Az.), Nr. 55; Serie A 275, Nr. 36 (Imbrioscia/Schweiz – 13972/88); NJW 2009, 3707 (3707 f., Salduz/Türkei – 36391/02), Nr. 50 ff.; HRRS 2010, Nr. 228 (Rn. 70 ff., Zaitchenko/Russland – 39660/02), Nr. 36 ff.; Ambos, ZStW 115 (2003), 583 (598); Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2000, S. 85 ff.; Peukert, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2009, Art. 6 EMRK Rn. 41.

³³ Paeffgen (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 40 m.w.N.

³⁴ EGMR Berichte 1998-IV, Nr. 37 ff., 39 (Teixeira des Castro/Portugal – 44/1997/828/1034); dazu Esser (Fn. 33), S. 93 f., S. 682.

³⁵ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 41; Peukert (Fn. 32), Art. 6 EMRK Rn. 42; Vogler, in: Wolfram/Birk/Golsong (Fn. 26), Art. 6 EMRK Rn. 202.

³⁶ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 41; Vogler, in: Wolfram/Birk/Golsong, Art. 6 EMRK Rn. 182 f., 218 f.

³⁷ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 37 m.w.N.

³⁸ Paeffgen (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 41 m.w.N.

³⁹ EGMR Serie A 8, Nr. 22 ff. (Neumeister/Österreich – 1936/63); Gollwitzer (Fn. 10), Art. 5 MRK Rn. 4; a.A. Paeffgen (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 44.

⁴⁰ Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 111; zum Opfer s. Walther, GA 2007, 615 (620), zum Zeugen s. BVerfGE 38, 105 (114 f.); zum Nebenkläger s. Kurth, in: Lemke/Julius/Krehl u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 3. Aufl., 2001, § 397 Rn. 14.

⁴¹ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 28; Peukert (Fn. 32), Art. 6 EMRK Rn. 4.

⁴² Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 249.

⁴³ S. BVerfGE 95, 220 (242); wie hier Weiß, NJW 1999, 2236 (2237); s. a. von Freier, ZStW 122 (2010), 117, (bes. 125, 144), der ein Schweigerecht *de lege lata* verneint, jedoch *de lege ferenda* fordert.

b) Schranken des Grundrechts

aa) Beschränkbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren

Nun stellt sich die Frage, ob schon der Schutzbereich des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren durch entgegenstehende Verfassungsgüter beschränkt ist. Wichtigstes gegenläufiges Interesse ist eine funktionstüchtige Strafrechtspflege (siehe dazu unten bb). Konsequenz einer Beschränkung bereits des Schutzbereichs wäre, dass Normen, die widerstreitenden Interessen dienen, schon nicht in den Schutzbereich fallen und nicht im Lichte des Grundrechts ausgelegt werden müssten. Überwiegend wird die Frage bejaht. Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG („soweit er [...] nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung [...] und die Rechte anderer verstößt“) könnte dies auch nahelegen. In diesem Sinne spricht etwa Rogall von der Beschränkung bereits des Tatbestandes des Rechts auf ein faires Verfahren.⁴⁴ Auch Rzepka geht von einer immanenten Begrenzung aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen des Rechtsstaatsprinzips aus⁴⁵ und verortet Beschränkungen demnach bereits auf der Schutzbereichsebene. Beide berufen sich auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen es von den internen Gegenläufigkeiten des Rechtsstaatsprinzips⁴⁶ spricht.

Jedoch ist die Frage differenzierter zu beantworten. Grundsätzlich sollte an der in ständiger Verfassungsrechtsprechung entwickelten dreistufigen Grundrechtsprüfung festgehalten werden. In ihr wird zwischen der Eröffnung des Schutzbereichs, dem Eingriff in diesen und der Rechtfertigung des Eingriffs aufgrund anderer Verfassungsgüter unterschieden. Nur wenn zwischen dem Gewährleistungsinhalt eines Grundrechts, dem Eingriff und den Eingriffsschranken getrennt wird, wird der Schutzbereich nicht völlig konturlos. Zudem besteht nur bei dieser Differenzierung ein genügender Zwang zur Begründung von Eingriffen, die als solche bezeichnet werden. Schließlich ermöglicht die Unterscheidung eine differenziertere Abwägung. Die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs richtet sich nämlich auch nach seiner jeweiligen Schwere. Dies könnte überhaupt nicht berücksichtigt werden, wenn sämtliche Abwägungen bereits auf Schutzbereichsebene erfolgen sollen, weil dort nur die jeweils betroffenen Güter und Interessen abstrakt gegeneinander abgewogen werden. Anders als die *Rechtsanwendung* (siehe unten 2.) kann aber eine *Vorschrift*, die ein faires Verfahren konkretisiert, nicht in dem dreistufigen Schema auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Dies ist Folge davon, dass das Recht auf ein faires Verfahren ein normgeprägtes Grundrecht ist.⁴⁷ Das heißt, dass der Inhalt des Grundrechts durch den Gesetzgeber mitbestimmt ist. Es ist vornehmlich Aufgabe des Gesetzgebers, das abstrakte Recht auf ein faires Ver-

fahren zu konkretisieren und zwischen den verschiedenen Möglichkeiten des Ausgleichs mit anderen Gütern zu entscheiden.⁴⁸

Für Normen ergibt sich daraus folgendes Prüfungsschema: Sie sind als Inhaltsbestimmungen des Rechts auf ein faires Verfahren verfassungsgemäß, wenn sie durch einen Rechtsakt erfolgen, denn Art. 2 Abs. 1 GG steht nach herrschender Meinung nur unter einem Rechts-, nicht unter einem Gesetzesvorbehalt.⁴⁹ Dieser Rechtsakt darf seinerseits nicht gegen das Grundgesetz verstoßen. Er darf also keine Grundrechte (z.B. Art. 3 Abs. 1 GG) verletzen und muss verhältnismäßig sein. Beispielsweise hielt das Bundesverfassungsgericht die ausnahmsweise Zulassung der Verlesung von Vernehmungsprotokollen in § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO für einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Anspruch des Beschuldigten auf unmittelbaren Beweis einerseits und dem Interesse der Wahrheitsfindung in Fällen, in denen der unmittelbare Beweis unerreichbar ist, andererseits.⁵⁰ Dabei ist die Inhaltsbestimmung nötigenfalls verfassungskonform so auszulegen, dass sie verhältnismäßig ist.⁵¹ So urteilte das Bundesverfassungsgericht, dass dem Verteidiger gem. § 147 Abs. 1 StPO Einsicht auch in den Strafregisterauszug, der sich in den Gerichtsakten befindet, gewährt werden muss.⁵² Dies gelte, obwohl das gegenüber der StPO speziellere BZRG keinen Auskunftsanspruch des Verteidigers vorsehe. § 39 Abs. 1 Nr. 1 BZRG a.F. (jetzt § 41 Abs. 1 Nr. 1 BZRG) müsse aber im Lichte des Rechts auf ein faires Verfahren interpretiert werden.⁵³ Danach umfassten die Zwecke der Rechtspflege, für die Gerichte und Staatsanwaltschaft Auskunft über Eintragungen erhielten, auch die Gewährung der Akteneinsicht für den Verteidiger. Denn die frühzeitige Information über Vorstrafen sei für eine effektive Verteidigung unerlässlich, da sie in die Strafzumessung einfließen könne. Im Ergebnis können also im Rahmen des Schutzbereichs, der durch den Gesetzgeber konkretisiert werden muss, bereits andere Verfassungsgüter einschränkend wirken. Die Inhaltsbestimmung unterliegt aber neben der Verhältnismäßigkeit einer weiteren Schranke. Sie darf den Wesensgehalt des Grundrechts auf ein faires Verfahren nicht aufheben. Jedenfalls bei Grundrechten, die als Ausdruck der Menschenwürde betrachtet werden, besteht Einigkeit darüber, dass ihr Menschenwürdekern abwägungsfest ist.⁵⁴ Das Recht auf ein faires

⁴⁴ Rogall (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 101; ebenso Degenhart (Fn. 8), Art. 103 Rn. 42; Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 110.

⁴⁵ Rzepka (Fn. 4), S. 225 ff.

⁴⁶ Etwa BVerfGE 57, 250 (277); 70, 297 (308 f.).

⁴⁷ Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 62; Hartmann/Apfel, Jura 2008, 495 (500).

⁴⁸ BVerfGE 57, 250 (276 f.); 70, 297 (308 f.); BVerfG NJW 2004, 209 (211) m.w.N.; vgl. auch BGHSt 40, 211 (218).

⁴⁹ Murswiek, in: Sachs (Fn. 8), Art. 2 Rn. 90 m.w.N.

⁵⁰ BVerfGE 57, 250 (277 ff.); krit. dazu Gaede, StV 2006, 599.

⁵¹ Vgl. Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 64.

⁵² BVerfGE 62, 338.

⁵³ Das BVerfG stützt seine Entscheidung vorrangig auf die Verletzung des Willkürverbots gem. Art. 3 Abs. 1 GG, verweist aber auch auf den Anspruch auf ein faires Verfahren (BVerfGE 62, 338 [346]).

⁵⁴ Etwa BVerfGE 80, 367 (373 f.); dazu Dreier (Fn. 16), Art. 1 I Rn. 163 ff. m.w.N.; speziell zum Recht auf ein faires Verfahren Wohlers, GA 2005, 11 (18).

Verfahren wird vom Bundesverfassungsgericht mit Art. 1 Abs. 1 GG auch damit begründet, dass insbesondere der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens gemacht werden darf (siehe oben II.). Es ist also jeweils zu prüfen, ob etwa die Verwehrung bestimmter Verteidigungsmöglichkeiten den Kern des fairen Verfahrens antastet. Ist dies der Fall, verletzt die Inhaltsbestimmung das Recht auf ein faires Verfahren und ist verfassungswidrig. Beispielsweise ist das Recht auf eine effektive Verteidigung des Beschuldigten Kernbestand des Anspruchs auf ein faires Verfahren, das unter keinem Gesichtspunkt eingeschränkt werden darf. Dies bedeutet, dass dem Beschuldigten auch in Verfahren, die nicht von § 140 Abs. 2 StPO erfasst sind, ein Pflichtverteidiger bestellt werden muss, wenn er aufgrund der Schwierigkeit der Sachlage und der Schwere der Rechtsfolgen sich nicht selbst effektiv verteidigen kann, etwa in einem rechtlich komplizierten Unterbringungsverfahren bei drohendem langjähriger Freiheitsentzug.⁵⁵

Art. 6 EMRK könnte aber die Beschränkbarkeit des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren im Wege der konventionskonformen Auslegung ausschließen, wenn er absolut wäre. Die Schrankensystematik des Art. 6 EMRK ist äußerst umstritten und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sehr einzelfallbezogen und teilweise uneinheitlich. Darüber, dass Art. 6 EMRK einschränkbar ist, besteht jedoch weitgehend Einigkeit.⁵⁶ Art. 6 EMRK sieht in Abs. 1 S. 2 nur für den Öffentlichkeitsgrundsatz bestimmte Schranken vor. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betrachtet die allgemeine Beschränkbarkeit aber als selbstevident und begründet sie deshalb nicht.⁵⁷ Wie bei der Grundrechtsdogmatik spricht für die Möglichkeit der Beschränkung, dass eine Kollision mit anderen Rechten und Interessen überhaupt nicht gelöst werden kann, wenn von der Absolutheit des Rechts aus Art. 6 EMRK ausgegangen wird. Es ist nicht überzeugend, von der Vorrangigkeit des Rechts auf ein faires Verfahren gegenüber hochrangigen Menschenrechten wie etwa dem Leben eines Zeugen (Art. 2 EMRK) auszugehen. Geht man von der grundsätzlichen Begrenzbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren aus, ergibt sich parallel zum grundrechtlichen Anspruch das Problem, dass es sich bei diesem um ein konkretisierungsbedürftiges Recht handelt. Die Konkretisierung obliegt den Vertragsstaa-

ten. Sie bestimmt den Inhalt des Schutzbereichs mit. Sie muss aber nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bestimmten Anforderungen genügen, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechen.⁵⁸ Insofern kann hier weitgehend auf obige Ausführungen verwiesen werden. In der Regel stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte klar, dass das Recht auf ein faires Verfahren nicht absolut ist, d.h. zugunsten anderer Güter zurücktreten kann, wenn dies aufgrund einer Abwägung unbedingt notwendig (strictly necessary) ist.⁵⁹

bb) Interessen, die das Recht auf ein faires Verfahren beschränken können

Damit ist zu klären, welche entgegenstehenden Interessen bei der Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung gegen das Recht auf ein faires Verfahren streiten können. Überwiegen können nur Verfassungsgüter, weil das Recht auf ein faires Verfahren ein Grundrecht ist (siehe oben II.). Dies können zum einen Grundrechte Dritter sein. Beispielsweise kann dem Einsichtsrecht des Verteidigers auch in die Spurenakten, die bei der Telekommunikationsüberwachung Dritter angefallen sind, deren allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entgegenstehen, wenn die Akten nichts zur Straftatfeststellung und Schuldfrage des Beschuldigten beitragen können.⁶⁰ Auch können die Rechte auf Leben oder körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) von Zeugen gebieten, dass deren Name und Anschrift nicht preisgegeben wird oder dass sie nicht vom Beschuldigten befragt werden. Zum anderen können verfassungsrechtlich verankerte Allgemeininteressen widerstreiten. Dazu gehört nach herrschender Meinung und Rechtsprechung vor allem die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips gem. Art. 20 Abs. 3 GG.⁶¹ Sie wird als Oberbegriff für verschiedene Anliegen verwendet.⁶² Der staatliche Strafanspruch soll zeitnah und effektiv durchgesetzt werden. Dadurch soll auch das Vertrauen der Bürger in die staatliche Durchsetzung der Strafe erhalten und gestärkt werden. Die materielle Wahrheit soll zur Grundlage des Strafurteils gemacht werden, was zugleich der Gerechtigkeit dient. Die Ermittlungen sollen möglichst

⁵⁵ BVerfGE 109, 133 (162); *Laufhütte*, in: Hannich (Fn. 8), § 140 Rn. 25, § 141 Rn. 11.

⁵⁶ St. Rspr., s. EGMR Berichte 2000-II, Nr. 45 ff. (Fitt/Vereinigtes Königreich – 29777/96); EuGRZ 1992, 542 (546 f., Croissant/Deutschland – 13611/88), Nr. 29 ff.; *Grabenwarter/Marauhn*, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 16 ff. m.w.N.; *Villiger*, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., 1999, Rn. 541; a.A. *Fuchs*, ZStW 100 (1988), 444 (457); *Hauck*, NSStZ 2010, 17 (19); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275 (279); aus rechtsphilosophischer Sicht bspw. *Renzikowski*, in: *Ius humanum*, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 791, (S. 794 ff.).

⁵⁷ Nachweise in Fn. 56.

⁵⁸ *Gaede* (Fn. 22) S. 687 ff.; S. 712 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 31), § 18 Rn. 30; § 19 Rn. 30; *Grabenwarter/Marauhn*, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 46 ff.; Kap. 14, Rn. 163 ff. m.w.N.

⁵⁹ EGMR Berichte 1997-III, Nr. 58 (Van Mechelen u.a./Niederlande – 21363/93); Berichte 2000-II, Nr. 45 (Fitt/Vereinigtes Königreich – 29777/96); Berichte 2003-VII, Nr. 42 (Dowsett/Vereinigtes Königreich – 39482/98).

⁶⁰ Vgl. BVerfG NJW 1983, 1043; s.a. *Villiger* (Fn. 57), Rn. 541 ff.

⁶¹ Vgl. etwa BVerfGE 47, 239 (250); 80, 367 (375); 122, 248 (271 f.); *Beulke* (Fn. 18), Rn. 5 (effektive Strafrechtspflege gleichberechtigt mit Recht auf ein faires Verfahren); *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 110; *Niemöller/Schuppert*, AöR 1982, 387 (398 ff.).

⁶² *S. Beulke* (Fn. 18), Rn. 3; *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. H Rn. 10 ff. m.w.N.

nicht beeinträchtigt werden, d.h. etwa dass der Beschuldigte nicht von Maßnahmen erfahren darf, die heimlich erfolgen müssen oder die auf einen Überraschungseffekt angewiesen sind. Zwar können diese Anliegen nicht grundsätzlich von der Hand gewiesen werden. Es ist jedoch einzuwenden, dass die Strafrechtspflege immer in einem fairen Verfahren, also justizförmig, zu erfolgen hat. Insbesondere darf die Wahrheit nicht um jeden Preis ermittelt werden. Das Ziel der fairen Behandlung des Beschuldigten darf nicht als Gegenpol des eigentlichen Anliegens einer wirksamen Strafverfolgung verstanden werden. Übergeordneter Zweck muss ein faires Verfahren bleiben. Im Einzelnen muss aber eine Beschränkung von Verteidigungsrechten zulässig sein, wenn ansonsten eine wirksame Strafverfolgung unmöglich wäre.⁶³ Die Beschränkung muss dann jedoch durch einen Ausgleich des Nachteils bei der Verteidigung kompensiert werden. Andernfalls fehlt es an der Verhältnismäßigkeit der Inhaltsbestimmung. Diese Überlegungen müssen erst recht für die Geheimhaltungsinteressen des Staates oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gelten, die die Rechtsprechung ebenfalls als Gegenanliegen berücksichtigt.⁶⁴ So könnte z.B. bei der Sperrung eines Zeugen wegen Geheimhaltungsinteressen gem. § 96 StPO i.V.m. § 110b Abs. 3 S. 3 StPO zu fordern sein, dass entweder ein anderes Gericht als das erkennende die Sperrung überprüft oder ein gesonderter Verteidiger bestellt wird, der nach Akteneinsicht entscheidet, ob eine solche Überprüfung erforderlich ist.⁶⁵

Auch das Problem des Missbrauchs von Verfahrensrechten durch den Beschuldigten (z.B. sinnlose Beweisanträge mit Prozessverschleppungsabsicht) lässt sich überzeugend lösen, wenn man für diese Frage ein entgegenstehendes Recht oder öffentliches Interesse verlangt. In diesem Zusammenhang ist zunächst klarzustellen, dass das Gebot des fairen Verfahrens sich nicht an den Beschuldigten richtet,⁶⁶ da Grundrechte Abwehrrechte gegen den Staat sind, die den Grundrechtsträger nicht seinerseits beschränken können. Allerdings genießt der Beschuldigte, der *ausschließlich* prozesswidrige Zwecke verfolgt, nicht den Schutz des Grundrechts auf ein faires Verfahren. Der Schutzbereich erfasst kein Verhalten, das unter keinem Gesichtspunkt als Verteidigung angesehen werden kann.⁶⁷ Deshalb ist das Grundrecht auf ein faires Verfahren etwa nicht durch § 244 Abs. 3 S. 2 StPO betroffen, da die Ablehnung eines Beweisantrags nach dieser Vorschrift grundsätzlich voraussetzt, dass der Antrag *nur* gestellt wird, um das Verfahren zu verzögern. Wenn aber neben verfahrensfremden jedenfalls auch Verteidigungszwecke verfolgt werden, ist der Schutzbereich eröffnet. Be-

schränkungen der Verteidigung sind dann nur zulässig, wenn entgegenstehende Verfassungsgüter dies erfordern. So kann das Gericht beispielsweise gegen den Beschuldigten, der im Rahmen seiner Verteidigung Zeugen beleidigt, Ordnungsmittel gem. § 177 S. 1 GVG verhängen, um deren Persönlichkeitsrechte zu wahren. Auch darf ein Verteidiger, der seine Mitwirkung dazu missbraucht, Beweismittel zu verfälschen, gem. § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO ausgeschlossen werden, um die Wahrheitsermittlung als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips zu gewährleisten. Wenn die Wahrheitssuche als Schranke des Rechts auf ein faires Verfahren ins Feld geführt wird, sollte aber auch berücksichtigt werden, dass der Beschuldigte nicht nur Hindernis bei der Sachverhaltsaufklärung ist, sondern diese auch fördern kann. Er wird aufgrund seines besonderen Interesses an der Widerlegung der Anklagepunkte dafür sorgen, dass diese kritisch überprüft und gegebenenfalls weitere Informationen berücksichtigt werden.⁶⁸

Die Schranken des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren könnten aber ihrerseits begrenzt sein, wenn Art. 6 EMRK höhere Anforderungen an sie stellte als das Grundgesetz. Die Schranken des Art. 6 EMRK sind umstritten. „Gute Gründe“, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte teilweise genügen lässt,⁶⁹ können nicht ausreichen, weil dies dem hohen Stellenwert, den auch der Gerichtshof dem Recht auf ein faires Verfahren beimisst, nicht gerecht wird.⁷⁰ Auf der anderen Seite können aber nicht allein kollidierende Konventionsrechte einschränkend wirken.⁷¹ Denn die EMRK ist bereits hinsichtlich ihrer Aufzählung der Menschenrechte nicht abschließend (vgl. Art. 53 EMRK). Sie kann außerdem übergeordnete, gewöhnlich in einer Staatsverfassung geregelte Prinzipien etwa zur Staatsorganisation (z.B. Demokratie-, Sozialstaatsprinzip) nicht enthalten, weil sie nur eine Menschenrechteerklärung ist. Insofern müssen auch andere öffentliche Interessen als kollidierende Konventionsrechte zur Einschränkung des Rechts auf ein faires Verfahren führen können.⁷² Dabei muss aber die Hochrangigkeit des Rechts beachtet werden. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die EMRK wie das Grundgesetz ein *überwiegendes* öffentliches Interesse verlangt. Besonderheiten gegenüber der Grundrechtsprüfung ergeben sich daraus, dass die Konventionsrechte so ausgelegt werden müssen, dass sie im konkreten Einzelfall auch tatsächlich Wirksamkeit entfalten (effective safeguards).⁷³ Außerdem verlangt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte über die Verhältnismäßigkeit hinaus, dass Einschränkungen der Verteidigungsrechte durch andere

⁶⁸ Vgl. Hörnle, *Rechtstheorie* 35 (2004), 175 (193 f.).

⁶⁹ Vgl. etwa EGMR Berichte 2001-X, Nr. 58 ff. (Brennan/ Vereinigtes Königreich – 39846/98).

⁷⁰ Gaede (Fn. 22), S. 699, S. 712 ff.; Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn (Fn. 16), Kap. 7 Rn. 36 ff.

⁷¹ So aber beispielsweise Roth, *EuGRZ* 1998, 495 (499).

⁷² Gaede (Fn. 22), S. 700, S. 712; Grabenwarter (Fn. 31), § 24 Rn. 114; vgl. etwa EGMR Berichte 1999-III, Nr. 113 (Chassagnou u.a./Frankreich – 25088/94); zur a.A. s. Gaede (Fn. 22), S. 701 m.w.N.

⁷³ Vgl. etwa EGMR Serie A 37, Nr. 33 (Artico/Italien – 6694/74); Gaede (Fn. 22), S. 90 m.w.N.

⁶³ Wie hier Rzepka (Fn. 4), S. 264 f.; Niemöller/Schuppert, *AöR* 1982, 387, 399 ff.; krit. auch Hassemer, *StV* 1982, 275 ff.; Riehle, *KJ* 1980, 316 ff.; weitere Nachweise zur Kritik bei Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. H Rn. 12.

⁶⁴ Vgl. etwa BVerfGE 57, 250 (284); 63, 45 (66); BGHSt 31, 148 (155).

⁶⁵ Vgl. Gaede, *StV* 2006, 599 (605).

⁶⁶ Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 113 m.w.N.

⁶⁷ Allg. dazu Fahl, *Rechtsmissbrauch im Strafprozess*, 2004, S. 117 ff. m.w.N.; Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. H Rn. 40 ff.

überprüfbare Verfahrensvorteile ausgeglichen werden müssen.⁷⁴

2. Berücksichtigung des Rechts auf ein faires Verfahren bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen

Anders als bei der Inhaltsbestimmung ist für die Überprüfung der Anwendung einer Vorschrift, die das faire Verfahren tangiert, der Dreischritt Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung einzuhalten (siehe oben 1. b) aa). Dies gilt allerdings nur, wenn es sich um eine Abwägungs- oder Ermessensentscheidung handelt. Bei gebundenen Entscheidungen hat der Gesetzgeber die Abwägung abschließend vorgenommen und dem Rechtsanwender keinen Entscheidungsraum belassen. Lässt er dagegen Entscheidungsalternativen, muss diejenige gewählt werden, die verhältnismäßig ist. Bei der Angemessenheit ist eine Abwägung vorzunehmen, ob die Wertigkeit des im Einzelfall bezweckten öffentlichen Interesses außer Verhältnis zur Intensität des konkreten Eingriffs steht. An dieser Stelle besteht demnach für den Rechtsanwender ein höheres Begründungserfordernis und er darf die betroffenen Interessen nicht nur abstrakt gegeneinander abwägen, sondern muss die Schwere des jeweiligen Eingriffs berücksichtigen. Beispielsweise müssen Staatsanwaltschaft und Gericht bei der Frage der Verbindung zusammenhängender Strafsachen nach § 2 StPO auch die Fairness gegenüber dem Beschuldigten beachten. So darf eine Verbindung nicht erfolgen, wenn der Angeklagte aufgrund des Verbots der Mehrfachverteidigung seinen Verteidiger verlieren würde.⁷⁵ Ein weiteres Beispiel für eine richterliche Ermessensentscheidung ist die Pflichtverteidigerbestellung gem. § 140 Abs. 2 StPO. Der Anspruch auf ein faires Verfahren kann dazu führen, dass über die aufgezählten Fälle hinaus ein Verteidiger zu bestellen ist. So reduziert sich das Ermessen hinsichtlich der Bestellung eines Verteidigers im Vorverfahren gem. § 141 Abs. 3 StPO auf Null, wenn der unverteidigte Beschuldigte von der Anwesenheit bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung des Hauptbelastungszeugen ausgeschlossen ist (§§ 68 Abs. 3, 168c Abs. 3 S. 2 StPO).⁷⁶ Auch muss der Richter das Recht auf effektive Verteidigung als Ausfluss des fairen Verfahrens bei der Ladungsfrist zur Hauptverhandlung (§ 217 Abs. 1 StPO) insofern beachten, als er der Verteidigung nach den konkreten Gegebenheiten ausreichend Zeit geben muss, sich vorzubereiten. Ebenso muss er bei der Terminbestimmung (§ 213 StPO) die Verhinderung des Verteidigers berücksichtigen. Während der laufenden Hauptverhandlung vorgenommene Ermittlungen durch das Gericht müssen den Verteidiger grundsätzlich einbeziehen.⁷⁷ Auch bei Abwägungen wie insbesondere bei der Frage, ob eine rechtswidrige Beweisgewinnung zu einem Verwertungsver-

bot führt, ist das Recht auf ein faires Verfahren einzustellen.⁷⁸

3. Zusammenfassendes Prüfungsschema für das Recht auf ein faires Verfahren

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Recht auf ein faires Verfahren in der Strafverfolgungspraxis an zwei Stellen zu berücksichtigen ist: bei der Auslegung sowie im Rahmen von Ermessens- und Abwägungsentscheidungen. Erstens sind strafprozessuale Vorschriften verfassungskonform im Lichte des Grundrechts auf ein faires Verfahren zu interpretieren, wenn sie in dessen Schutzbereich fallen. Zusätzlich ist im Wege völkerrechtskonformer Auslegung Art. 6 EMRK zu beachten, wenn die auszulegende Norm auch in dessen Anwendungsbereich fällt. Dabei geht Art. 6 EMRK als Folge des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes dem deutschen Recht vor. Als Inhaltsbestimmungen des Grundrechts sind Normen verfassungsgemäß, wenn sie nicht gegen übriges Verfassungsrecht (insbesondere andere Grundrechte wie Art. 3 GG) verstoßen und wenn sie verhältnismäßig sind. Verhältnismäßig sind sie, wenn sie für den erstrebten legitimen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sind. Bei der Angemessenheit sind entgegenstehende Interessen zu berücksichtigen, soweit es sich um Verfassungsgüter handelt. Nötigenfalls muss die Verhältnismäßigkeit bei der Auslegung hergestellt werden, indem etwa der Anwendungsbereich der Regelung eingeschränkt oder Ausgleichsmaßnahmen hineingelesen werden. Zweitens ist das Recht auf ein faires Verfahren beim Erlass von Einzelmaßnahmen zu berücksichtigen. Es kann jedoch nur bei Ermessens- und Abwägungsentscheidungen relevant werden, denn bei gebundenen Entscheidungen hat der Gesetzgeber die Abwägung mit widerstreitenden Interessen abschließend getroffen. Hat der Gesetzgeber einen Entscheidungsspielraum gelassen, darf dieser nicht ermessensfehlerhaft ausgefüllt worden sein. Dies ist der Fall, wenn die Ermessensgrenzen überschritten wurden, d.h. insbesondere, wenn die Maßnahme unverhältnismäßig ist. Im Rahmen der Angemessenheit ist zu prüfen, ob die Schwere der konkreten Maßnahme, die das Grundrecht auf ein faires Verfahren berührt, außer Verhältnis zu ihrem Zweck, etwa einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, steht.

4. Verdeutlichung des Schemas anhand des Besuchsraum-Falls

Das Prüfungsschema soll anhand der in der Einleitung angesprochenen Besuchsraum-Entscheidung⁷⁹ des Bundesgerichtshofs verdeutlicht werden. Der Angeklagte war des Mordes verdächtig und saß in Untersuchungshaft. Er bestritt die Tat. Der Ermittlungsrichter ordnete mangels anderer Überführungsmöglichkeiten an, den Besuch der Ehefrau in einem gesonderten Raum abzuwickeln, dabei von der üblichen Aufsicht durch Vollzugsbeamte abzusehen und das Gespräch heimlich aufzuzeichnen. Der Angeklagte belastete sich in der

⁷⁴ Vgl. etwa EGMR HRRS 2005, Nr. 1 (Rn. 102 ff., Edwards u. Lewis/Vereinigtes Königreich – 39647/98; 40461/98); Serie A 166, Nr. 43 (Kostovski/Niederlande – 11454/85).

⁷⁵ BVerfG StV 2002, 578 (580 f.).

⁷⁶ BGHSt 46, 93 (94 ff.).

⁷⁷ BGH NSTZ 2010, 53.

⁷⁸ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl., 2008, Rn. 362 ff.; bes. Rn. 363, Rn. 382, Rn. 416; zum Beweisrecht und Art. 6 EMRK s. Gaede, JR 2009, 493, 494 ff.

⁷⁹ BGH NJW 2009, 2463.

Unterhaltung. Der *Senat* hielt die Anordnung für rechtswidrig. Eine Gesamtschau, die sämtliche Umstände der Überwachung einbeziehe, ergebe, dass „gleich mehrere rechtsstaatliche Grundsätze tangiert wurden, und das nicht nur am Rande“.⁸⁰ Deshalb sei der Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt. Nach dem hier entwickelten Prüfungsschema ist dagegen nicht auf eine Gesamtschau abzustellen. Vielmehr ist zu prüfen, ob bei der Ermessensentscheidung über die Überwachungsanordnung das Recht auf ein faires Verfahren ausreichend berücksichtigt wurde. Nach Maßgabe der unter 2. dargestellten Kriterien war dies hier nicht der Fall. Der Schutzbereich des Rechts auf ein faires Verfahren ist eröffnet. In diesen fallen auch Maßnahmen, die die Freiheit des Beschuldigten betreffen, sich für oder gegen ein Geständnis zu entscheiden. Davon ist das Abhören eines möglicherweise belastenden Gesprächs erfasst. Die Anordnung ist ein Eingriff. Der Eingriff ist auch nicht gerechtfertigt. Er beruht zwar auf einer verhältnismäßigen Inhaltsbestimmung des Rechts auf ein faires Verfahren, nämlich auf § 100f StPO. Dessen Tatbestandsvoraussetzungen waren hier erfüllt.⁸¹ Die Anordnung war aber nicht verhältnismäßig. Zweck des Eingriffs war es, den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen. Dieses Anliegen findet seine verfassungsrechtliche Verankerung im Rechtsstaatsprinzip, ist also ein legitimes Ziel. Zur Zweckerfüllung war die Anordnung geeignet, weil der Beschuldigte durch seine Äußerungen den Verdacht bestätigte. Die Gesprächsüberwachung war auch erforderlich, weil es mangels Alternativen keine milderen Mittel zur Überführung gab. Jedoch war sie nicht angemessen. Die Schwere des Eingriffs stand außer Verhältnis zum verfolgten Zweck. Zwar ist hier das Interesse an der Durchsetzung des Strafanspruchs besonders groß, weil es sich bei einem Mord um Schwerstkriminalität handelt. Jedoch überwiegt dieses Interesse angesichts der Schwere des Eingriffs nicht. Der Eingriff war besonders einschneidend, weil die Strafverfolgungsorgane die Lage des Angeklagten in Haft missbrauchten und in ihm aktiv die Fehlvorstellung hervorriefen, er sei unbeobachtet, um ihn dadurch zu veranlassen, sich selbst zu belasten. Anders als bei der zulässigen kriminalistischen List, bei der der Beschuldigte etwa durch Fangfragen zur Selbstbelastung verleitet wird, war dem Angeklagten nicht bewusst, dass die Strafverfolgungsorgane mithörten und seine Aussagen gegen ihn verwendet würden. Im Unterschied zu zulässigen heimli-

⁸⁰ BGH NJW 2009, 2463 (2466).

⁸¹ § 100f StPO wäre selbst bei verfassungskonformer Auslegung im Lichte des informationellen Selbstbestimmungsrechts, die zu einem Verbot des Abhörens von Gesprächen in der Intimsphäre führen müsste, anwendbar. Denn es handelt sich wegen des Straftatbezugs um ein Gespräch in der Privatsphäre. Eingriffe in diese sind gerechtfertigt, wenn andere öffentliche Interessen in Anbetracht der Schwere des Eingriffs überwiegen. Dies ist wegen des besonders großen Interesses an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs angesichts der Schwere der Straftat (Mord) hier der Fall. Siehe dazu die Überlegungen des BGH zur Übertragung der Kernbereichsregelungen von §§ 100c und 100a StPO auf § 100f StPO (BGH NStZ 2009, 2463 [2464 f.]).

chen Ermittlungsmaßnahmen, die auch in Untersuchungshaft eingesetzt werden dürfen, haben die Behörden die Unkenntnis von der Überwachung nicht nur ausgenutzt, sondern einen Irrtum gezielt verursacht, indem sie eine Sonderbehandlung vortäuschten. Erschwerend kommt hinzu, dass die Untersuchungshaft entgegen ihrer Funktion, der Verfahrenssicherung, angewendet wurde, um den schweigenden Angeklagten zum Reden zu bringen. Die Anordnung war demnach unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.⁸²

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht, wenn man Art. 6 EMRK berücksichtigt.

Zwar ist der Schutzbereich eröffnet, insbesondere weil die Inhaftierung eine „Anklage“ im Sinne des Konventionsrechts ist. Jedoch hilft der Wortlaut der Norm hinsichtlich der inhaltlichen Gewährleistungen hier nicht weiter. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist nicht weiterführend. Die beiden einschlägigen Fälle Allan und Bykov unterscheiden sich wesentlich vom hiesigen Sachverhalt, weil der Gesprächspartner von staatlicher Seite auf den Angeklagten angesetzt worden war.⁸³ Die Strafverfolgungsbehörden nahmen vorliegend aber keinen Einfluss auf die Ehefrau. Das Täuschungsmoment liegt in dem besonderen Arrangement des Besuchs.⁸⁴

IV. Fazit

Richtig an der Besuchsraum-Entscheidung ist, dass sie dem Recht auf ein faires Verfahren Geltung auch in der strafprozessualen Praxis zu verschaffen sucht.⁸⁵ Zutreffend wurde aber kritisiert, dass die Gesamtschau ein unklares Prüfungskriterium ist.⁸⁶ Es ist unvorhersehbar, wann das Recht eingreift und was es inhaltlich verlangt.⁸⁷ Deshalb ist ihr die hier vorgeschlagene Grundrechtsprüfung vorzuziehen. Zuzugeben ist, dass ein Rest Unbestimmtheit insbesondere im Rahmen der Angemessenheit bleibt. Jedoch ist die Grundrechtsdogmatik wesentlich ausdifferenzierter als eine allgemeine Gesamtschau ohne bestimmte Vorgaben. Es ist eine genauere Antwort darauf möglich, wann das Recht auf ein faires Ver-

⁸² Da die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Recht auf ein faires Verfahren in diesem Beitrag nicht behandelt werden (s. Fn. 1), wird hier nicht auf die Frage eingegangen, ob aus dem Beweiserhebungsverbot auch ein Verwertungsverbot folgt. Der BGH bejaht dies (NJW 2009, 2463 [2467]).

⁸³ EGMR JR 2004, 127 (Allan/Vereinigtes Königreich – 48539/99); HRRS 2009, Nr. 360 (Bykov/Russland – 4378/02).

⁸⁴ Selbst wenn man mit den Ausführungen in *Bykov* (Fn. 83) hier eine Verletzung des konventionsrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren verneint, weil es dem Angeklagten freistand, sich zu äußern (so *Hauck*, NStZ 2010, 17 [21]), kann der grundgesetzliche Maßstab höher sein als der konventionsrechtliche (s. o. III. 1. a).

⁸⁵ *Marxen/Rösing*, Famos 09/2009, S. 6, zu finden unter: <http://www.fall-des-monats.de/>.

⁸⁶ *Engländer*, JZ 2009, 1179 (1180); *Rogall*, HRRS 2010, 289 (291 ff.); *Zuck*, JR 2010, 17 ff.

⁸⁷ So auch die allgemeine Kritik am Recht auf ein faires Verfahren, s. etwa *Beulke* (Fn. 18), Rn. 28.

fahren in der alltäglichen Strafrechtspraxis überhaupt eine Rolle spielt: nämlich nur dann, wenn sein Schutzbereich eröffnet ist und nicht speziellere Grundrechte greifen. Auch die inhaltlichen Kriterien sind präziser. Es wird keine vage Gesamtbewertung vorgenommen. Vielmehr werden im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vier Fragen unterschieden: Verfolgt die Inhaltsbestimmung bzw. die Einzelmaßnahme überhaupt einen legitimen Zweck, nämlich die Verwirklichung eines Verfassungsguts? Ist sie zur Erreichung dieses Zwecks geeignet? Gibt es mildere Mittel (Erforderlichkeit)? Und steht der jeweilige Eingriff in das Grundrecht auf ein faires Verfahren außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck (Angemessenheit)? Der Vagheit der letzten Frage kann begegnet werden, indem hier auf die Kriterien zurückgegriffen wird, die in den verschiedenen Fallgruppen des fairen Verfahrens (z.B. Waffengleichheit, Fürsorgepflicht) entwickelt wurden. Diese Maßgaben machen das Grundrecht auf ein faires Verfahren auch für die Praxis handhabbar.

B u c h r e z e n s i o n

Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Verlag C.H. Beck, 28. Aufl., München 2010, 2900 S., € 158,-

I. Etwa vier Jahre nach dem Erscheinen der letzten Auflage und nach mehr als 20 Änderungen des StGB liegt nunmehr die 28. Auflage dieses seit etwa 70 Jahren eingeführten Standardkommentars zum StGB vor. Der Lauf der Zeit wird schon an den Veränderungen des Mitarbeiterkreises deutlich: Nach dem nicht nur für die Strafrechtswissenschaft schmerzlichen Ableben von *Peter Cramer*, *Theodor Lenckner* und *Walter Stree* ist die Kommentierungsarbeit überwiegend auf eine nunmehr „Vierte Autorengeneration“ (Vorwort) übergegangen: Zu den z.T. schon an der 26. Auflage beteiligten *Autoren* sind in der 28. Auflage noch *Nikolaus Bosch*, *Bernd Hecker* und *Jörg Kinzig* hinzugekommen. *Albin Eser* hat neben seiner eigenen erheblichen Erläuterungsarbeit zudem die Gesamtreaktion übernommen und steht damit als Vertreter der älteren Generation in besonderer Weise für die wissenschaftliche Kontinuität des Kommentars. Das kontinuierliche Anwachsen der Kommentatoren auf nunmehr acht, wie schon bisher ausschließlich aus dem Bereich der wissenschaftlichen Lehre, erscheint schon angesichts der im Vorwort zu Recht beklagten Publikationsflut unvermeidlich: wird doch die Arbeit der Kommentatoren auch damit erheblich belastet, „die repetitive Streu von wirklich neuem Weizen zu trennen“ – zugleich eine Mahnung an die Verlage, bei ihren Publikationen mehr auf wissenschaftliche Qualität zu achten und weniger auf die Menge ihrer Produkte und dadurch bedingten gewinnträchtigen Mehrumsatz.

Autoren und Verlag kann nur bestätigt werden: Die Zielrichtung, „Mittler zwischen Theorie und Praxis“ zu sein, ist in der Tat beibehalten worden, und zwar äußerst erfolgreich. Die wundersame Vermehrung der strafrechtlichen Kommentarliteratur in der letzten Zeit hat dem „Schönke/Schröder“ nicht nur nichts anhaben können, sondern im Gegenteil dessen herausragende Stellung unter den strafrechtlichen Erläuterungsbüchern noch gestärkt, nicht zuletzt des erwähnten, erfolgreich verfolgten Ziels wegen. Das kann hier schon aus Raumgründen nur an einigen Beispielen aufgezeigt werden, die, auch wenn insoweit Anlass zu kritischen Bemerkungen besteht, gerade damit ihre Fruchtbarkeit für den angestrebten Dialog zwischen Theorie und Praxis erweisen.

II. 1. Erheblich ausgeweitet und zuverlässig auf den neuesten, durch das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon bedingten Stand gebracht wurden auch die das nationale Strafrecht beeinflussenden europarechtlichen Ausführungen (*Eser/Hecker*, Vor § 1 Rn. 25 ff.).

2. Bei der Bearbeitung der Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. StGB wird von *Lenckner/Eisele* zutreffend an der Auffassung vom Verbrechen als Rechtsgutsbeeinträchtigung und zugleich Pflichtverletzung festgehalten (Rn. 8) und die Rechtsgutsdiskussion übersichtlich nachgezeichnet (Rn. 9 ff.). Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen wird von diesen *Autoren* kritisch beleuchtet und im Ergebnis wohl zutreffend abgelehnt (Rn. 15 ff.), jedoch hätten sich gerade (wenn auch

nicht nur) hier Überlegungen zu einer modernen normtheoretischen Grundlegung empfohlen¹, auf die leider verzichtet wird. Überzeugend wird den derzeit aktuellen Bestrebungen, die Trennung von Unrecht und Schuld aufzugeben, widersprochen (Rn. 20). Nicht zugestimmt werden kann indessen den apodiktischen Behauptungen von *Stree/Bosch*, alle Versuche nach ontologischen Gemeinsamkeiten zwischen Handlung und Unterlassung seien gescheitert (Vor §§ 13 Rn. 138/139): dass beiden Handlungsformen gleiche innersubjektive Vorgänge zugrunde liegen, wird dabei zu Unrecht vernachlässigt.

3. Weiter seien die Erläuterungen zu § 15 StGB erwähnt. *Sternberg-Lieben* gelingt es hier, alle wesentlichen Problemfelder ebenso klar wie übersichtlich unter genauer Nachzeichnung des aktuellen Diskussionsstandes darzustellen und so nicht nur dem Praktiker mit einem knappen Zeithaushalt eine genaue Orientierung zu ermöglichen, sondern auch dem Theoretiker eine solide Grundlage für weiterführende Forschung zu bieten. Beispielhaft seien insoweit die Ausführungen zum Verhältnis zwischen Vorsatz und (sonstigen) subjektiven Unrechtselementen erwähnt, in denen er verdientvollerweise darauf hinweist, dass neben dem Vorsatz zur Strafbarkeit auch bestimmte Absichten gefordert werden können, die „einen gesonderten psychischen Sachverhalt“ darstellen, „der nicht vom Vorsatz erfasst sein, sondern zusätzlich zu ihm festgestellt werden muss“ (Rn. 24) – eine in der Praxis leider allzu häufig missachtete zutreffende Feststellung. Treffend wird auch – ebenfalls häufig unbeachtet – der objektive Tatbestand als Gegenstand des Vorsatzes herausgestellt (Rn. 16) und in diesem Zusammenhang auch die derzeit in Theorie wie Praxis überwiegend vertretene Lehre zu deskriptiven und objektiven Tatbestandsmerkmalen (Rn. 17 ff.) erwähnt, die allerdings ein erhebliches Defizit deshalb aufweisen dürfte, weil sie nicht ausreichend bedenkt, dass rein deskriptive Merkmale schon deshalb nicht existieren können, weil die von solchen Merkmalen erfassten deskriptiven Gegenstände stets auch vom Tatbestand erfasst werden und schon deshalb immer auch normativer Natur sind und überdies deshalb, weil der Umfang solcher Merkmale stets normativ beschränkt ist (man denke hier nur an das klassische deskriptive Merkmal „Mensch“, dessen Abgrenzung etwa zur Leibesfrucht ebenso normativer Natur ist wie diejenige zum menschlichen Leichnam). Entsprechendes gilt aber auch für normative Tatbestandselemente: bezieht sich doch jedes dieser Elemente schon deshalb stets auf einen deskriptiven Gegenstand, weil die Rechtsordnung stets reale Lebensvorgänge zum Gegenstand hat. Dies zeigt sich insbesondere bei den klassischen „normativen“ Merkmalen des eine „deskriptive“ Verkörperung erfassenden Urkundenbegriffs und, bei den Eigentumsdelikten, des Begriffs einer „fremden Sache“, mit dem ein der realen Welt zugehöriger körperlicher Gegenstand zugleich als tauglicher Gegenstand des Eigentumsrechts bezeichnet wird – folglich weist jedes Tatbestandsmerkmal sowohl normative als auch deskriptive Elemente auf. Die äußerst umstrittene Lehre vom Erlaubnistatbestands-

¹ Vgl. dazu etwa *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 29; *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 110.

irrtum weiß *Sternberg-Lieben* ebenfalls präzise darzustellen (§ 16 Rn. 14 ff.) – eine Lehre, die in ihrer in Lehre wie Rechtsprechung herrschend vertretenen Form der eingeschränkten Schuldtheorie allerdings daran krankt – regelmäßig unbeachtet –, dass sie nicht nur beim sog. „doppelten Irrtum“ zum Ergebnis der strengen Schuldtheorie kommt, sondern auch dann, wird mit der Rechtsprechung die Rechtfertigung des Handelnden von dessen pflichtmäßiger Prüfung des Vorliegens des rechtfertigenden Sachverhalts abhängig gemacht. Auch die Auswirkungen der Kontroverse, ob die gesetzlichen Regeln über die Rechtfertigungsgründe schon eine normwidrige Rechtsgutsverletzung ausschließen oder aber zu ihrer Anwendung voraussetzen und erst auf einer höheren Ebene als Kollisionsnormen rechtfertigend wirken (relevant für die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums), werden unter § 16 Rn. 16 noch erwähnt.

III. Auch die Erläuterungen zu den Vorschriften des Besonderen Teils des StGB zeichnen sich durch die bereits oben I. herausgestellten Vorzüge aus. Die u.a. die Änderungen der §§ 184c-184g betreffenden Änderungen des StGB aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung des entsprechenden Rahmenbeschlusses der EU v. 31.10.2008 wurden umfassend und sorgfältig berücksichtigt (*Eisele* zu § 184c; *Perron/Eisele* zu §§ 184d-184g). Auch die in den Tatbeständen der §§ 202b, 202c StGB erfassten Verletzungen des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs wurden von *Eisele* solide unter gut verständlicher Darstellung der hier jeweils zugrundeliegenden (Computer-)technischen Vorgänge erläutert. In den Vorbemerkungen zu §§ 211 ff. StGB bietet *Eser* einen umfassenden Überblick u.a. nicht nur über die neuerdings wieder stärker diskutierte Systematik der Tötungsdelikte (Rn. 1 ff.) und über den Beginn des Menschseins (Rn. 13 ff.) und den Todesbegriff (Rn. 16-20), sondern zudem tiefgehende und überzeugende Darlegungen zur Sterbehilfe (Rn. 21 ff.) unter besonderer Berücksichtigung des Patientenwillens (Rn. 28b). Bei den Darlegungen von *Eser/Bosch* zu § 242 StGB beeindruckt u.a. die souveräne Darstellung und Behandlung der Diskussion um den Gegenstand der Zueignung (Rn. 48 ff.): Hier werden die insoweit bedeutsamen Substanz-, Sachwert- und Vereinigungstheorien ebenso sorgfältig auf hohem Argumentationsniveau behandelt wie die damit zusammenhängenden Fragen der Abgrenzung von Zueignung einerseits und Sachentziehung (Rn. 55 ff.) oder Gebrauch einer Sache (Rn. 51 ff.) andererseits.

IV. Unter der derzeit großen Zahl der Erläuterungsbücher zum Strafrecht hebt sich der „Schönke/Schröder“ seiner Absicht entsprechend durch die Eigenständigkeit seiner Darstellung und deren kritische Stärke in der Tat von der „repetitiven Streu“ wohltuend ab: Deshalb und wegen der umfassend zuverlässigen Kommentierung auf sehr hohem Argumentationsniveau kann dieser Klassiker auch in der neuen Auflage als Leuchtturm der Erläuterungsliteratur gelten.

Prof. Dr. Dr. h.c. Karl Heinz Gössel, Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D., München

B u c h r e z e n s i o n

Stefan Kirsch, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Bd. 115, Frankfurt a.M. 2009, 176 S., € 41,80.-

Kirsch stellt in seiner völkerstrafrechtlichen Dissertation die Frage nach der „Rechtsnatur“ des ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung gem. § 7 Abs. 1 VStGB. Bildet der solcherart qualifizierte Bestandteil des sog. Kontext-Elementes ein Unrechtselement des Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder handelt es sich um eine Verfahrensvoraussetzung (S. 13 ff., 108 ff.)?

Dieser Fragestellung geht der *Verf.* in zwei Schritten nach. Im 1. Kapitel untersucht er die Entstehungsgeschichte des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (S. 17-106). In sehr knapper Zusammenfassung der Ergebnisse wird hierbei zunächst die akzessorische Natur des Verbrechens gegen die Menschlichkeit im Nürnberger Statut des Internationalen Militärgerichtshof vom 6.10.1945 insbesondere gegenüber dem Kriegsverbrechen betont (S. 34 ff.; in Art. 2 Abs. 1 lit. c Kontrollratsgesetz vom 20.12.1946 fehlte demgegenüber „eine Rückbindung des Tatbestandes an Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen den Frieden“: S. 50) und in der Folge der langsame Emanzipationsprozess herausgearbeitet (S. 55 ff.). Noch in Art. 5 JStGH-Statut erfordert die Strafbarkeit des Verbrechens gegen die Menschlichkeit die Verbindung zu einem bewaffneten (internationalen oder nicht-internationalen) Konflikt (S. 80 f.). Aufgegeben wurde diese Verbindung zum humanitären Völkerrecht demgegenüber in den Entwürfen von 1954 (S. 60 ff.), 1991 (S. 70 ff.) und 1996 (S. 90 f.) der International Law Commission sowie in Art. 4 RStGH-Statut (S. 86) und Art. 7 IStGH-Statut (S. 103). Es ist deshalb korrekt, wenn der *Verf.* als Befund festhält, dass das Erfordernis des Zusammenhangs mit einem anderen Völkerrechtsverbrechen im Zug der Entwicklung „durch die Notwendigkeit der Tatbegehung im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung“ ersetzt worden sei (S. 105).

Entsprechend gerüstet wendet der *Verf.* sich im 2. – deutlich kürzeren – Kapitel der Frage nach der „Rechtsnatur“ der Voraussetzung eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung zu (S. 107-154). Dabei tritt die internationale Ebene hinter die deutsche Umsetzungsgebung in § 7 VStGB zurück. Den Ausgangspunkt für die Antwort des *Verf.* bildet die Feststellung, dass es entgegen der einhelligen Einstufung des Begehungszusammenhangs des Verbrechens gegen die Menschlichkeit als Element des Unrechtstatbestandes in Schrifttum und Rechtsprechung keine (überzeugenden) Argumente dafür gebe (S. 107). Die Verbrechenstatbestände seien sowohl in den Statuten der Ad hoc-Tribunale als auch des IStGH als Zuständigkeitsvorschriften formuliert (S. 110 f., 113 mit Hinweis auf die Schwellenklausel von Art. 8 Abs. 1 *in fine* IStGH-Statut betreffend Kriegsverbrechen). Obwohl der in der Folge durchgeführte Vergleich der Strafdrohungen verschiedener Einzeltaten des Verbrechens gegen die Menschlichkeit gem.

§ 7 VStGB mit den entsprechenden Straftatbeständen des StGB z.T. höhere Strafuntergrenzen Ersterer aufzeigt, gelangt der *Verf.* zum Ergebnis, „die Steigerung des Unrechtsgehalts“ liege „bei genauerer Betrachtung eben doch in der tatbestandlichen Beschreibung der jeweiligen Einzeltaten“ (S. 115; ausführlich S. 118-140). Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit dienten allein dem Schutz von Individualrechtsgütern, nicht aber von Universalrechtsgütern. Das zeige schon die konzeptionelle Unklarheit der vorgeschlagenen kollektiven Rechtsgüter und die insoweit fehlende, auch nur annähernde Übereinstimmung in der Diskussion (S. 120 ff.). Diese Argumentationslinie wird im Folgenden u.a. in der Auseinandersetzung mit den Einzelelementen des ausgedehnten (S. 125 ff.) oder systematischen (S. 127 ff.) Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung entfaltet (eine Detailkritik soll insoweit unterbleiben). Entsprechend des dichotomischen Zuschnitts der Fragestellung, den Begehungszusammenhang entweder als Unrechtselement oder als Verfolgungsvoraussetzung zu qualifizieren, ist nach all dem die Antwort des *Verf.* zugunsten der zuletzt genannten Variante vorgespurt (S. 140, 152; 156 f.). Im Ergebnis wird der Begehungszusammenhang „als konkreter Anhaltspunkt zur Begründung eines tatortunabhängigen Gerichtsstandes“ verstanden (S. 150 ff.). Verknüpft ist dieser Befund mit der im Anschluss an Gärditz verfochtenen Ansicht, das Prinzip der Weltrechtspflege diene im Fall der Verweigerung der Strafverfolgung durch den Staat des Tatortes der Solidarität mit den individuellen Opfern (S. 147, 148 f.).

Die aufgeworfene Fragestellung ist theoretisch wichtig und praktisch relevant.¹ Die Gewichtung zwischen dem ersten und dem zweiten Teil ist allerdings nicht unmittelbar einleuchtend: Der Ertrag der ausführlichen Erörterung der Entstehungsgeschichte des Verbrechens gegen die Menschlichkeit erscheint gering. Im Übrigen wurde schon in Art. 6 lit. c Nürnberger Statut zwischen dem Angriff auf eine Zivilbevölkerung (Begehungszusammenhang) und der Jurisdiktionsfrage („[...] in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal [...]“) unterschieden.

Nicht begründet wird von dem *Verf.* dann die der Formulierung der Fragestellung zugrunde gelegte Annahme, dass die Lösungsvarianten sich im Entweder-Oder von Unrechtsmerkmal versus Verfahrensvoraussetzung erschöpfen. Mit dieser Dichotomisierung wurden weitere Ansätze implizit ausgeschlossen, so etwa auch die nach Ansicht des Rezensenten durchaus prüfungswerte Möglichkeit einer Doppelrelevanz des Begehungszusammenhangs als Prozessvoraussetzung und Unrechtselement.

Folgt man einer solchen Perspektive, so reicht es nicht aus, den (möglichen, wahrscheinlichen oder sicheren) Zuständigkeitscharakter des Begehungszusammenhangs zu betonen. Es müsste vielmehr der Nachweis angetreten wer-

¹ Der *Verf.* hat seine Thesen denn auch in Form von Artikeln veröffentlicht: vgl. Kirsch, in: Michalke (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24.12.2008, Berlin 2008, S. 269; *ders.*, Leiden Journal of International Law 2009, 525.

den, dass der Begehungszusammenhang für das Unrecht keinerlei Relevanz besitzt. Für einen solchen Nachweis reichen die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte der verschiedenen statutarischen bzw. völkervertraglichen Fassungen des Verbrechens gegen die Menschlichkeit aber nicht aus. Dies schon deshalb, weil die internationale Gerichtsbarkeit *ratione materiae* auf die Ahndung der statuierten völkerrechtlichen Kernverbrechen beschränkt und daher notwendig mit deren Unrechtsgehalt übereinstimmt. Auf den einschlägigen Art. 5 IStGH-Statut, der die der Gerichtsbarkeit des IStGH unterliegenden Verbrechen regelt, die auf die schwersten Verbrechen beschränkt ist, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, geht der *Verf.* genauso wenig ein wie auf das Fehlen einer Art. 8 Abs. 1 IStGH-Statut über Kriegsverbrechen vergleichbaren Formulierung² in Art. 7 IStGH-Statut betreffend Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Für die zur Stützung der Position aufgestellte These, das Verbrechen gegen die Menschlichkeit schütze lediglich individuelle Rechtsgüter, beruft sich der *Verf.* auf zwei Literaturstellen (S. 120). Die herrschende Lehre, die einen individuell-kollektiven Mischcharakter annimmt, kommt insoweit schlecht weg, wird aber wohl auch nicht in ihren stärksten Argumenten rezipiert. Die in der Tat schwierige Bestimmung der kollektiven Komponente, die auf den Schutz elementarer Grundregeln menschlicher Koexistenz zielt, sollte jedoch nicht dazu führen, das Kind mit dem Bade auszuschütten und die kollektive Dimension abzustreiten. Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit verdankt immerhin, um auch ein historisches „Argument“ beizufügen, seine Existenz und seinen Namen dem Umstand, dass die entsprechenden Taten das Gewissen der Menschheit erschüttert haben. In diesem Sinne geht es durchaus darum, dass die Menschheit eine Unterschreitung eines gewissen Mindestmaßes an Menschlichkeit nicht zu tolerieren bereit ist (a.M. der *Verf.*: S. 121 ff.).

Auch die aus der vergleichenden Untersuchung von Einzelvorschriften des Verbrechens gegen die Menschlichkeit gem. § 7 VStGB mit den „Parallelnormen“ des StGB gewonnenen möglichen Ungereimtheiten bei den Strafberechnungen tragen die daraus gezogene weitreichende Schlussfolgerung (S. 115 f.) fehlender Unrechtsbedeutung des Begehungszusammenhangs nicht. Die aufgeführten Unklarheiten bzw. Inkonsistenzen bei den Strafrahmen haben möglicherweise ihren Grund auch darin, dass es dem Gesetzgeber schwer gefallen sein könnte, in diesem Bereich neuartiger Schwerstdelinquenz eine Gewichtung vorzunehmen. Selbst in der Rechtsprechung der Ad hoc-Tribunale, die nun schon 15 Jahre mit den entsprechenden Realitäten konfrontiert sind, ist es bekanntlich nicht gelungen, eine feste Unrechtshierarchie zwischen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu begründen.

Mit seiner nach Auffassung des Rezensenten überzogenen Polarisierung hat sich der *Verf.* leider wohl um einen Teil der

Früchte seines nützlichen Unterfangens gebracht. Eine ganze Reihe von Beobachtungen sind nämlich nicht nur richtig, sondern auch weiterführend (so etwa, wenn ausgeführt wird, dass auch die dem Verbrechen gegen die Menschlichkeit zugrunde liegenden Einzeltaten gem. StGB „den Geltungsanspruch ideeller Werte der Menschlichkeit“ verletzt: S. 122). Vor allem aber betont der *Verf.* völlig zu Recht, dass die nicht zu umgehende Betrachtung des Gesamtkontextes des Unrechts „gerade nicht mit der Betrachtung der jeweils einzelnen Tat gleichgesetzt werden darf“ (S. 125). Eines Gesamtkontextes wohl gemerkt, der rechtlich nur über die Kenntnis des Begehungszusammenhangs beim individuellen Täter mit dessen Einzeltat(-en) vermittelt ist (und, wie beizufügen ist, durch die Kenntnis bzgl. eines etwaigen bewaffneten Konfliktes zudem noch zur Anwendung von in der Substanz identischen Kriegsverbrechen führen kann).

Die entscheidende Frage ist hier, ob und wenn ja, in welchem Ausmaß der einzelne Täter Anteil an diesem Gesamtunrecht besitzt. Da er sich nach h. L. mit seiner Tat bewusst in den Begehungszusammenhang einfügen muss (und damit die Gefährlichkeit des Angriffs auch für weitere Opfer erhöht; zweifelnd der *Verf.*: S. 126 f. Selbst Strafschärfungen wegen Bandenmäßigkeit werden jedoch mit eben diesem Argument begründet.), kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass er einen Beitrag zum Gesamtunrecht leistet. Es geht insoweit nicht um einen unverbindlichen „zeitlichen und örtlichen“ (S. 126), sondern einen sachlichen und funktionalen Zusammenhang. Der Täter muss „as part“ des Angriffs agieren, was der *Verf.* mit Recht dadurch charakterisiert, dass „sich die Tat in eine entsprechende Planung und Steuerung einfügen muss“ (S. 127. Die deutsche Einheits-Übersetzung [„im Rahmen“] geht hier ggf. zu weit). Von welcher Art und welchem Umfang dieser persönliche Beitrag ist, hängt natürlich von der konkreten Stellung und Aufgabe des Täters ab. Bei Führungstätern mit Entscheidungsherrschaft über das Ob oder Ob-Nicht der Gesamttat, stimmen Einzeltat und Gesamtat wenigstens in der Tendenz überein.

Demgegenüber kann der Beitrag eines Ausführungstäters sehr geringfügig sein. Für diese Konstellation entfaltet die Fragestellung des *Verf.* ihr volles Gewicht. Rechtfertigt die bewusste Einreihung in den Begehungszusammenhang einen Zuschlag bei der Strafzumessung bei hypothetischem Vergleich mit der parallelen Einzeltat gem. StGB? Nach Ansicht des *Verf.* ist dies nicht der Fall. Nach Ansicht des Rezensenten schon, was diesen zu folgender Anschlussfrage veranlasst, die der *Verf.* vor dem Hintergrund seiner Lösung nicht mehr zu stellen brauchte: Wie hoch darf dieser Zuschlag eigentlich sein? Eine begründete Antwort weiß der Rezensent nicht, und der Hinweis, dass in der Praxis mehrfache Tatausführung im systemischen Unrechtskontext vielfach eher zu einem, im Zusammenhang mit den Urteilen gegen die NS-Gewaltverbrecher seinerzeit mit Recht viel gerügten, „Rabatt“ geführt hat, löst das Theorieproblem natürlich nicht. Hier öffnen sich weite und, insbesondere wenn auch die Konkurrenzprobleme einbezogen werden, sehr komplexe Untersuchungsfelder. Die Verdienste der Untersuchung des *Verf.* liegen nach Meinung des Rezensenten damit weniger in den Ergebnissen als in der stimulierenden Perspektive!

Prof. Dr. Hans Vest, Bern

² „Der Gerichtshof hat Gerichtsbarkeit in Bezug auf Kriegsverbrechen, insbesondere wenn diese als Teil eines Plans oder einer Politik oder als Teil der Begehung solcher Verbrechen in großem Umfang verübt werden“.

Buchrezension

Göran Sluiter/Sergey Vasiliev, International Criminal Procedure: Towards a coherent body of law, CMP Publishing, London 2008, 488 S., \$ 149,-

Während Nürnberg die Geburt des materiellen Völkerstrafrechts markiert, erlangte das Verfahren vor dem Internationalen Militärtribunal nur wenig prägende Kraft hinsichtlich des im Internationalen Strafrecht anzuwendenden Prozessrechts. Zwar kennen auch die modernen Völkerstrafgerichte keine Verpflichtung, zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, und folgen damit (wie auch das Militärtribunal in Nürnberg) im Grundsatz dem Parteiverfahren des anglo-amerikanischen Strafverfahrensmodells. Dennoch unterscheiden sich die Verfahrensordnungen der modernen Völkerstrafgerichte so deutlich, dass ein gemeinsamer verfahrensrechtlicher Kernbestand kaum auszumachen ist.

Vor diesem Hintergrund veranstaltete das „Amsterdam Center of International Law (ACIL)“ an der Universität von Amsterdam im Frühjahr 2008 eine Experten-Tagung, deren Ziel es neben anderem war, innovative und kritische Beiträge zu Einzelbereichen des Völkerstrafprozessrechts zu versammeln, die darauf gerichtet sein sollten, Grundregeln und Prinzipien dieses Verfahrensrechts zu identifizieren. Mit dem vorliegenden Sammelband wurden diese Beiträge veröffentlicht.

Im ersten Abschnitt des Sammelbandes, der den Grundfragen des Verfahrensrechts der Internationalen Strafgerichte („General and Fundamental Issues of International Criminal Procedure“) gewidmet ist, befasst sich *Vasiliev* mit Definition, Rechtsnatur und Herleitung der Grundregeln und Prinzipien des Internationalen Strafverfahrensrechts und schlägt deren Kodifikation vor. Trotz aller Bemühungen des *Autors* bleibt aber letztlich undeutlich, um was es sich bei diesen Grundregeln und Prinzipien handelt und wie diese hergeleitet werden sollen. Im Unterschied hierzu wendet sich *Swart* in einem weiteren Beitrag den Zielen des Internationalen Strafverfahrensrechts zu und durchmustert einzelne Themenbereiche anhand der von *Damaška* in seiner grundlegenden Untersuchung „The Faces of Justice and State Authority“ zugrunde gelegten Dichotomie der Verfahrensziele „Konfliktlösung“ und „Durchsetzung des Strafanspruchs“. Dem entsprechend gelingt es *Swart* auf plastische Art und Weise, seine theoretischen Überlegungen an den das Internationale Strafverfahrensrecht prägenden Gegensatz von inquisitorischem und adversarischem Verfahren anzubinden.

Den Einstieg in den zweiten Abschnitt („Role and Status of Procedural Participants“) bilden Überlegungen von *Jørgensen* zur Rolle der Richter an den Internationalen Strafgerichtshöfen. Zutreffend stellt *Jørgensen* dabei einen Trend fest, den Richtern eine zunehmend aktivere Rolle bei der Verfahrensgestaltung zuzuweisen, die mit dem Idealbild des Richters im Parteiverfahren des common law kaum noch zu vereinbaren ist. Den im Hinblick auf das Verständnis der Grundprinzipien des Internationalen Verfahrensrechts erfor-

derlichen Versuch einer Erklärung dieser Entwicklung bleibt die *Autorin* gleichwohl schuldig. Nicht auszuschließen ist daher, dass die Tendenz einer verstärkten Inpflichtnahme der Richter nicht auf einem Prozess autonomer Rollendifferenzierung beruht, sondern schlicht in der Umsetzung der mit der „completion strategy“ ins Auge gefasste Schließung der *ad hoc*-Tribunale – und dem damit ausgelösten Zwang zur Beschleunigung der offenen Verfahren – gründet. Ergänzt wird der zweite Abschnitt des Sammelbandes durch zwei weitere Beiträge, die sich der Beteiligung von Opfern am Verfahren widmen. Zwar referiert der Beitrag von *Friman* immerhin Skepsis an der Beteiligung von Opfern am Verfahren, doch erstaunt gleichwohl, wie unkritisch sich die beiden Beiträge ihrem Gegenstand gegenüber verhalten. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sich die gesamte Entwicklung des staatlichen Strafrechts der letzten Jahrhunderte als im Interesse des Opfers motiviert rekonstruieren lässt, den Staat an seine Stelle treten zu lassen, um eine Befriedung des Konflikts mit dem Täter zu ermöglichen, muss es daher einigermaßen irritieren, wenn nun die Opferbeteiligung von *de Brouwer/Groenhuijsen* gar zum Ziel des Internationalen Strafverfahrens erhoben wird.

Die weiteren Abschnitte des Sammelbandes enthalten Beiträge von *Stahn*, *de Meester*, *Fairlie*, *Schabas*, *Ohlin* und *Boas* zum Vorverfahren („Pre-Trial Procedure“), zur Hauptverhandlung („Trial Procedure“) und zum Rechtsmittelverfahren („Appellate Procedure“). Auf alle diese Beiträge hier einzugehen, ist nicht möglich. Dennoch sollte nicht verschwiegen werden, dass sich die zwei Beiträge im Abschnitt zur Hauptverhandlung – also dort, wo man eigentlich die Seele der ganzen Unternehmung erwarten sollte – eher mit Nebenaspekten befassen. So untersucht *Schabas* die Geschichte der Möglichkeit von Abwesenheitsverfahren an Völkerstrafgerichten, während *Ohlin* sich mit den Strafzielen des Völkerstrafrechts und möglichen verfahrensrechtlichen Konsequenzen beschäftigt.

Ansätze zur Identifikation von Grundregeln und Prinzipien des Völkerstrafprozessrechts finden sich im Sammelband somit kaum. Im Hinblick auf das Ziel der Identifikation von Grundregeln und Prinzipien des Völkerstrafprozessrechts eher leidenschaftslos fällt daher auch der Befund *Sluiter*s aus, der in seinem abschließenden Beitrag zu möglichen Auswirkungen des Internationalen Strafverfahrensrechts auf nationale Verfahren feststellt, dass solche Effekte eher nicht zu erwarten seien, denn „[...] the body of law of international criminal procedure still lacks significantly in coherency, consistency, uniformity and overall quality“.

Vielleicht ist es mit dem Sammelband von *Sluiter/Vasiliev* wie mit einer alten Landkarte aus dem 16. oder 17. Jahrhundert. Natürlich kann man enttäuscht darüber sein, wie unzureichend und nicht selten falsch die dortigen Darstellungen aus heutiger Sicht sind. Aber sollte man nicht gleichzeitig beflügelt davon sein, wie viele Flächen noch weiß und unausgefüllt sind und wie viel es noch zu entdecken gibt? Der deutschen Strafrechtswissenschaft würde es gut anstehen, sich an diesen Entdeckungsreisen zu beteiligen.

Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main

Recht ohne Regeln? – Die Entformalisierung des Strafrechts

Kolloquium des Instituts für Kriminalwissenschaften der Georg-August Universität Göttingen am 10.7.2009

Von Dipl.-Jurist **Amir Michaelsen** und Prof. Dr. **Uwe Murmann**, Göttingen

Gesetzesbindung und die Pflicht zur Einhaltung strenger Formen sind die natürlichen Feinde von Effizienz, Wirtschaftlichkeit und zügiger Verfahrensführung. Dementsprechend vermag es nicht zu verwundern, dass in Zeiten leerer Kassen der Gesetzgeber und – chronisch überlastet – auch die Justiz nach Wegen suchen, die Last der Form zu verringern. Verfahrenseinstellungen in spektakulären (Wirtschafts-) Strafverfahren beschäftigen die Öffentlichkeit und der „Deal“ ist nicht nur unter Strafrechtswissenschaftlern als wohl umstrittenstes Thema des Strafprozessrechts in aller Munde. Auch bei der Informationsbeschaffung im Ermittlungsverfahren erweist sich aus Sicht der Ermittlungsbehörden das Korsett gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen u.U. als zu eng. Prominentes Beispiel hierfür ist der – in der Strafprozessordnung nicht vorgesehene – Ankauf von Daten in der „Liechtenstein-Affäre“ (mittlerweile sind die Daten aus der Schweiz hinzugekommen).

Diese Phänomene und noch einige mehr hatte das Kolloquium „Recht ohne Regeln? – Die Entformalisierung des Strafrechts“ des Göttinger Instituts für Kriminalwissenschaften am 10.7.2009 zum Gegenstand. Dabei lag der Reiz der Veranstaltung in der weiterführenden Verknüpfung unterschiedlicher materiellrechtlicher und prozessualer Aspekte unter dem Dach des Oberthemas. Dass sich dieser Reiz voll entfalten konnte, war den hochkarätigen Referenten zu verdanken, die die Veranstalter gewinnen konnten, nämlich Prof. Dr. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Universität Münster, Prof. Dr. Werner Beulke, Universität Passau, Prof. Dr. Jörg-Martin Jehle, Universität Göttingen und Eberhard Siegismund, Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz. Im Anschluss an die Vorträge fand eine Podiumsdiskussion unter Teilnahme von Generalbundesanwältin Prof. Monika Harms statt.

I. Als Vertreter der Gastgeber verwies Prof. Dr. Uwe Murmann auf die nunmehr dreijährige Tradition der Veranstaltung. Seine Einführung in das Thema setzte an dem Spannungsverhältnis zwischen Entformalisierung einerseits und Rechtsstaatlichkeit, Demokratieprinzip sowie Gewaltenteilung andererseits an, um dieses Verhältnis sodann anhand des Gesetzlichkeitsprinzips nach Art. 103 Abs. 2 GG und des aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Vorbehalts des Gesetzes näher zu analysieren. Dabei vertrat Murmann die Auffassung, die Gesetzlichkeit werde weniger vom materiellen Recht als vielmehr vom Strafverfahren her ausgehöhlt. Das gelte nicht nur für das Verfahren als solches, wo der Anwendungsbereich der Ermittlungsgeneralklauseln überstrapaziert werde, sondern es gelte auch für die Bestimmtheit der materiellen Straftatbestände: „Wenn der Sachverhalt, die Rechtsfolgen und – bei realistischer Betrachtung – auch das materielle Strafrecht zur Disposition der Beteiligten gestellt werden, kann kein noch so sorgfältig dem Bestimmtheitsgrundsatz

Rechnung tragender Tatbestand Orientierungssicherheit gewährleisten.“

II. Im Zentrum des Referats von Prof. Dr. Kuhlen unter dem Titel „Bestimmtheit oder unendliche Auslegung?“ stand das materielle Strafrecht. Die Verbindung zum Prozessrecht stellte Kuhlen mit seiner Ausgangsthese her, derzufolge Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung wichtige Ursachen für die Informalisierung des Strafprozesses seien, wobei er als Beispiel die Absprachepraxis in den Mittelpunkt stellte. Für die Plausibilität der Ausgangsthese spreche, dass ein unbestimmtes Strafrecht für die Staatsanwaltschaft wie auch für den Beschuldigten unabsehbare Ergebnisse nach sich ziehe, was Anreize dafür schaffe, sich „auf halbem Wege zu treffen“. Für das Gericht könnten Absprachen mit Blick auf unkalkulierbare Risiken der Urteilsaufhebung attraktiv erscheinen. Damit formuliere die Ausgangsthese einen Erklärungsansatz für die sich (zunächst noch ohne gesetzliche Regelung) verbreitende Praxis der Absprachen. Kuhlen machte keinen Hehl daraus, dass er den Reiz eines solchen Erklärungsansatzes nicht zuletzt darin erblicke, dass die Kenntnis der Gründe als Grundlage für eine Zurückdrängung der Absprachenpraxis dienen könnte.

Die in der Ausgangsthese enthaltene Annahme, das Strafrecht sei unbestimmt, verweise zunächst auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, dem Kuhlen seinerseits erhebliche Unbestimmtheit attestierte. Die zu stellenden Anforderungen dürften aber, wie Kuhlen in Abgrenzung zu verschiedentlich in der Literatur vertretenen Auffassungen meinte, nicht überspannt werden, so dass sich letztlich aus der Perspektive der Verfassung die Unbestimmtheit des Strafrechts nicht erweisen lasse. Anders sehe es aus, wenn man die Unbestimmtheit in rechtstheoretischer Hinsicht in den Blick nehme, also danach frage, inwiefern das Strafrecht in seiner Anwendung auf den konkreten Einzelfall zweifelsfreie Ergebnisse produziere. In diesem Sinne lasse sich nun tatsächlich von einer Unbestimmtheit des Strafrechts in durchaus erheblichem Umfang sprechen.

Da aber nun die Absprachenpraxis erst in den letzten Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen habe, ergänzte Kuhlen diese Überlegungen zur qualitativen Aussage über die Unbestimmtheit des Strafrechts um eine komparative Version der These. Danach sei das Strafrecht heute weniger bestimmt als noch vor einigen Jahrzehnten. Diese These lasse sich bei einem Vergleich von Gesetzen neueren Datums mit älteren Vorschriften schwerlich bestätigen. Denn nicht wenige klassische Tatbestände seien von geringer Bestimmtheit (z.B. §§ 211, 240, 266 StGB), wohingegen dieser Befund längst nicht auf alle modernen Tatbestände zutrefte (z.B. §§ 298, 324, 237 StGB) – hier hänge viel von der Wahl der Beispiele ab. Eine wachsende Unbestimmtheit resultiere aber freilich aus der gewachsenen Anzahl der Tatbestände, die notwendig auch die Interpretationsprobleme mehre. Angesichts der

zunehmenden Verrechtlichung biete dieser Befund keinen Anlass für grundsätzliche Kritik. Weitere Gründe für die Richtigkeit seiner These von der zunehmenden Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts sah *Kuhlen* in der wachsenden Komplexität der tatsächlichen Verhältnisse, auf die das Strafrecht mit unscharfen Begriffen reagieren müsse, und in der Zunahme des Spektrums „vertretbarer“ Auffassungen, nicht zuletzt durch ein Anwachsen der Publikationstätigkeit. Der damit bestätigte Trend zu mehr Unbestimmtheit sei durch die Forderung nach einer Beschränkung auf ein „Kernstrafrecht“ nicht zu stoppen; eine solche Forderung sei weder sinnvoll noch realistisch.

Damit wandte sich *Kuhlen* der Gesetzesauslegung durch die Gerichte zu, die, der Ausgangsthese folgend, unbegrenzt oder zumindest weniger begrenzt als vor einigen Jahrzehnten sein müsste. Richterliche Rechtsfortbildung im Rahmen der durch die Rechtsprechung des BVerfG konkretisierten materiellen Wertordnung des Grundgesetzes sei jedoch eine legitime Aufgabe der Gerichte, die sich insofern innerhalb ihrer Bindung an das Recht bewegten (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch die spezifisch strafrechtliche Begrenzung durch das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) werde weitestgehend beachtet.

Damit konnte *Kuhlen* resümieren, dass seine Ausgangsthese im Wesentlichen unbestätigt geblieben sei: Eine „unbegrenzte Auslegung“ finde nicht statt, und die wachsende Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts sei vielfach nicht kritikwürdig oder die Kritik habe jedenfalls keine Aussichten auf Erfolg. Damit habe sich letztlich auch die Hoffnung als unbegründet erwiesen, die Einsichten zum Zusammenhang von materiellem Recht und Entformalisierung für eine Zurückdrängung der Absprachen fruchtbar machen zu können. Aus seinem Befund ergebe sich sogar eine Verschärfung des Abspracheproblems, weil informelle Erledigungsmöglichkeiten der höchstrichterlichen Normpräzisierung abträglich seien; es entstehe so ein „Konkretisierungsvakuum“.

III. Prof. Dr. *Heghmanns* befasste sich unter dem Titel „Ermittlungseingriffe auf schwachen Füßen? – Datenkauf, V-Leute und Tatprovokation“ mit den gesetzlichen Grundlagen praktisch gebräuchlicher, in der StPO gleichwohl nicht ausdrücklich geregelter Ermittlungsmaßnahmen. Dazu war freilich zwischen den unterschiedlichen Ermittlungsmaßnahmen zu differenzieren:

Soweit es V-Leute und nicht offen ermittelnde Polizeibeamte anbelangt, sah *Heghmanns* keine Probleme im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes. Bei deren Tätigwerden werde lediglich in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen, was auf der Grundlage der Ermittlungsgeneralklauseln (§§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO) möglich sei. Das Problem liege vielmehr auf der Ebene des einfachen Rechts. Hier seien beim Einsatz von V-Leuten und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten die für solche Eingriffe, nämlich im Wesentlichen Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen, vorgesehenen Eingriffsvoraussetzungen zu beachten, denn es handle sich um staatliche oder zumindest dem Staat zurechenbare Maßnahmen.

Beim agent provocateur lägen die Dinge völlig anders: Die Ermittlungsgeneralklauseln könnten solches Vorgehen nicht rechtfertigen, was sich auch daran zeige, dass das provozierende Verhalten zunächst nicht der Aufklärung, sondern der Hervorrufung von Straftaten diene. In der Sache handle es sich um eine präventive Maßnahme, die dementsprechend im präventivpolizeilichen Bereich fundiert werden solle.

Bedenken im Hinblick auf eine staatliche Straftatbeteiligung äußerte *Heghmanns* auch bezüglich des Ankaufs deliktisch erlangter Daten, wie er (mittlerweile nicht nur) in der Liechtensteiner Steueraffäre praktiziert worden sei. Die Ermittlungsgeneralklauseln könnten die Beteiligung an Straftaten nicht als „Ermittlungen jeder Art“ legitimieren; eine Rechtfertigung nach § 34 StGB scheitere regelmäßig am Abwägungs- oder am Angemessenheitserfordernis.

Insgesamt konnte *Heghmanns* danach als erstes Fazit festhalten, dass die Ermittlungsgeneralklauseln nicht alle genannten Ermittlungsmethoden tragen, jedenfalls nicht im Umfang der kriminalpolizeilichen Bedürfnisse. In den teilweise erhobenen Ruf nach dem Gesetzgeber wollte *Heghmanns* dennoch nicht einstimmen – zu entmutigend sei die Qualität der Gesetze, mit denen in den letzten Jahren nahezu alles technisch Mögliche legitimiert worden sei.

Heghmanns forderte stattdessen eine Neuorientierung: In Abkehr vom gewohnten Blick auf die Ermittlungsinstrumente, wie z.B. V-Mann oder agent provocateur, sei es sachgerecht, die gesetzlichen Regelungen bezogen auf die Art des jeweils in Rede stehenden Eingriffs zu lesen. Unter diesem Aspekt mache es dann z.B. keinen Unterschied (und würden die unterschiedlich hohen Eingriffsschwellen fragwürdig werden), ob eine intime Information durch eine Telekommunikationsüberwachung oder eine Wohnraumüberwachung erlangt werde. Eine Typizität dahingehend, dass bei der Wohnraumüberwachung Einblicke in Intimes näher liegen, könne mit einem geänderten Kommunikationsverhalten der nachwachsenden Generation durchaus an Überzeugungskraft verlieren. Diese Überlegungen gewannen bei den in Rede stehenden Ermittlungen (V-Mann, nicht offen ermittelnder Polizeibeamter, Lockspitzel, Datenkauf) deshalb noch an Überzeugungskraft, weil die Akteure auf Staatsseite aktiv auf die Informationserlangung hinwirkten und so im Vorhinein kaum determinierbar sei, ob sich etwa der Beamte auf bloßes Zuhören beschränken oder den Beschuldigten befragen oder eine sich bietende Situation zu einer Tatprovokation nutzen werde. Am Beispiel der Vernehmung führe dieses Konzept, wie Eingangs schon angedeutet, zur Anwendung der Vernehmungsregeln immer dann, wenn eine – offene oder verdeckte – Befragung von Beschuldigten oder Zeugen vorliege – gegebenenfalls mit der Folge der Unverwertbarkeit bei unterbliebener Belehrung. Dieses Ergebnis müsse die Strafverfolger deshalb nicht schrecken, weil die erlangten Erkenntnisse immerhin als Ermittlungsansätze Verwendung finden könnten. Beim agent provocateur und beim Datenkauf sei danach zu fragen, ob das in Rede stehende Verhalten rechtmäßig ist. Das sei in der Regel nicht der Fall; nur ausnahmsweise komme eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in Betracht.

IV. Der strafprozessualen Seite des Kolloquiums widmete sich auch der Vortrag von Prof. Dr. *Beulke* unter dem Titel „Siegeszug der Vernunft oder der Willkür? – Opportunitätseinstellungen im Strafverfahren“. Jedenfalls einen Siegeszug in der Praxis bescheinigte *Beulke* den Opportunitätseinstellungen gleich am Beginn seines Vortrags. Während vor einigen Jahrzehnten Bagatel- und Kleinkriminalität im Vordergrund gestanden hätten, sei § 153a StPO mittlerweile auch bei Wirtschaftsdelikten mit beträchtlichem Schadensvolumen etabliert. Diesem Befund aus der Praxis stellte *Beulke* die expansive Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen für Opportunitätseinstellungen an die Seite, um sich dann der Frage nach der Bewertung dieser Entwicklung („Vernunft oder Willkür“?) zuzuwenden.

Hierzu sei nach den „vier Hauptfunktionen“ der Opportunitätseinstellungen zu unterscheiden, diese seien:

- Entkriminalisierung der Bagatellkriminalität,
- Schaffung von Rechtsfrieden auch im Bereich mittlerer Kriminalität,
- Entlastung der Justiz sowie der Staatskasse und der
- Ausgleich für Versagen des Gesetzgebers oder für Scheinlösungen im materiellen Recht.

Die Entkriminalisierung im Bereich der Bagatellkriminalität sei grundsätzlich positiv zu beurteilen. Verfassungsrechtliche Bedenken, wie sie insbesondere gegen § 153a StPO erhoben würden (Unschuldsvermutung, Gewaltenteilungsgrundsatz, Bestimmtheitsgrundsatz), griffen nicht durch. Soweit der Gleichheitsgrundsatz berührt sei, sei dies der föderalistischen Staatsstruktur und nicht den Opportunitätsregeln zuzuschreiben. Ein Problem von erheblicher praktischer Bedeutung stellten allerdings Opportunitätseinstellungen zur Vermeidung sachlich gebotener Freisprüche dar. Hier handle es sich aber um eine Form des Missbrauchs, der nicht die sachliche Berechtigung der Opportunitätsvorschriften in Frage stellen könne.

Im Bereich der mittleren Kriminalität konstatierte *Beulke* zwar eine Verschärfung der erhobenen Bedenken, doch letztlich überwiegen die Vorteile der Entkriminalisierung. Der Vorwurf der „Klassenjustiz“ werde nur bezogen auf einzelne Verfahren erhoben; unterschiedliche Chancen von Beschuldigten in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, insbesondere durch Einschaltung hochdotierter Verteidiger, seien kein spezifisches Merkmal der Opportunitätseinstellungen. Die Erledigung zahlreicher Verfahren in der „Lichtensteinaffäre“ durch Einstellungen nach § 153a StPO schaffe Rechtsfrieden und nutze das in dieser Vorschrift steckende Resozialisierungspotential.

Im Hinblick auf die Ressourcen von Justiz und Staatskasse seien Opportunitätseinstellungen „unverzichtbar“. Da die Verurteilungsquote in den letzten 100 Jahren nicht gesunken sei, dürfe dieser Befund nicht überdramatisiert werden. Man müsse annehmen, dass eine höhere Verurteilungsquote nicht erforderlich sei. *Beulke* monierte allerdings die zunehmende Verhängung von Zahlungsaufgaben zugunsten der Staatskasse. Insbesondere aus „pädagogischen“ Gründen seien Auflagen zugunsten karitativer Einrichtungen vorzuzugewürdigt.

Eine weitere Funktion der Opportunitätseinstellungen sah *Beulke* schließlich im Ausgleich für gesetzgeberisches Versagen. Insbesondere politisch motivierte, an den Erwartungen der Bevölkerung orientierte Gesetze seien mitunter so problematisch, dass die in ihnen getroffenen Wertentscheidungen durch Opportunitätseinstellungen praktisch neutralisiert würden. Ein Beispiel hierfür sei das in § 1631 Abs. 2 BGB verbrieft Recht von Kindern auf eine gewaltfreie Erziehung. Begründe damit jede Backpfeife eine rechtswidrige Körperverletzung, so könnten nur Opportunitätseinstellungen einen – nicht ehrlichen – Ausweg aus der Strafbarkeit eröffnen. Als weiteren Anwendungsfall für Opportunitätseinstellungen aufgrund von Versagen des Gesetzgebers nannte *Beulke* die Untreuevorschrift (§ 266 StGB), die, etwa im „Fall Mannesmann“, kein klares Urteil ermögliche. An dieser Stelle räumte *Beulke* den Zusammenhang von Opportunitätseinstellungen und dem von *Kuhlen* beklagten „Konkretisierungsvakuum“ ein, meinte aber, eine Konkretisierung könne nicht „auf den Schultern der Betroffenen“ stattfinden.

Das insgesamt positive Fazit *Beulkes* zu den Opportunitätseinstellungen konnte nach alledem nicht mehr überraschen. Die Zeiten des „reinen Legalitätsprinzips“ seien vorbei.

V. Die schon mehrfach angesprochenen Absprachen standen im Mittelpunkt des Vortrags von Ministerialdirigent *Siegismund* unter dem Titel „Absprachen im Strafverfahren – Ausichten auf eine gesetzliche Regelung“. Hier zeigte sich in besonderer Weise die Aktualität der Tagung, denn *Siegismund* informierte über die am gleichen Tag getroffene Entscheidung des Bundesrats, auf eine Anrufung des Vermittlungsausschusses betreffend das vom Bundestag am 28.5.2009 verabschiedete Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren zu verzichten. So konnte er den Teilnehmern eine Textfassung vorlegen, wie sie aller Voraussicht nach Gesetz werden würde (und wie sie mittlerweile Gesetz geworden ist). *Siegismund* bot einen „Werkstattbericht“ zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes, ausgehend vom Urteil des 4. Strafsenats beim BGH von 1997 und den dort aufgestellten Grundsätzen für Urteilsabsprachen. Dem Bundesjustizministerium sei es u.a. darum gegangen, ein „Rechtsgespräch“ in das Strafverfahren zu integrieren, in dem die Verfahrensbeteiligten in transparenter Art und Weise über Möglichkeiten der Verständigung sprechen sollten. *Siegismund* berichtete außerdem von der Forderung des Bundesinnenministers, eine Kontrollinstanz für angemessene Strafen einzuführen und von der Ablehnung, die dieser Vorschlag in den Ländern erfahren habe. Die Absprachen seien zur Verfahrensbeschleunigung insofern alternativlos, als missbräuchliches Verteidigungsverhalten nach einer vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen Studie lediglich eine bescheidene Rolle spiele. Aufgefallen sei in diesem Zusammenhang, dass es relativ viele Fälle gegeben habe, bei denen ein „unstreitiger Sachverhalt“ vorliegt. Es sei aufgrund dessen die Idee entstanden, evtl. ein Verfahren zum „Unstreitigstellen“ von Sachverhalten oder Sachverhaltsteilen einzuführen. Es sei auch die Frage aufgeworfen worden, ob es im deutschen Strafprozessrecht zu viele Rechtsmittel gibt.

Eine gesetzliche Regelung der Absprachen sei auch mit Blick auf die Forderung des *Großen Senats* für Strafsachen des BGH ohne Alternative gewesen. *Siegismund* präsentierte die wichtigsten Eckdaten der neuen gesetzlichen Regelung in § 257c StPO. Er hob hervor, dass die Grundsätze der Strafzumessung durch das neue Gesetz „unberührt“ bleiben sollen (was bereits an dieser Stelle eine skeptische Bemerkung von Generalbundesanwältin *Harms* provozierte); in der Praxis führten Absprachen gelegentlich durchaus zu höheren Strafen als dies gemeinhin kolportiert werde. Er betonte, dass nach der neuen Rechtslage die Gegenleistung des Beschuldigten bei der Verständigung nicht unbedingt immer in einem Geständnis bestehen müsse, auch eine Entschädigungszusage an das Opfer oder Ähnliches seien denkbar.

Insgesamt sei das neue Gesetz nicht etwa ein „Abschied vom Strafprozess“, sondern eine Grenzziehung für die Absprachenpraxis. Die gesetzliche Regelung der Verständigung ermögliche weder einen „Handel mit der Gerechtigkeit“, noch leiste sie der Mausechlei Vorschub.

VI. Prof. Dr. *Jehle*, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Kriminalwissenschaften der Universität Göttingen, hielt einen Vortrag mit dem Titel „Ergebnisse eines europäischen Projekts zu den Verfahrenserledigungen“. Ausgangspunkt war hierbei die Überlastung der Kriminaljustiz als länderübergreifendes Phänomen. Betont wurde die in ganz Europa herrschende große Diskrepanz zwischen Tatverdächtigen- und Verurteiltenzahlen, welche dadurch entstanden sei, dass die Tatverdächtigenzahlen stetig gestiegen seien und sich heute auf hohem Niveau hielten, wohingegen die Verurteiltenzahlen infolge zunehmender Verfahrenseinstellungen weitgehend konstant geblieben seien. *Jehle* stellte ein synthetisches Modell der Kriminaljustizsysteme der großen europäischen Staaten vor, wobei die verschiedensten Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung zueinander in Bezug gesetzt wurden. Es erfolgte ein Vergleich des niederländischen „Transaktionsverfahrens“ mit der Einstellung nach § 153a StPO. Betont wurde hierbei, dass in den Niederlanden detaillierte Vorgaben für zu verhängende Auflagen in untergesetzlichen Normen zu finden seien. Eine detaillierte Regelung der Voraussetzungen des § 153a StPO und der zu verhängenden Auflagen in einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung wurde von *Jehle* als wünschenswert bezeichnet. Als weitere Form der Verfahrensvereinfachung behandelte *Jehle* die Urteilsabsprachen in einem kursorischen Vergleich der diesbezüglichen englischen, französischen, polnischen und deutschen Regelungen. *Jehle* wies auf die Besonderheiten der deutschen Bestimmung hin und betonte insbesondere, dass das Initiativrecht, welches das Gericht in Deutschland in Bezug auf die Absprache hat, in den anderen europäischen Staaten so nicht existiere. Abschließend präsentierte *Jehle* seine Schlussthesen. Der Druck auf die Justiz durch erhöhte Arbeitsbelastung führe zu Strategien der Vereinfachung und Verkürzung. Ein vollumfängliches Strafverfahren sei die Ausnahme geworden. Deshalb seien Gleichheit und Gerechtigkeit bedroht. Vor allem gelte es, im Bagatellbereich zu entkriminalisieren und die Opportunitätsentscheidungen an präzise gesetzliche Voraussetzungen zu knüpfen.

VII. Die an die Vorträge anschließende Podiumsdiskussion wurde von Generalbundesanwältin Prof. *Harms* eröffnet, die sich insbesondere auf das Thema der „Absprachen“ konzentrierte und den Gesetzgeber mit starken Worten kritisierte: Mit der Neuregelung sei der herkömmliche Strafprozess tot und die Beteiligten klatschten auch noch Beifall; draußen stehe die Gerechtigkeit und weine. An dieser Fehlentwicklung hätten Strafverteidiger, Richter und Staatsanwälte gleichermaßen mitgewirkt. Schon die Grundsätze des 4. *Strafsenats* hätten in der Praxis kaum Beachtung gefunden, ihre Befolgung sei als lebensfremd belächelt worden. Jeder Deal habe seinen Preis und der Grundsatz schuldangemessenen Strafens bleibe auf der Strecke, zumal es auch Vereinbarungen über den Schuldumfang gebe. Die „erdealten“ Geständnisse seien teilweise nur eine halbe Seite lang und man könne nicht ernsthaft glauben, dass bei deren Zustandekommen die Grundsätze des Strafverfahrens aufrecht erhalten würden. Es sei nicht damit zu rechnen, dass sich durch die gesetzliche Regelung an alledem etwas ändern werde.

Die Justiz stehe unter starkem Druck; immer komplexere Regelungen bei einer immer feiner differenzierenden Rechtsprechung müssten mit einer unzureichenden Personalausstattung bewältigt werden. In dieser Drucksituation diene manchem Richter der Deal als „Nötigungsinstrumentarium“: Noch vor eingehender Aktenlektüre komme der Griff zum Telefon. Man solle die Probleme der Justiz auf andere Weise lösen, z.B., indem man darüber nachdenkt, das Beweisantragsrecht zu verschlanken (Rechtsmissbrauchsregelung); man solle nachjustieren, ohne Grundsätze aufzugeben.

VIII. In der weiteren Diskussion wurden die unterschiedlichen Standpunkte unter Beteiligung aus dem Publikum verdeutlicht und vertieft. *Siegismund* warf *Harms* vor, ein „Zerrbild“ der Justiz zu zeichnen. Es sei lediglich gegen „Auswüchse“, die es mit oder ohne gesetzliche Regelung gebe, vorzugehen. Dagegen meinte *Harms*, es handle sich nicht bloß um „Auswüchse“. Es gehe auch nicht darum, den Richtern Vorwürfe zu machen; diese seien einfach schlecht ausgestattet und müssten, wenn sie „durchverhandeln“, Nachteile für ihre Karriere in Kauf nehmen.

Aus dem Publikum meldete sich RiLG Prof. Dr. *Ambos*. Er äußerte vorab, dass die Kritik an der Praxis seiner Ansicht nach überzogen sei. Säßen englische Kollegen im Publikum würden diese sich wundern, mit welcher negativer Grundhaltung das „Dealn“, das sonst überall gang und gäbe sei, diskutiert werde. Das Gesetz zu den Absprachen sei alternativlos. Zu § 257c Abs. 4 StPO wollte *Ambos* wissen, wie man es sich vorzustellen habe, dass die Bindung des Gerichts an das Geständnis entfällt, wenn der Deal scheitert. Die Richter und Schöffen würden ja das Geständnis kennen und es sei eigentlich eine neue Kammer nötig, weil das Geständnis ansonsten doch in das Urteil einfließe. Des Weiteren fragte *Ambos*, ob die Voraussetzungen, unter denen nach § 257c Abs. 4 StPO die Bindung an den Deal entfällt, nicht näher hätten bestimmt werden müssen. Dort sei nur von „bedeutsamen Umständen“ etc. die Rede. Weiter fragte *Ambos*, ob die Aufrechterhaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht ein Lippenbekenntnis sei. Bei einem Deal werde nicht mehr ermittelt. Insofern sei

das Gesetz kein „ehrliches Gesetz“. Zuletzt wollte *Ambos* noch wissen, warum man im Hinblick auf das Ziel „Beschleunigung des Strafverfahrens“ denn den Rechtsmittelverzicht nicht zulasse. Es wäre doch nur logisch, einen solchen vorzusehen, da es sich beim Deal ja um ein *do ut des* handle.

Siegismund beantwortete die Frage von *Ambos*, was mit dem Geständnis geschehen solle, wenn es nun einmal in der Welt ist, mit dem Hinweis, dass derartige Konstellationen auch bei Beweisverwertungsverböten häufiger vorkämen. Auf die Frage nach der Präzisierung der Voraussetzungen des § 257c Abs. 4 StPO meinte er, man könne z.B. darüber nachdenken, darauf abzustellen, aus wessen Verantwortungsbereich das Hindernis für die Verständigung kam. Zur Amtsaufklärungspflicht antwortete er, diese sei keine Kulisse; es könne in der Tat verlangt werden, dass alles aufgeklärt wird. Auf die Frage nach dem „Rechtsmittelverzichtsverbot“ antwortete er, dies sei installiert worden, um Druck auf den Angeklagten zu verhindern. Zugleich wies er allerdings auf die Möglichkeit einer Einlegung und sofortigen Rücknahme des Rechtsmittels hin!

Des Weiteren äußerte sich aus dem Publikum Prof. Dr. *Schall*, der die These von *Kuhlen* teilte, dass die Probleme nicht aus dem materiellen Recht stammten: Früher seien die Gesetze auch nicht bestimmter gewesen und auch die Defizite bei der Auslegung seien nicht größer geworden. An *Beulke* gerichtet sagte er, er halte die Anwendung von § 153a StPO zur Entkriminalisierung für problematisch. Die Anwendungsvoraussetzungen von § 153a StPO müssten präzisiert werden. Es handle sich schließlich doch um eine Sanktion. *Schall* sprach zudem von einem „Verlust an Rechtskultur“: Große Wirtschaftsprozesse gerieten zum Tauziehen um § 153a StPO und auf diese Weise würden materiellrechtliche Fragen von den Obergerichten ferngehalten. Die handlungsleitende, normstabilisierende Funktion des Strafrechts gehe auf diese Weise verloren und es entstehe ein Verlust an Akzeptanz der Strafnormen.

Beulke stimmte dem insoweit zu, als eine Klärung materiellrechtlicher Fragen durch die Rechtsprechung notwendig sei. Allerdings werde die „Einstellungsproblematik“ gar nicht bei klassischer Kriminalität aktuell. Es handle sich vielmehr entweder um Bagatellen (was meist unproblematisch sei) oder um unbestimmte (häufig neuere) Strafgesetze.

Wenn hier angeklagt und dem Beschuldigten – wie regelmäßig – § 17 StGB nicht zugebilligt würde, so müsste zunächst ein willkürlich herausgegriffener Beschuldigter „den Kopf hinhalten“. Da sei es doch besser, § 153a StPO anzuwenden, als symbolisch zu bestrafen.

Aus dem Publikum meldete sich Prof. Dr. *Rosenau* zu Wort, der die Bedeutung rechtsvergleichender Aspekte betonte. Schließlich bestehe überall ein Bedürfnis nach dem „Deal“. In den USA habe es eine ganz ähnliche Debatte Mitte der Siebzigerjahre gegeben, woraufhin der Supreme Court 1975 ebenfalls einen Gesetzesentwurf zum Deal gefordert habe. Er habe das Gefühl, dass in Deutschland dieselbe Entwicklung wie in den USA verlaufe, nur 30 Jahre versetzt. An *Harms* richtete er die Bemerkung, dass keine der Prozessmaximen an sich sakrosankt sei und dass das Gesetz sich evtl. nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz (unter

Berücksichtigung von Opferschutz und Beschleunigungsgebot) rechtfertigen ließe.

Eine Staatsanwältin aus dem Publikum warnte davor, etwas zu verrechtlichen, was in der Praxis funktioniere. Mit Hilfe von § 153a StPO gelinge in der Praxis die Herstellung von Rechtsfrieden in den Bereichen kleiner und mittlerer Kriminalität. Eine genauere Regelung der Voraussetzungen des § 153a StPO führe ihrer Ansicht nach zur „Erstarrung“ dieser Vorschrift und zu einem Verlust an Flexibilität.

Jehle führte noch an, dass eine Verbesserung der Ressourcen der Justiz wünschenswert wäre, dass dies aber illusorisch sei. Entkriminalisierung sei eine ehrliche Methode, um der Überlastung der Justiz Herr zu werden. Für § 153a StPO sei im Bereich der Kleinkriminalität eine ähnliche Entwicklung wie diejenige des niederländischen Transaktionsverfahrens wünschenswert. Für große Wirtschaftsstrafverfahren passe § 153a StPO allerdings nicht.

Kuhlen bemerkte gegen *Beulke* gerichtet, bei gesetzlichen Unschärfen seien die materiellrechtlichen Fragen zu klären und gegebenenfalls mit dem Verbotsirrtum zu arbeiten. Gegen *Ambos* wies *Kuhlen* darauf hin, dass die Kritik am Deal keine Kritik an der Justiz anderer Staaten impliziere. Die Absprachen passten nur nicht zur Strafprozessordnung, z.B. im Hinblick auf das Prinzip der materiellen Wahrheit. Zu *Harms* sagte er, sie habe Recht, wenn sie von einem Paradigmenwechsel spreche; das völlige Absehen von der materiellen Wahrheit sei bereits Realität. Zumindest habe das neue Absprachen-Gesetz aber den Vorzug, dass Richtern nicht mehr der Vorwurf der Rechtsbeugung gemacht werden könne, wenn sie nur dasjenige tun, was das Gesetz vorsieht.

Heghmanns äußerte sich dahingehend, dass durch das Verständigungsgesetz der Strafprozess nicht zu Grabe getragen werde. Das neue Gesetz werde ebenso wenig wie die Rechtsprechung zum Deal die Verfahrensbeteiligten „domestizieren“ können. Es sei davon auszugehen, dass an dem Gesetz „vorbeigedealt“ werde. Bezüglich der Rechtsbeugung erwarte er angesichts der gesetzlichen Vorgaben eine Zunahme entsprechender Vorwürfe.

IX. Ein *Fazit* muss zunächst festhalten, dass die Veranstaltung erheblichen Gewinn vor allem durch die Zusammenschau von materiellem und formellen Recht unter dem einheitlichen Blickwinkel des Verlusts an Gesetzesform erbrachte. Dabei bestand wohl weitgehend Einigkeit insofern, als die Gesetzesbindung weniger durch Unschärfen des materiellen Rechts, als vielmehr durch eine zunehmende Entformalisierung des Verfahrens an Kraft einbüßt. Über die Beurteilung dieser Entwicklung herrschte dagegen tiefgreifende Uneinigkeit: Diese betraf noch nicht die grundsätzliche Notwendigkeit, Bagatellkriminalität auszuschneiden; insofern herrschten lediglich unterschiedliche Vorstellungen darüber, ob hierfür der Strafprozess der richtige Ort ist oder ob Entkriminalisierung nicht vielmehr bereits im materiellen Strafrecht ansetzen müsste. Im Übrigen wurden die Erledigungsmöglichkeiten jenseits des „klassischen“ strafprozessualen Programms, insbesondere die Absprachen, teils als praktikable und rechtsfriedensstiftende Erledigungsformen und teils als Auflösung grundlegender gerechtigkeitssichernder Prinzipien aufgefasst.

Das erklärt auch die Emotionalität, mit der die Debatte über diese „Schicksalsfrage“ des Strafprozesses über weite Strecken geführt wurde. Die Kluft, die sich durch Wissenschaft und Praxis gleichermaßen zieht, vermag in einer solch grundsätzlichen Frage durchaus zu beunruhigen. Die Entscheidung des Gesetzgebers wird – nach wohl überwiegender Auffassung der Tagungsteilnehmer – lediglich verbal die Prinzipien der Amtsaufklärungspflicht und der schuldangemessenen Strafe unberührt lassen. Die Debatte hat mit dem neuen Gesetz sicherlich keinen Abschluss gefunden, sondern ist lediglich in eine neue Runde gegangen.

Die Beiträge erscheinen demnächst in einem von *Murmann* herausgegebenen Band der Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften.

Die Umsetzung der Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit

Expertengespräch an der Deutschen Hochschule der Polizei am 9.9.2010

Von Wiss. Mitarbeiterin **Laura Birkenstock**, Münster*

Der Rahmenbeschluss 2008/913/JI vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit¹ sieht nach seinem Wortlaut u.a. vor, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union das öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen sämtlicher Genozide, sämtlicher Verbrechen gegen die Menschlichkeit und sämtlicher Kriegsverbrechen unter Strafe stellen (Art. 1 Abs. 1 lit. c des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI). Die Strafbarkeit kann dabei von den Mitgliedstaaten davon abhängig gemacht werden, dass die Äußerung „wahrscheinlich zu Gewalt oder Hass gegen solch eine Gruppe oder gegen ein Mitglied solch einer Gruppe“ – zu deren Nachteil das gebilligte etc. Verbrechen begangen worden ist – „aufstachelt“.

Die Rahmenvorgaben der dem deutschen Gesetzgeber aufgetragenen Umsetzung des Beschlusses erscheinen allerdings keineswegs spannungsfrei. Insbesondere die (eventuell erforderliche) Ausweitung des § 130 StGB scheint diskussionsbedürftig. Vor diesem Hintergrund fand am Nachmittag des 9. September ein Expertengespräch an der Deutschen Hochschule der Polizei (DHPol) statt.

Mit einer Bestandsaufnahme führte Prof. Dr. Peter Rackow (Deutsche Hochschule der Polizei) in die Thematik ein. Neben der Betrachtung des geltenden Rechts nahm er hier Bezug auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses², der davon ausgeht, dass eine Modifikation des geltenden Rechts über die Erweiterung des § 130 StGB auf „Teile der Bevölkerung“ hinaus nicht erforderlich sei, da die vom Rahmenbeschluss gemachten Vorgaben bereits durch das geltende Recht, insbesondere durch den Tatbestand der Beleidigung, abgedeckt seien.

Dr. Gunter Warg (Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung) exemplifizierte äußerst anschaulich anhand von Fällen aus seiner Praxis die möglichen Auswirkungen des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI im Extremismus-Bereich. Er wies insoweit zunächst einschränkend darauf hin, dass nicht jede politische Straftat mit politischem Extremismus gleichzusetzen sei, für dessen Aufklärung der Verfassungsschutz zuständig ist. Für den Verfassungsschutz sei nach §§ 3, 4 Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Bestrebung gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung entscheidend. Ein öffentliches Billigen, Leugnen oder eine „gröbliche Verharmlosung“, z.B. eines Völkermordes i.S.v.

Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI, könne insoweit Teil bzw. Motor eines solchen zielgerichteten Agierens sein, müsse es aber nicht sein.

Durch die Umsetzung des Rahmenbeschlusses würden neben der „klassischen“ Holocaustleugnung im Rechtsextremismus auch weitere Äußerungen aus anderen extremistischen Phänomenbereichen, die dann unter Umständen erstmalig in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden geraten könnten. Als Beispiel für eine linksextremistische Gruppierung, die die Billigung, Verharmlosung oder Leugnung von Völkermorden, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit betreibt, nannte Warg das „Internationale Komitee für die Verteidigung von Slobodan Milosevic“ (ICDSM). Dessen ursprüngliches Ziel sei die Freilassung des im Oktober 2000 gestürzten und vor dem ICTY in Den Haag der Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagten Slobodan Milosevic gewesen. Milosevic werde nun nach seinem Tod weiterhin als Präsident verherrlicht, der für die Gleichheit aller Völker, Personen und ethnischen Gruppen in einer sozial gerechten und demokratischen Gesellschaft stehe. Die Internetseite der deutschen Sektion des ICDSM³ befasse sich aktuell vorwiegend mit dem im Juli 1995 von serbischen Einheiten in der Nähe der Kleinstadt Srebrenica an etwa 8.000 Muslimen verübten Massaker. Sowohl die UN als auch der Internationale Gerichtshof deklarieren diese Gräueltaten bekanntlich als Völkermord.⁴ Das ICDSM dagegen stelle auf seiner Internetseite eine Sammlung von Schriften vor, die die Vorgänge in Srebrenica leugneten oder verharmlosten. Bei einem weiteren Dokument in der Sammlung des ICDSM handele es sich um ein Interview in der „jungen Welt“ (jW) mit Edward S. Herman, emeritierter Professor für Finanzwirtschaft an der Universität von Pennsylvania/USA, unter der Überschrift „In Bosnien hat kein Völkermord stattgefunden“. In beiden Fällen könnten die im EU-Rahmenbeschluss genannten Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 lit. c bzw. der Tatbestand des § 130 Abs. 1 StGB erfüllt sein, soweit eine derartige öffentliche Leugnung bzw. Verharmlosung des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit geeignet sei, den öffentlichen Frieden zu stören und zu Gewalt oder Hass aufzustacheln.

Was nun das Relativieren von Völkermord etwa im islamistischen Bereich angehe, sei z.B. bei der HAMAS auf allen Ebenen der Organisation ein Vergleichen/Gleichsetzen (in unterschiedlichen Abstufungen) des israelischen Vorgehens in den palästinensischen Gebieten mit den unter den Nationalsozialisten begangenen Verbrechen verbreitet. Ein aktuel-

* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin des FG 06 Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei.

¹ ABl. EU 2008 Nr. L 328, S. 55.

² BR-Drs. 495/10, mittlerweile in den Bundestag eingebracht: BT-Drs. 17/3124.

³ Vgl. <http://www.free-slobo.de/>.

⁴ Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (letzter Aufruf: 27.10.2010); siehe auch Meyer, HRRS 2007, 218.

ler Anlass für Islamisten zur Aufstachelung zu Hass bzw. Gewalt sei die Militäraktion Israels gegen einen Schiffskonvoi vor Gaza am 31.5.2010. Auf arabisch- und türkischsprachigen jihadistischen Internetseiten und Foren fänden sich zahlreiche anti-israelische und anti-jüdische Äußerungen zu der Operation, mit denen generell zu Gewalt und zur Auslöschung des Staates Israel aufgerufen wird. Auch in deutschsprachigen jihadistischen Internetforen fänden sich zahlreiche antisemitische User-Kommentare, so sei etwa zum Boykott gegen „Judenprodukte“ aufgerufen worden.

Die Mehrzahl der o.g. vom Rahmenbeschluss inkriminierten und dem extremistischen Spektrum zuzurechnenden Äußerungen dürfe allerdings wohl bereits durch die aktuelle Fassung des § 130 StGB erfasst werden. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.8.2010 gehe daher nach Ansicht *Wargs* auch zu Recht davon aus, dass das deutsche Strafrecht den Vorgaben des Rahmenbeschlusses bereits weitgehend entspricht.⁵ Auswirkungen habe die Umsetzung aber zum einen nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses dahingehend, dass damit alle europäischen Staaten die Möglichkeit hätten, Vereine, Organisationen usw. zu verbieten, die für vom Rahmenbeschluss erfasste volksverhetzende Äußerungen verantwortlich seien. Bisher bestehe in einigen Staaten nur die Möglichkeit des Verbots, wenn eine Organisation die Anwendung von Gewalt befürwortete, d.h. mit terroristischen Mitteln agiere. Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI verkleinere somit die Rückzugsräume auch für die nicht gewaltbejahenden extremistischen Gruppierungen. Eine weitere für *Warg* nicht unbedeutende Auswirkung betreffe die informationelle Zusammenarbeit des Verfassungsschutzes mit der Polizei: Werde der Anwendungsbereich des § 130 StGB ausgedehnt, treffe die Verfassungsschutzbehörden auch eine erweiterte Pflicht zur Übermittlung von Erkenntnissen, die zur Verhinderung oder Verfolgung zumindest der extremistisch motivierten Volksverhetzungsdelikte erforderlich seien. Da auch umgekehrt Übermittlungspflichten bzw. -möglichkeiten der Polizei gegenüber dem Verfassungsschutz beständen, dürfte sich der Informationsaustausch über volksverhetzende Äußerungen künftig insgesamt verbessern.

Christian Krebs (Niedersächsische Landesmedienanstalt Hannover), beleuchtete den Rahmenbeschluss aus medienrechtlicher Sicht, insbesondere hinsichtlich der Konsequenzen für die Tätigkeiten der Landesmedienanstalt. *Krebs* griff die Modalität des öffentlichen Verbreitens von „anderem Material“, das zu Hass oder Gewalt aufstachelt; das Verbreiten könne auch über eine Internetpräsenz erfolgen. Was nun insoweit unzulässige Inhalte sind, sei in § 4 Jugendmedien-schutzstaatsvertrag (JMStV) geregelt. Im Moment bestehe demnach die Möglichkeit, davon erfasste Angebote zu beanstanden. So genannte „Schockerseiten“ seien in letzter Zeit besonders häufig in das Internet eingestellt worden. Diese Seiten wiesen eigentlich gar keine Inhalte auf, sondern dienten lediglich dem Schockieren der Anschauenden, wahlweise würden darin Gewalttätigkeiten oder die Opfer von Gewalttätigkeiten gezeigt.

Vergleiche man die aktuelle medienrechtliche Lage nun mit den Anforderungen des Rahmenbeschlusses, würden die Anforderungen an den Tatbestand des § 4 JMStV durch die Voraussetzung des „gröblichen“ Verharmlosens nach Einschätzung von *Warg* durchaus gesteigert. Ferner werde das Wort „Kriegsverbrechen“ bislang nicht erfasst und auch das Wahrscheinlichkeitskriterium brächte in der Praxis sicherlich Handhabungsschwierigkeiten. *Krebs* führte den Zuhörern sodann anhand einer auf die Beendigung des Auslandseinsatzes der Bundeswehr in Afghanistan abzielenden Internetseite, auf der das Bild der verkohlten Leiche eines deutschen Soldaten in einen scheinbaren Werbekontext eingebettet wurde, die unterschiedliche Handhabung solcher „Schockerseiten“ nach jetziger und eventueller künftiger Rechtslage (nach Umsetzung des Rahmenbeschlusses) vor Augen. De lege lata läge ggf. ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 5 JMStV vor. Nähme man nun den Rahmenbeschluss beim Wort(-laut), so ergäben sich de lege ferenda allerdings ggf. Schwierigkeiten eine Handlung zu erfassen, die erkennbar kaum geeignet ist, Hass gegen die dargestellten Opfer von Kriegsverbrechen hervorzurufen. Zweck der vorgestellten Seite sei nämlich letztlich der Bundeswehr-Abzug und nicht ein Aufstacheln zu Hass oder Gewalt. Je nach Umsetzung des Rahmenbeschlusses würden daher interessanterweise wohl eher weniger als mehr Fälle medienrechtlich erfasst bzw. beanstandet werden können. Die bestehende Rechtslage reiche in medienrechtlicher Hinsicht somit weitgehend aus. Außerdem drohe die im Rahmenbeschluss vorgesehene Prognose, dass eine Äußerung „wahrscheinlich zu Gewalt oder Hass [...] aufstachelt“, die tatsächlichen Anwendungsbereiche deutlich zu beschränken. Die Auswirkungen des Rahmenbeschlusses im Medienbereich seien allerdings insgesamt eher gering.

Dr. Stefanie Bock (Georg-August-Universität Göttingen) kritisierte zunächst den Gesetzentwurf der Bundesregierung. Es erscheine sehr fraglich, ob dieses Vorhaben tatsächlich ausreiche. Rahmenbeschlüsse seien zwar nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich und die Wahl der Form und Mittel zur Zielerreichung den Mitgliedstaaten überlassen; allerdings werde der mitgliedstaatliche Spielraum begrenzt durch den effet-utile-Grundsatz: Die Mitgliedstaaten müssten Formen und Mittel wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Maßnahme unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks am besten eignen. An diesen Vorgaben müsse sich auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung messen lassen.

Die vom Rahmenbeschluss verlangte Pönalisierung öffentlicher Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen näher definierte Gruppen von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe (Art. 1 Abs. 1 lit. a des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI) seien auch *Bocks* Ansicht nach bereits weitestgehend vom Straftatbestand der Volksverhetzung abgedeckt, so dass lediglich die Erfassung agitativer Hetze gegen Einzelpersonen und ausländische Gruppierungen zu ergänzen sei.

Indes verlange der Rahmenbeschluss auch, das öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen unter Strafe zu stellen, soweit die Handlung in

⁵ BR-Drs. 495/10, S. 4 ff.

einer Weise begangen werde, die wahrscheinlich zu Gewalt oder Hass aufstachele. Verbreitet sei insoweit nun erwartet worden, dass zur Umsetzung dieser Vorgabe § 130 Abs. 3 StGB entsprechend zu ergänzen sei.⁶ Die Bundesregierung verstehe den Rahmenbeschluss allerdings so, dass das Billigen, Leugnen und gröbliche Verharmlosen von völkerrechtlichen Verbrechen nur dann unter Strafe gestellt werden müsse, wenn die Handlung zu Gewalt oder Hass aufstachele, so dass sich die geforderte Kriminalisierung stets aus § 130 Abs. 1 StGB ergäbe. Diese Interpretation sei jedoch weder mit dem Wortlaut noch mit der Systematik des Rahmenbeschlusses vereinbar. Art. 1 Abs. 1 lit. c des Rahmenbeschlusses stehe lediglich unter der einschränkenden Voraussetzung, dass die Handlung „wahrscheinlich“ zu Gewalt oder Hass aufstachele. Auch wenn diese Formulierung nach *Bock* denkbar unbestimmt sei, so werde doch deutlich, dass hiermit Handlungen erfasst werden sollten, die im Vorfeld der Aufstachelung stattfänden. Dies ergebe sich auch aus den divergierenden Formulierungen in den lit. a und b („Aufstachelung“) und lit. c und d („wahrscheinlich [...] aufstachelt“). Die gegenteilige Auffassung der Bundesregierung werde nicht nur diesen sprachlichen Unterschieden nicht gerecht, sondern führe auch zu dem systematisch wenig überzeugenden Ergebnis, dass die lit. c und d dann bloße Untergruppen der lit. a ohne eigenständigen Anwendungsbereich wären. Da § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB aber nicht erfüllt sei, wenn die Handlung nur „wahrscheinlich“ zu Hass oder Gewalt aufstachele, könne dieser die Vorgaben des Rahmenbeschlusses gar nicht vollständig abdecken.

Der Hinweis auf die Strafbarkeit des Billigens völkerrechtlicher Verbrechen gem. § 140 Nr. 2 StGB i.V.m. § 126 Abs. 1 Nr. 2 StGB sei bereits wegen der unterschiedlichen Bezugsobjekte verfehlt. Der Rahmenbeschluss beziehe sich nämlich auf die Art. 6-8 IStGH-Statut, § 126 StGB hingegen auf die §§ 6-12 VStGB. Auch wenn es erklärtes Ziel des deutschen Gesetzgebers gewesen sei, mit Erlass des VStGB die deutsche Rechtslage an das IStGH-Statut anzupassen, so seien die Tatbestände dennoch nicht vollständig deckungsgleich. Vielmehr gehe das VStGB zum Teil über das IStGH-Statut hinaus, bleibe zum Teil jedoch auch hinter dem internationalen Standard zurück. Jedenfalls sei § 140 StGB für die geforderte Pönalisierung des Leugnens und gröblichen Verharmlosens völkerrechtlicher Verbrechen gänzlich irrelevant.

Die Einordnung der in lit. c und d genannten Verhaltensweisen bei der Beleidigung sei dagegen denkbar. Insbesondere die Rechtsprechung favorisiere eine weite Auslegung der §§ 185 ff. StGB und tendiere dazu, die Leugnung des Holocausts als Ehrverletzung aller lebenden Juden anzusehen. Besondere Beachtung verdiene in diesem Zusammenhang Art. 1 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, nur solche Handlungen unter Strafe zu stellen, die eine Drohung, Beschimpfung oder Beleidigung

darstellten. Vor diesem Hintergrund dränge sich in der Tat die Frage auf, ob die europäischen Anforderungen bereits durch § 185 StGB abgedeckt seien. Andererseits müsse man davon ausgehen, dass in sämtlichen europäischen Staaten Beleidigungen strafbar seien. Würden bereits dadurch die Vorgaben des Rahmenbeschlusses erfüllt, bestünde in keinem Mitgliedstaat Handlungsbedarf; die Maßnahme wäre sinnlos und inhaltsleer. Den Rahmenbeschluss auf diese Weise zu interpretieren, sei daher mit dem *effet-utile*-Grundsatz kaum vereinbar. Hinzu trete ein systematisches Argument. Gem. Art. 4 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI müssten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass bei „anderen“ als den in den Art. 1 und 2 genannten Straftaten rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe bei der Strafzumessung berücksichtigt werden (könnten). Würde man es als ausreichend erachten, die Billigung, Leugnung und Verharmlosung völkerrechtlicher Verbrechen als Beleidigung zu verfolgen, wäre der Verweis auf „andere“ als die genannten Straftaten sinnlos. Es wäre dann ausreichend gewesen, allgemein die Einführung einer rassistischen Gesinnung als strafscharfenden Faktor zu verlangen. Nach alledem werde man zu dem Schluss kommen müssen, dass mit der *de lege lata* gegebenen Kriminalisierung der Beleidigung den Anforderungen des Rahmenbeschlusses noch nicht genüge getan sei.

Auch nach Übernahme der von der Bundesregierung ins Auge gefassten Änderungen erfülle das deutsche Recht somit nicht die Anforderungen des Rahmenbeschlusses. Aus europarechtlicher Sicht scheine eine Erstreckung des § 130 Abs. 3 StGB auf sämtliche völkerrechtliche Verbrechen unvermeidlich. Aus kriminalpolitischer Sicht sei die Zurückhaltung der Bundesregierung hingegen verständlich, da hiermit nicht unerhebliche Probleme verbunden seien. Während die Strafbarkeit der Billigung oder Verharmlosung von Gewaltverbrechen der NS-Zeit durchaus einleuchte, sei diese, so *Bock*, nicht ohne weiteres auf sämtliche Kriegsverbrechen übertragbar. Zu bedenken sei, dass das humanitäre Völkerrecht, einen Ausgleich zwischen militärischen Erfordernissen und humanitären Erwägungen anstrebt. Die Grenze zwischen Kriegsverbrechen und legalem Kampfeinsatz sei daher denkbar schmal; mit einer Erweiterung des § 130 Abs. 3 StGB auf Kriegsverbrechen würde nun bereits die Diskussion der Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens in gefährliche Nähe zur Billigung oder Verharmlosung einer Tat rücken.

Zudem drohten erhebliche Beweisprobleme. Geleugnet werden könne nur eine historische Tatsache; ein Abstreiten von Geschehnissen, die im Einzelnen noch wissenschaftlich umstritten seien, sei nicht tatbestandsmäßig. Die unter dem NS-Regime begangenen Gräueltaten seien – nicht zuletzt durch die Nationalsozialisten selbst – hervorragend dokumentiert und Gegenstand zahlreicher Forschungsprojekte, so dass es wegen Offenkundigkeit (§ 244 StPO) keiner Beweisaufnahme bedarf.⁷ Dies gelte aber nicht im gleichen Maße für andere völkerrechtliche Verbrechen. Auch schwerste Menschenrechtsverletzungen könnten nahezu unbemerkt von der Weltöffentlichkeit begangen werden. Die Beweisprobleme

⁶ Siehe hierzu auch *Krauß*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 130 Rn. 25; *Lohse*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2009, § 130 Rn. 8; *Rackow*, ZIS 2010, 366 (367).

⁷ BGHSt 40, 97 (99) = NJW 1994, 1421 = NSTz 1994, 390.

potenzierten sich, wenn nicht das Gesamtgeschehen, sondern nur eine einzelne Handlung gezeugnet werde.

Ungeachtet solcher und ähnlicher Probleme könne es aber trotzdem keine Lösung sein, dem europäischen Gesetzgeber den Gehorsam zu verweigern. Der Rahmenbeschluss müsse seiner Zwecksetzung entsprechend umgesetzt werden. Dabei sollten andererseits alle im Rahmenbeschluss vorgesehenen Möglichkeiten zur Begrenzung des Tatbestandes genutzt werden, namentlich die Beschränkung auf „gröbliches“ Verharmlosen, sowie auf Taten, die von einem internationalen Gericht rechtskräftig festgestellt worden seien.

Prof. Dr. Arndt Sinn (Universität Osnabrück) nahm als ersten „Aha-Effekt“ der bisherigen Vorträge mit, dass scheinbar eine Kehrtwende stattgefunden habe. Während man früher europäische Vorgaben häufig mit Skepsis entgegen genommen und jedenfalls Vorbehalte gehabt habe, ihnen mit Eifer nachkommen zu müssen, scheine man inzwischen zumindest teilweise der Auffassung zu sein, man setze noch nicht genug in nationales Recht um. So habe man vor der Diskussion um die Umsetzung des Rahmenbeschlusses darüber diskutiert, ob nicht der Subsidiaritätsgrundsatz verletzt sei.⁸ Denn nach EU-Recht müssten besondere Gründe für die Notwendigkeit europäischer Mindestvorschriften dargelegt werden, um die Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes gerade in Bezug auf die Kriminalisierung solcher Delikte zu belegen, die so stark national geprägt sind, wie die im Rahmenbeschluss beschriebenen. Genannt werden jedoch allein die Erleichterung der Strafverfolgung und die Verächtlichkeit eines solchen Verhaltens.

Ohne dies weiter zu vertiefen, wandte Sinn sich vielmehr den wesentlichen Streitpunkten der Umsetzung des Rahmenbeschlusses zu, welche inhaltlich bereits von seinen Vorrednern angesprochen worden seien. Deren Bewertung teile er indes nicht.

Sinn griff insoweit zunächst den Rechtscharakter eines Rahmenbeschlusses auf. Man dürfe nicht vergessen, dass ein Rahmenbeschluss lediglich Zielvorgaben vorsehe, die nur dann, wenn sie sich nicht ohnehin schon anfänden, ins mitgliedstaatliche Strafrecht umzusetzen seien. Ggf. sei eine unionsrechtskonforme Auslegung hinreichend. Selbst wenn nun bestimmte Vorgaben des Rahmenbeschlusses suggerierten, eine gänzliche Umstrukturierung des § 130 StGB sei vorzunehmen, käme es doch zunächst darauf an, ob sich im Rahmen der Auslegung innerhalb des möglichen Wortsinns nicht bereits eine Strafbarkeit nach den Vorgaben zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses ermitteln ließe. Sei dies der Fall, so bestehe von vornherein kein Anlass im deutschen Strafrechtssystem „herum zu operieren“, schon gar nicht in einem so empfindlichen Bereich wie dem des § 130 StGB. Besonderes Augenmerk sei bei dieser zentralen Norm auf die Merkmale der Eignung zur Friedenstörung und des Aufstachelns zu legen. Wesentlich sei, ob der Begriff des Aufstachelns das Leugnen oder das mögliche Verharmlosen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen erfassen könne. Für bestimmte Fälle der „Holocaustleug-

nung“, so auch die Begründung im Gesetzentwurf der Bundesregierung, habe der BGH dies anerkannt.⁹ Dass überhaupt ein Umsetzungsbedarf hinsichtlich Art. 1 Abs. 1 lit. c und d des Rahmenbeschlusses bestehe, sei damit nicht ausgemacht.

Die Auslegung des Wortlauts des § 130 StGB, erlaube nach der gängigen Definition des Aufstachelns¹⁰ nach Sinn auch das gröbliche Verharmlosen oder Leugnen als mögliche Tathandlung zu werten. Das Aufstacheln bilde hier lediglich den Oberbegriff der Tathandlung, unter welchen sowohl das Leugnen als auch das Verharmlosen subsumiert werden könne.

Die systematische Auslegung sei hier nicht ganz so eindeutig, denn in § 130 Abs. 3 StGB stehe „leugnen, billigen oder verharmlosen“, während das Aufstacheln in Abs. 1 genannt sei. Sinn war jedoch der Meinung, dass dies nicht dagegen spreche, das gröbliche Verharmlosen und Leugnen unter den Begriff des Aufstachelns zu subsumieren, da es sich bei § 130 Abs. 3 StGB nun einmal um einen Sonderfall handele, welchen der Gesetzgeber an dieser Stelle deutlich herausheben wollte. Der Gesetzgeber habe hier jedenfalls eine Einschätzungsprärogative, wonach er ein bestimmtes strafrechtliches Unrecht – auch symbolisch – besonders herausstellen könne, um die Einzigartigkeit dieses Völkermords gesondert unter Strafe zu stellen.

Auch von der teleologischen Auslegung her sah Sinn keine Besonderheiten, die es verbieten würden, unter Aufstacheln das Leugnen oder gröbliche Verharmlosen zu fassen.

Schließlich wandte sich Sinn der grundrechts- bzw. europarechtskonformen Auslegung zu. Zwar unterscheide auch der Rahmenbeschluss zwischen der Aufstachelung (Art. 1 Abs. 1 lit. a) und der Billigung, Leugnung oder gröblichen Verharmlosung (Art. 1 Abs. 1 lit. c und d), indes müsse man sehen, dass das in den lit. c und d genannte Aufstacheln als abstrakt-konkreter Gefährdungserfolg zu verstehen sei und nicht etwa als Tathandlung. Dieser abstrakt-konkrete Gefährdungserfolg spiegele sich im § 130 Abs. 1 und 2 StGB in der Geeignetheit, den öffentlichen Frieden zu stören, wider. Hieran dürfe der deutsche Gesetzgeber auch durchaus festhalten. Widersprüche in den Formulierungen sah Sinn nach dieser Auslegung nicht.

Wesentlicher sei der Einwand, dass die Völkerrechtsverbrechen, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit bzw. die Kriegsverbrechen unterschiedlichen Definitionscharakter hätten. Der Verweis des Gesetzgebers auf das VStGB trage daher in der Tat nicht. Eine dahingehende Auslegung des § 140 Nr. 2 StGB i.V.m. § 126 Abs. 1 Nr. 2 StGB könne laut

⁹ BGH NStZ 1994, 140.

¹⁰ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 130 StGB, Rn. 5a: „Aufstacheln ist die Einwirkung auf Sinne und Leidenschaften, aber auch auf den Intellekt [...], die objektiv geeignet und subjektiv iS eines zielgerichteten Handelns dazu bestimmt ist, eine gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen den betreffenden Bevölkerungsteil zu erzeugen oder zu steigern [...]“

⁸ Siehe hierzu *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 (704).

Sinn hier nicht in Frage kommen, weil der Wortlaut hier keine Auslegung zulasse.

Weitere Vorgaben des Rahmenbeschlusses, wie etwa zur strafrechtlichen Sanktionierung der Beleidigung, zur Strafzumessung und zum Strafmaß, sowie zu den Beteiligungsvorschriften seien unproblematisch und entsprächen im Übrigen bereits dem geltenden deutschen Recht. Eine Veränderung des deutschen Rechts sei diesbezüglich ebenfalls nicht erforderlich.

Zuletzt ging *Sinn* auch auf das Merkmal des „gröblichen Verharmlosens“ ein, welches bei einer Umsetzung in § 130 StGB bemerkenswerterweise zu einer Erhöhung der Strafbarkeitsgrenze führen müsste. Insoweit sei die Umsetzung aber bereits deshalb nicht zwingend erforderlich, weil der nationale Gesetzgeber stets frei ist, innerhalb der Grenzen seiner Verfassung über die Vorgaben eines Rahmenbeschlusses hinaus zu gehen.

Insgesamt gehe Deutschland also nach *Sinn* bereits jetzt über den Rahmenbeschluss hinaus. Dies gelte auch für die Erfassung der im Rahmenbeschluss benannten Gruppen, denn alle Personenmehrheiten, die sich durch irgendein äußeres oder inneres Bestimmungsmerkmal als erkennbare Einheit herausheben, seien bereits nach der bisherigen Rechtslage von § 130 StGB erfasst und damit geschützt. Demnach gelte für Angriffe auf Einzelne, zum Beispiel wegen Homosexualität, wegen einer Behinderung oder wegen der Ausübung eines bestimmten Berufes usw. dasselbe wie für Benachteiligte aufgrund ihrer Religion oder Nationalität. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung werde § 130 Abs. 1 StGB entsprechend der Vorgaben des Rahmenbeschlusses aber auch dahingehend erweitert, dass nunmehr auch Handlungen gegen einzelne Personen erfasst werden sollen. Wegen dieser Einbeziehung von Einzelpersonen war *Sinn*, anders als *Krebs*, der Meinung, dass die Umsetzung des Rahmenbeschlusses wahrscheinlich auch im medienrechtlichen Bereich spürbare Auswirkungen haben werde. Man werde hier dann sicherlich an der einen oder anderen Stelle genauer hinschauen.

In der Diskussion argumentierte *Bock*, dass der Unterschied zwischen einer „Aufstachelung“ (Art. 1 Abs. 1 lit. a des Rahmenbeschlusses) und einer Handlung, die „wahrscheinlich [...] aufstachelt“ (Art. 1 Abs. 1 lit. c und d des Rahmenbeschlusses) unterlaufen zu werden drohe, wollte man beide Modalitäten im Rahmen des § 130 StGB letztlich in eins setzen. *Sinn* erwiderte, dass die Wendung „wahrscheinlich [...] aufstachelt“ einen abstrakt-konkreten Gefährdungserfolg umschreibe, der im deutschen Recht de lege lata durch die Formulierung „geeignet, [...] zu stören“ (§ 130 Abs. 1 und 3 StGB) bezeichnet sei, während es bei der „Aufstachelung“ um eine von § 130 Abs. 1 und 2 StGB erfasste Tathandlung gehe. Kontrovers diskutiert wurde vor diesem Hintergrund das Erfordernis des Art. 1 Abs. 2, 1. Alt. des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI, in welchem auf die Eignung zur Störung der öffentlichen Ordnung gesondert hingewiesen werde.

Prof. Dr. Dieter Kugelmann (Deutsche Hochschule der Polizei) wies insbesondere hinsichtlich der Vorgaben des Rahmenbeschlusses zur Strafbarkeit der Beihilfe (Art. 2) auf

die Gefahr eines Konflikts mit Art. 5 GG hin; § 130 StGB sei insoweit bekanntlich bereits in seiner aktuellen Fassung nicht unproblematisch. Art. 5 GG bilde die entscheidende Grenze, wenn es um die Umsetzung des Rahmenbeschlusses durch Erweiterung des § 130 StGB gehe. Es sei besondere Zurückhaltung bei der Schaffung neuer oder der Erweiterung bestehender Straftatbestände geboten.

Sinn wandte sich an die verfassungsrechtliche Frage anknüpfend an *Krebs* und hinterfragte die Verletzung der Menschenwürde durch die Darstellung eines bis zur Unkenntlichkeit verbrannten Soldaten im von *Krebs* zuvor dargestellten Zusammenhang. *Krebs* erklärte, dass hier wohl der Gesamtkontext und auch die zeitliche Nähe oder auch die Kenntnis der Todesursache ausschlaggebend seien. Er nahm Bezug auf das Referat von *Sinn* und wies erneut darauf hin, dass bereits nach geltendem Recht durch den Rahmenbeschluss Angriffe gegen Einzelpersonen gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 8 JMStV erfasst werden könnten.

Vor dem Hintergrund des nicht zuletzt auch symbolischen Anliegens des Rahmenbeschlusses stellte *Rackow* die Frage in den Raum, ob man überhaupt um eine weitere gesetzliche Umsetzung in Deutschland herumkäme, ob also die Auslegung hier tatsächlich genügen könne. *Sinn* nahm dahingehend Stellung, dass das Strafrecht ohnehin vielfach einen symbolischen Charakter habe. Dies gelte insbesondere für § 130 Abs. 3 StGB und obwohl *Sinn* selbst symbolischer Gesetzgebung kritisch gegenüber stehe, stünde es dem Gesetzgeber dennoch frei, aus kriminalpolitischen Gründen einen symbolischen Tatbestand zu formulieren. Er selbst lehne dies insbesondere aufgrund der Gefahr der Kreation von weiteren problematischen Formulierungen ab. Auch *Rackow* wollte nur ungern an den Formulierungen des § 130 StGB rühren, sah eine reine Auslegungslösung aber zum einen unter dem Aspekt der positiven Generalprävention kritisch. Zum anderen seien die Formulierungen des Rahmenbeschlusses (Art. 1 Abs. 1 lit. c und d) hinsichtlich der Bezugsobjekte der kommunikativen Handlungen wohl bewusst unterschiedlich gewählt, was sich so ohne weiteres nicht im nationalen Strafrecht widerspiegele. *Sinn* stellte daraufhin die Rückfrage an *Kugelmann*, ob denn das Ziel des Rahmenbeschlusses die tatsächliche Nennung der Begrifflichkeiten im nationalen Recht sei oder ob nicht das europaweit einheitliche Unterstrafstellen bestimmter im Rahmenbeschluss genannter Handlungen ausreiche. *Kugelmann* erklärte hierzu, dass es sich bei einem Rahmenbeschluss wie diesem wohl auch immer um ein Politikum handele, so dass grundsätzlich auch davon ausgegangen werden könne, dass auch die Übernahme bestimmter Formulierungen gewollt sei. Bedenken bezüglich der Übernahme dieser Formulierungen könnte Deutschland allerdings gegebenenfalls auf Art. 7 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI stützen, wonach die Mitgliedstaaten durch die Umsetzung nicht gegen ihre verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundprinzipien verstoßen müssten. *Warg* nahm hier Bezug auf die Wunsiedel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹¹, wonach eine Übertragung der Regelungen auf andere Völkermorde als die des NS-Regimes unter dem

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 4.1.2009 – 1 BvR 2150/08.

Gesichtspunkt des Art. 5 GG äußerst problematisch sei. Ihm ginge eine Umsetzung der Vorgaben des Rahmenbeschlusses in deutsches Recht dann zu weit, wenn der Tatbestand der Volksverhetzung – wenn auch nur im Sinne symbolischer Gesetzgebung – auf sämtliche Völkermorde und Kriegsverbrechen ausgedehnt würde. Auch *Bock* sah die Gefahr eines Konfliktes mit der Meinungsfreiheit, insbesondere mit Blick darauf, dass ja entschieden werden müsste, welche historischen oder zeitgenössischen Geschehnisse Völkermordqualität haben, und die Abgrenzung diesbezüglicher Verharmlosungen oder Billigungen durchaus Schwierigkeiten machen könne. *Kugelman* gab zu bedenken, dass die Bestrafung eines Täters nach den Vorgaben des Rahmenbeschlusses unter Umständen wesentlich mehr Detailwissen über völkerrechtliche Verstöße erfordere, als bis jetzt vorausgesetzt werden könne. *Sinn* stimmte zu, dass Art. 5 GG in diesem Zusammenhang „Sprengstoff“ berge.

Der Rahmenbeschluss 2008/913/JI vom 28.11.2008 führt den Gesetzgeber in ein Spannungsfeld zwischen europaweit geforderter Strafbarkeit bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und einer Umsetzung, die auf fragwürdige symbolische Gesetzgebung hinausläuft. Einigkeit bestand unter den geladenen Experten darüber, dass der Volksverhetzungstatbestand des deutschen Rechts schon jetzt ein erhebliches Konfliktpotential zur Meinungsfreiheit besitze, was durch eine Erweiterung auf das Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen sämtlicher Völkermorde, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen noch verschärft werden könnte. Andererseits wird vertreten, dass die Einbeziehung sämtlicher Kriegsverbrechen, Völkermorde und Verbrechen gegen die Menschlichkeit für mehr Gleichheit in der Rechtsanwendung Sorge und damit ein bestehendes meinungsbezogenes Sonderrecht aufhebe. Die Diskussion unterstrich die in diesem Rahmen gefallenen Worte *Sinns*, dass man nämlich auch und gerade im Vorfeld der Beschlussfassung und nicht erst nach der Umsetzung eines Harmonisierungsinstruments darüber nachdenken sollte, wie weit bereits jetzt das geltende Recht trägt. Dieses Gebot gilt grundsätzlich freilich für die Umsetzung jedes EU-Rahmenbeschlusses, bekommt aber in diesem Fall vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte, den bereits bestehenden Regelungen und auch der Meinungsfreiheit besonderes Gewicht.