

AUSGABE 7-8/2018

S. 233 - 297

13. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Europäisches Strafrecht*

##### **„Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“: Das Prinzip des gesetzlichen Richters am EuGH**

Von Prof. Dr. Thomas Rönau, Wiss. Mitarbeiterin Annemarie Hoffmann, Hamburg

233

##### *Internationales Strafrecht*

##### **Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil 2**

**Hintergründe des Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren wie auch zum sog. Microsoft Ireland Case**

Von Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Frankfurt a.M.

249

##### *Europäisches Strafrecht*

##### **Europäische Burkaverbote – Der strafrechtliche Zwang zur Homogenität**

Von Prof. Dr. Stefan Braum, Luxemburg

268

##### **Definitionsmacht und ambivalente justizielle Entscheidungen**

**Der Dialog der europäischen Gerichte über Grundrechtsschutzstandards und Belange der nationalen Verfassungsidentität**

Von Prof. Dr. Sabine Swoboda, Bochum

276

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

##### **Ceffinato, Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung, 2017**

(Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs, Bonn)

296

#### 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. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

#### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag

International Advisory Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

#### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

# „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“: Das Prinzip des gesetzlichen Richters am EuGH

Von Prof. Dr. **Thomas Rönnau**, Wiss. Mitarbeiterin **Annemarie Hoffmann**, Bucerius Law School Hamburg

## I. Einleitung

Eine „unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege“ als „unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaats“ aufzubauen, war eine der zentralen Aufgaben, die sich der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee gegeben hatte, als die Ausarbeitung eines Entwurfs für das Grundgesetz in Angriff genommen wurde.<sup>1</sup> Ein Resultat dieser Zielsetzung ist das in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verankerte Recht auf den gesetzlichen Richter, dem „niemand [...] entzogen werden“ darf.

„Gesetzlicher Richter“ bedeutet im deutschen Normkontext, dass vorab gesetzlich bestimmt ist, welcher Richter<sup>2</sup> einen konkreten Fall entscheiden wird.<sup>3</sup> Mit seinem normgeprägten Gewährleistungsbereich<sup>4</sup> ist das grundrechtsgleiche<sup>5</sup> Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf eine einfachgesetzliche Ausgestaltung in Form von Zuständigkeitsregelungen angewiesen, bei deren Missachtung ein Grundrechtsverstoß gegeben und das Recht zur Verfassungsbeschwerde eröffnet ist.<sup>6</sup> Dementsprechend existieren Zuständigkeitsregelungen in den Prozessordnungen sowie Geschäftsverteilungspläne, die für jedes Gericht grundsätzlich vorab für das kommende Jahr aufgestellt werden müssen und in denen den Spruchkörpern bestimmte Rechtssachen zugeteilt werden.<sup>7</sup> Hierdurch wird die Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten gesichert, die für die durch Art. 97 GG

gewährleistete Weisungsfreiheit und persönliche Unabhängigkeit der Richter unerlässlich ist.<sup>8</sup>

In Deutschland herrscht ein ausgeprägtes Bewusstsein für die (Manipulations-)Gefahren, die durch eine willkürliche Besetzung der Richterbank entstehen.<sup>9</sup> Deshalb genießt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als „Grundpfeiler des Rechtsstaats“<sup>10</sup> einen hohen Stellenwert. Insbesondere im Strafverfahren ist wegen der weitreichenden Folgen der Entscheidung für Täter und Opfer eine Beachtung des Rechts auf den gesetzlichen Richter geboten – hier ist das Vertrauen des Rechtsuchenden im Hinblick auf die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Gerichts außerordentlich wichtig. Dies schlägt sich nicht zuletzt in § 338 Nr. 1 StPO<sup>11</sup> nieder, in dem die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts zum absoluten Revisionsgrund erklärt wird.<sup>12</sup>

Im Rahmen der Europäisierung des Rechts – auch des Strafrechts<sup>13</sup> – sind zunehmend die Gerichte der Europäischen Union zur Entscheidungsfindung aufgerufen.<sup>14</sup> Ihr

<sup>1</sup> Bericht des Verfassungsausschusses der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23.8.1948; näher *Bucher*, in: Dt. Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, 1981, S. 572.

<sup>2</sup> Jegliche Bezeichnung von Personen in männlicher Form schließt die weibliche Form mit ein.

<sup>3</sup> Pars pro toto BVerfGE 17, 294 (298); 95, 322 – Plenumsbeschluss; 97, 1; BVerfG NJW 2017, 1233 (1234); BGH NStZ 2017, 429 (430 – „Vorausprinzip“); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar*, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 101 Rn. 11, 19 m.w.N.

<sup>4</sup> *Wolff*, AöR 141 (2016), 40 (52); *Höpfner*, EuZA 2011, 97 (104).

<sup>5</sup> *Maunz* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 6.

<sup>6</sup> Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG.

<sup>7</sup> BVerfGE 17, 294 (298 f.); 18, 344 (351 f.): Der Geschäftsverteilungsplan muss die in einem Verfahren zur Entscheidung berufenen Richter im Vorhinein „so eindeutig und genau wie möglich“ bestimmen; vgl. auch BGH NStZ 2017, 429 (430): Der Fall muss „blindlings“ auf den jeweiligen Spruchkörper im Gericht bzw. auf den im Einzelfall entscheidenden Richter zukommen. Zur „Blindlingstheorie“ ausführlich *Sowada*, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, 2002, S. 198 ff.; *Maunz* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 43; *Kissel*, JZ 1994, 1178 (1179); BVerfGE 95, 322 (329); BGH wistra 2016, 499 (500); NJW 2015, 2597 (2598).

<sup>8</sup> BVerfGE 21, 139 (145 f.); in diesem Sinne auch BVerfGE 4, 412 (416, 418); 95, 322 (327); BVerfG NJW 2017, 1233 (1234).

<sup>9</sup> Nach *Schwarze*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 251 AEUV Rn. 7, und *Alber*, in: *Stern/Sachs* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar* 2016, Art. 47 Rn. 127, erklären sich die in Deutschland besonders strengen Regeln aus der NS-Vergangenheit.

<sup>10</sup> v. *Stackelberg*, NJW 1959, 471; weiter *Herzog*, StV 1993, 609 (611); *Theile*, in: *Hilgendorf/Rengier* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, 2012, S. 892 (902), nach dem das Recht auf den gesetzlichen Richter „kein blosser Formalismus“ ist, sondern „zentrale Voraussetzung für die Herstellung materieller Rechtsstaatlichkeit“.

<sup>11</sup> Vergleichbare Normen kennt allerdings z.B. auch der Zivilprozess (§ 547 Nr. 1 ZPO) sowie der Verwaltungsprozess (§ 138 Nr. 1 VwGO).

<sup>12</sup> Dazu nur *Widmaier/Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafprozessordnung, Kommentar*, 2. Aufl. 2016, § 338 Rn. 5.

<sup>13</sup> Man denke hier nur an die jüngeren Reformaktivitäten in Reaktion auf die Finanzkrise 2007/2008 im Kapitalmarktrecht, die sich strafrechtlich insbesondere in Form der Richtlinie 2014/57/EU (sog. CRIM-MAD) vom 16.4.2014, online abrufbar unter <http://t1p.de/vf82> (13.7.2018), sowie der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (sog. MAR), online abrufbar unter <http://t1p.de/jgq2> (13.7.2018), niedergeschlagen haben.

<sup>14</sup> 2016 gingen beim EuG knapp 1.000 Rechtssachen ein. Den Großteil hiervon bildeten Klagen von natürlichen und juristischen Personen bzw. Personengesellschaften. Von den knapp 700 Neueingängen am EuGH entfielen 65 % auf Vorabentscheidungsverfahren. In 25 % der Fälle wurde der EuGH als Revisionsgericht des EuG angerufen, in 5 % ging es um ein

Einfluss auf den Unionsbürger erhöht sich stetig. Dementsprechend muss (natürlich) auch vor dem EuG und dem EuGH ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet sein. Dazu gehört eine Besetzung der Richterbank, die transparent und möglichst frei von Manipulationsgefahren gebildet wurde.<sup>15</sup>

Bei einem Blick in die – insbesondere für den EuGH geltenden – Verfahrensvorschriften ist nun aber jedenfalls der deutsche Rechtsanwender irritiert: Denn dort gibt es keinen Geschäftsverteilungsplan und auch kein Äquivalent, das eine Vorabfestlegung des zuständigen Spruchkörpers im Einzelfall vorsieht.<sup>16</sup> Aufgrund dieses Mankos lassen sich Szenarien mit bedenklichen Konsequenzen entwickeln. Man stelle sich etwa Folgendes vor:

Dem EuGH wird eine Frage zur Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie (CRIM-MAD) vorgelegt. Der Gerichtspräsident und Inhaber großer Aktienpakete lehnt allzu strikte Regulierungen im Kapitalmarktrecht ab und bestimmt den Berichterstatter deshalb nicht aus einer Kammer mit Richtern, die eine stärkere Regulierung begrüßen, sondern aus einer Kammer mit Richtern, die – wie er – eher wirtschaftsliberal gestimmt sind.

Die Probleme verschärfen sich noch bei politisch und emotional heiklen Fragen:

Aufgerufen sind etwa Entscheidungen zum Flüchtlingsrecht. Dem EuGH wird eine Frage zur Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs der Richtlinie über die Aufnahmebedingungen von Flüchtlingen in der EU<sup>17</sup> vorgelegt. Ein Gerichtspräsident, der der Aufnahme von Flüchtlingen selbst kritisch gegenübersteht, könnte geneigt sein, die Rechtssache einem Berichterstatter zuzuweisen, der einer Kammer mit Richtern angehört, die diesbezüglich ebenfalls eine kritische Haltung vertreten und die Richtlinienbestimmungen deshalb restriktiv auslegen.

---

Vertragsverletzungsverfahren, die restlichen 5 % entfallen auf sonstige Verfahren (siehe EuGH Jahresbericht 2016, online abrufbar unter <http://t1p.de/tcuc> [13.7.2018], S. 27).

<sup>15</sup> BVerfGE 95, 322 (329); BGH NJW 2015, 2597 (2598); wistra 2016, 499 (500).

<sup>16</sup> Dazu nur *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, 2016, online abrufbar unter <http://t1p.de/6mjk> (28.6.2018), S. 65 m.w.N.; *Drews*, BDVR-Rundschreiben 1/2012, 19 (21 f.). Nach *Mößlang*, EuZW 1996, 69 könnte diese Praxis, die „den Anforderungen nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG schwerlich entspricht“, zur Folge haben, dass der EuGH nicht mehr als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG angesehen wird. Dagegen *Wichard*, EuZW 1996, 305, der betont, dass über die Ausgestaltung des Prinzips nicht ein einzelner Mitgliedstaat entscheiden kann, sondern diese aus der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten geschöpft oder aus der EMRK abgeleitet werden muss.

<sup>17</sup> RL 2003/9/EG des Rates vom 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten.

Da ein Urteil des EuGH nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden kann, das gefundene Ergebnis vom Rechtsuchenden also hinzunehmen ist,<sup>18</sup> erscheint es besonders dringlich, auch hier manipulative Einflüsse auf die Fallzuweisung von vornherein auszuschließen, jedenfalls gering zu halten – und somit der Besorgnis steuernder, interessengeleiteter Eingriffe zu begegnen.<sup>19</sup> Die erhebliche Bedeutung von Entscheidungen des EuGH für die Rechtsentwicklung im Unionsgebiet sowie ihre immense „Streuwirkung“ durch den Einfluss auf Rechtssprüche der nationalen Gerichte zwingt auch bei vorwiegend nur mittelbaren Auswirkungen auf den Einzelnen<sup>20</sup> zu einem Verfahren, in dem Manipulationsmöglichkeiten weitestgehend ausgeschlossen sind.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. nur Art. 280 AEUV, nach dem die Urteile des Gerichtshofs nach Art. 299 AEUV vollstreckbar sind. Zu (hier wohl nicht einschlägigen) Ausnahmen von diesem Grundsatz der absoluten Unanfechtbarkeit siehe *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561 (578 ff.).

<sup>19</sup> In diesem Sinne *Theile* (Fn. 10), S. 903 (906). Das Fehlen einer abstrakt-generellen Geschäftsverteilung im Hinblick auf das Prinzip des gesetzlichen Richters auf europäischer Ebene kritisieren auch *Paeffgen*, ZStW 118 (2006), 275 (288 f.); *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 105 (nach dem die durch Art. 23 Abs. 1 GG i.V.m. den Zustimmungsgesetzen bewirkte Öffnung des deutschen Hoheitsraumes gegenüber dem Gemeinschaftsrecht dadurch jedoch nicht berührt wird); *Wegner*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 251 AEUV Rn. 6 („nicht gänzlich unproblematisch“); *Ehlers*, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2009, § 6 Rn. 22 („die ‚freihändige‘ Art und Weise steht mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter nicht in Einklang, das für die deutschen Gerichte gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gilt“); *Szczekalla*, EuZW 1995, 671 (672); und *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (159 ff.). Besonders harsche Kritik übt *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 251 AEUV Rn. 6 f., nach dem die Praxis am EuGH einerseits gegen Art. 251 Abs. 1 AEUV verstoße, der „offenkundig von einer ex-ante-Festlegung der Zuständigkeiten ausgeht“, sowie Art. 18 der EuGH-Satzung zuwiderlaufe, nach dem die Parteien die Möglichkeit haben müssen, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit seitens der Parteien abzulehnen (Letzteres wird ebenfalls kritisiert von *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, 63. Lfg., Stand: Dezember 2017, Art. 251 AEUV Rn. 19).

<sup>20</sup> Eine (nur) mittelbare Wirkung der Entscheidung auf den Einzelnen ergibt sich im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV daraus, dass der EuGH zunächst eine (Auslegungs- oder Gültigkeits-)Frage des vorlegenden Gerichts abstrakt beantwortet und auf dieser Grundlage erst das nationale Gericht letztinstanzlich entscheidet. Im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV streiten die Kommission und der verklagte Mitgliedstaat (die jeweils nicht grundrechtsfähig sind), sodass erst Folgemaßnahmen des jeweiligen Mitgliedstaats den Einzelnen betreffen. Nur bei der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV (und bei der Untätigkeits-

Vor diesem Hintergrund soll nach einer Betrachtung der aktuellen Geschäftsverteilungspraxis an den Europäischen Gerichten (II.) untersucht werden, ob bzw. woraus sich ein Recht auf die vorhersehbare Fallzuteilung auf die Spruchkörper des EuGH ergeben kann (III.). Der EGMR hat sich hierzu kürzlich geäußert und ein subjektives Recht auf eine gesetzlich vorherbestimmte Zusammensetzung der Richterbank im Einzelfall angenommen.<sup>22</sup> Die derzeit praktizierte Geschäftsverteilung (jedenfalls) am EuGH ist deshalb in hohem Maße problematisch.

In einem letzten Schritt ist dann im Rahmen des Fazits anzudeuten, wie eine angemessene Geschäftsverteilung am EuGH de lege ferenda ausgestaltet werden könnte (IV.).

## II. Aktuelle Geschäftsverteilungspraxis an den europäischen Gerichten

### 1. Die derzeitige Situation am EuGH

#### a) Einschlägige Verfahrensvorschriften im Überblick

In den organisationsrechtlichen Vorschriften am EuGH gibt es keinen Hinweis auf einen Geschäftsverteilungsplan. Bei der Einsetzung des EuGH im Jahr 1957<sup>23</sup> war ein solcher auch nicht notwendig, da der Gerichtshof lediglich aus einer mit sieben Richtern besetzten Kammer bestand, die grund-

klage als deren Unterfall, Art. 265 AEUV), in der auch eine natürliche oder juristische Person die Vornahme bzw. Nichtvornahme einer EU-Maßnahme rügen kann, ist der Bürger direkt betroffen.

<sup>21</sup> Dieses strikte Verständnis vom Prinzip des gesetzlichen Richters befürworten allerdings nicht alle Diskutanten; so betont etwa *Dörr*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 4. Aufl. 2014, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 1. Teil, B. Rn. 25, dass die Unionsgerichtsbarkeit nicht den strengen Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unterliege; weiterhin *Wichard*, *EuR* 1995, 260 (266), der es allerdings dennoch für erforderlich hält, „daß auch im Gemeinschaftsrecht das Prinzip des gesetzlichen Richters thematisiert wird“; ebenso *ders.*, *EuZW* 1996, 305 (306); *Stotz*, *EuZW* 1995, 749 (siehe hierzu noch Fn. 161); *Jung*, *EuR* 1980, 372 (377 f.); *Schwarze* (Fn. 9), Art. 251 Rn. 7; *Haase*, *Die Anforderungen an ein faires Gerichtsverfahren auf europäischer Ebene*, 2006, S. 305; *Gundel*, *EuR* 2008 (Beiheft 3), 23 (33 f. mit Verweis auf die weniger strengen Regeln in anderen Mitgliedstaaten); so auch *Rengeling/Szczekalla*, *Grundrechte in der Europäischen Union*, 2004, § 44 Rn. 1160. *Mößlang*, *EuZW* 1996, 69 (70 f.), kritisiert die strikte deutsche Regelung, da diese Misstrauen gegenüber der Justiz fördere.

<sup>22</sup> EGMR, *Urt. v. 12.1.2016*, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*).

<sup>23</sup> Einsetzung des Gerichtshofs (heute: EuGH) mit den Römischen Verträgen vom 25.3.1957; Zuständigkeitsübertragung der Aufgaben, die die Verträge dem Gerichtshof zuschreiben, durch Art. 3 des Abkommens über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften vom 25.3.1958, beides online abrufbar unter <http://t1p.de/jnn9> (28.6.2018).

sätzlich im Plenum (also unter Beteiligung aller Richter) entschied.<sup>24</sup>

Im Rahmen der steten Erweiterung der EU hat sich die Organisation am EuGH immer weiter aufgeduldet.<sup>25</sup> Heute entscheiden dort insgesamt zehn Kammern. Davon sind sechs Kammern mit fünf und vier Kammern mit drei Richtern besetzt, wobei insgesamt fünf Kammern jeweils mit einem Richter „überbesetzt“<sup>26</sup> sind.<sup>27</sup> Darüber hinaus entscheidet die mit 13 Richtern<sup>28</sup> besetzte Große Kammer (von denen elf Richter bei der Entscheidungsfindung anwesend sein müssen<sup>29</sup>) in besonderen, von Art. 60 VerFO-EuGH genannten Fällen.

Bislang hat niemand die zunehmende Ausdifferenzierung der Binnenstruktur des EuGH zum Anlass genommen, Vorschriften zur Geschäftsverteilung in dessen Verfahrensregelwerk aufzunehmen.<sup>30</sup> Stattdessen gilt folgendes Procedere: Art. 60 Abs. 1 VerFO-EuGH<sup>31</sup> bestimmt, dass „der Gerichts-

<sup>24</sup> Zu Ausnahmen von diesem Grundsatz vgl. *Puttler*, *EuR* 2008 (Beiheft 3), 133 (134 f.).

<sup>25</sup> Hierzu *Wichard*, *EuR* 1995, 260 (266); zur sukzessiven Ausdifferenzierung am EuGH seit 1957 vgl. ausführlich *Puttler*, *EuR* 2008 (Beiheft 3), 133 (134 ff.). Skizze der heutigen Spruchkörpertypen bei *Borchardt*, in: *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), *EU-Verträge, Kommentar*, 6. Aufl. 2012, Art. 251 AEUV Rn. 1. Gesamtüberblick zur Anzahl der Mitglieder, zu den beim EuGH anhängigen Rechtssachen etc. online abrufbar unter <http://t1p.de/50jv> (28.6.2018).

<sup>26</sup> Zum Problem der Richterauswahl bei überbesetzten Kammern am EuGH ausführlich *Haase* (Fn. 21), S. 306 ff.; *Gundel*, in: *Ehlers* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Aufl. 2014, § 27 Rn. 34 f.; *Puttler*, *EuR* 2008 (Beiheft 3), 133 (139 f.); zum Problem überbesetzter Kammern an deutschen Gerichten vgl. *BVerfGE* 95, 322 (327 ff.) m. Anm. *Sangmeister*, *NJW* 1998, 721 (722); *BVerfGE* 97, 1 (10 f.); *BGH NJW* 1994, 1735.

<sup>27</sup> Eine Übersicht zur Organisation des EuGH ist online abrufbar unter <http://t1p.de/09hy> (28.6.2018).

<sup>28</sup> Darunter der Präsident und der Vizepräsident des Gerichtshofs, drei Präsidenten einer Kammer mit fünf Richtern sowie der Berichterstatter.

<sup>29</sup> Art. 17 Abs. 3 der Satzung des EuGH (konsolidierte Fassung), 1.9.2016, online abrufbar unter <http://t1p.de/zf0n> (28.6.2018).

<sup>30</sup> Die Verträge von Maastricht und Amsterdam sahen die Möglichkeit der Schaffung solcher Vorschriften jedoch vor, worauf *Puttler* (*EuR* 2008 [Beiheft 3], 133 [135]) zutreffend hinweist. Art. 221 Abs. 2 S. 2 EG (ex-Art. 165 Abs. 2 EG), der bis zur Änderung durch den Vertrag von Nizza vom 1.2.2003 galt, erlaubte, dass der Gerichtshof aus seiner Mitte Kammern bildet, die „bestimmte vorbereitende Aufgaben erledigen oder bestimmte Gruppen von Rechtssachen entscheiden“. Dafür sollten die „Vorschriften einer besonderen Regelung“ gelten.

<sup>31</sup> Gemäß Art. 251 AEUV ist hinsichtlich der Zuweisung einzelner Rechtssachen an die Spruchkörper am EuGH dessen Satzung einschlägig. Diese verweist in ihrem Art. 50 Abs. 2 auf die Verfahrensordnung des EuGH (VerFO-EuGH

hof [...] alle bei ihm anhängigen Rechtssachen an die Kammern mit fünf oder mit drei Richtern [verweist], sofern nicht die Schwierigkeit oder die Bedeutung der Rechtssache oder besondere Umstände eine Verweisung an die Große Kammer erfordern, es sei denn, eine solche Verweisung ist gemäß Artikel 16 Absatz 3 der Satzung von einem am Verfahren beteiligten Mitgliedstaat oder Unionsorgan beantragt worden.<sup>32</sup> Bei besonderen, in Art. 16 Abs. 4 der Satzung des EuGH explizit bestimmten Fällen tagt der EuGH ausnahmsweise im Plenum, d.h. mit mindestens 17 anwesenden Richtern (vgl. Art. 17 Abs. 4 der Satzung).

In der Praxis wählt der Präsident des EuGH zunächst gemäß Art. 15 VerFO-EuGH unter den (derzeit noch)<sup>33</sup> 28 Richtern einen Berichterstatter<sup>34</sup> aus. Dieser schlägt dann nach intensiver Einarbeitung in den Fall in seinem Vorbericht der Generalversammlung<sup>35</sup> u.a. vor, an welchen Spruchkörper die Rechtssache verwiesen werden soll (Art. 59 Abs. 2 VerFO-EuGH). Die Generalversammlung entscheidet im Weiteren über die Vorschläge des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts (Art. 60 Abs. 3 VerFO-EuGH).<sup>36</sup> Grundsätzlich empfiehlt der Berichterstatter den Spruchkörper, in dem er selbst sitzt; ansonsten müsste ein neuer Berichterstatter bestimmt werden, der sich dann erneut in den Fall und die Rechtsmaterie einzuarbeiten hätte.<sup>37</sup> Jeder Richter am EuGH gehört höchstens zwei Kammern an. Durch die Wahl des Berichterstatters kann der Präsident des Gerichtshofs also die später zuständige Kammer indirekt bestimmen oder jedenfalls erheblich eingrenzen.<sup>38</sup> Die VerFO-EuGH sah in einer

vorherigen Fassung<sup>39</sup> vor, dass der Gerichtshof die Kriterien zur Verteilung der Rechtssachen festlegt. Die Festlegung erging als rein interner Beschluss und wurde nicht veröffentlicht.<sup>40</sup> Diese vom Gerichtspräsidenten zu beachtende Ermessensrichtlinie wurde in der aktuellen VerFO-EuGH ohne ersichtlichen Grund gestrichen. Der Gerichtspräsident muss sich heute für die Wahl des Spruchkörpers (bzw. des Berichterstatters, der sodann einen Spruchkörper empfiehlt) nicht mehr rechtfertigen.

#### *b) Begründungsversuche für einen fehlenden Geschäftsverteilungsplan*

Die Geschäftsverteilungspraxis am EuGH wird bisher vornehmlich damit gerechtfertigt, dass der Berichterstatter auf verschiedenen Ebenen kontrolliert werde, was einen Missbrauch ausschließe. Für Kontrolle Sorge dabei zunächst die Tatsache, dass der Berichterstatter nie allein, sondern stets in einer Kammer von mindestens drei Richtern entscheidet.<sup>41</sup> Weiterhin erhöhen die vom Generalanwalt formulierten Schlussanträge den Rechtfertigungsdruck für das Urteil.<sup>42</sup> Eine dritte Kontrollinstanz stelle die Generalversammlung dar, die dem Vorschlag des Berichterstatters bezüglich des zuständigen Spruchkörpers zustimmen muss.<sup>43</sup>

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass sämtliche Begründungsversuche die Bedenken wegen des fehlenden Geschäftsverteilungsplans nicht ausräumen können: Auch wenn der Berichterstatter stets mit zumindest zwei weiteren Richtern entscheidet, ändert dies nichts daran, dass der Gerichtspräsident durch die Wahl des Berichterstatters erheblichen Einfluss auf die Zusammensetzung des entschei-

v. 25.9.2012, online abrufbar unter <http://t1p.de/77s0> [28.6.2018]).

<sup>32</sup> Im Umkehrschluss können juristische oder natürliche Personen dieses Antragsrecht nicht wahrnehmen und müssen die Entscheidung des Gerichtspräsidenten hinnehmen.

<sup>33</sup> Voraussichtlich mit dem 29.3.2019 wird Großbritannien aus der EU austreten, sodass sich die Anzahl der Richter ab diesem Tag entsprechend auf 27 reduziert.

<sup>34</sup> Der berichterstattende Richter fasst die schriftlichen Erklärungen der Prozessparteien (ggf. versehen mit Bemerkungen von nationalen Behörden, EU-Institutionen und in manchen Fällen Einzelpersonen) zusammen. Nähere Informationen zum Verfahren auch unter <http://t1p.de/09hy> (13.7.2018).

<sup>35</sup> Der Generalversammlung am EuGH gehören alle Richter und (General-)Anwälte an.

<sup>36</sup> Zur Praxis der Zuweisung einer Rechtssache an eine Kammer am EuGH kritisch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (141 ff.).

<sup>37</sup> Nach *Jung*, EuR 1980, 372 (377), braucht es keine explizite Regelung, denn es „versteht sich von selbst, dass der Berichterstatter dem Spruchkörper angehören muss, der für die Entscheidung zuständig ist“.

<sup>38</sup> Die zentrale Bedeutung der Person des Berichterstatters für die Bestimmung der über die konkrete Rechtssache entscheidenden Richter (insbesondere aufgrund der Reihenfolge, dass zunächst der Berichterstatter vom EuGH-Präsident ausgesucht und die Rechtssache erst dann einem Spruchkörper zugewiesen wird) betont auch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (157).

<sup>39</sup> Art. 9 § 3 der VerFO-EuGH vom 19.6.1991, ABl. EU L 176 vom 4.7.1991, online abrufbar unter <http://t1p.de/1kpt> (28.6.2018). Vgl. noch zur alten Rechtslage *Grzybek*, Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 82 f. Seiner Ansicht nach konnte die interne Ermessensrichtlinie einen fehlenden Geschäftsverteilungsplan ersetzen. Unerörtert (allerdings im heutigen Kontext nicht mehr relevant) bleibt die Frage, wer die Nichtbeachtung dieser internen Richtlinie seitens des Gerichtspräsidenten rügen konnte.

<sup>40</sup> Dazu *Jung*, EuR 1980, 372 (377), der ebenfalls betont, dass Art. 9 § 3 VerFO a.F. nicht zu einem starren Automatismus bei der Verteilung der Rechtssachen zwang. Nach dieser internen Ermessensrichtlinie konnten – ausgehend von der Reihenfolge des Eingangs der Rechtssachen – auch der „Sachzusammenhang einer Rechtssache mit anderen anhängigen oder bereits entschiedenen Rechtssachen, die Erfordernisse einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeitslast sowie erforderlichenfalls auch die Notwendigkeit der Kenntnis der Verfahrenssprache oder einer nationalen Rechtsordnung zu berücksichtigen“ sein.

<sup>41</sup> *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (469).

<sup>42</sup> *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (469).

<sup>43</sup> So *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (470); *Haase* (Fn. 21), S. 303; *Jung*, EuR 1980, 372 (378).

denden Spruchkörpers nimmt.<sup>44</sup> Auch die Autorität der vom Generalanwalt formulierten Schlussanträge kann die Verdrängung des Rechts auf den gesetzlichen Richter – jedenfalls nach deutschem Verständnis – nicht rechtfertigen. Denn der Generalanwalt hat nicht zwingend Einfluss auf das Urteil. Das Gericht muss sich dessen Ansichten nicht anschließen und es besteht auch keine Pflicht, sich mit seinem Vorbringen im Urteil überhaupt auseinanderzusetzen. Die Generalversammlung stellt ebenfalls keine ausreichende Kontrollinstanz dar; sie entscheidet letztlich nur darüber, welcher Art von Spruchkörper (Plenum, Große Kammer, Fünfer- oder Dreierkammer) der Fall zugewiesen wird. Das wiederum geschieht in Abhängigkeit von der Schwierigkeit oder der Bedeutung sowie von den „besonderen Umständen“ des Falles (vgl. Art. 60 VerFO-EuGH). Dabei kann die Generalversammlung nur den Vorschlag des Berichterstatters annehmen oder ablehnen. Abgesehen davon, dass die zuletzt genannten Kriterien äußerst unbestimmt sind<sup>45</sup> und der Generalversammlung somit ein breites Ermessen zusteht, ersetzt auch die Berücksichtigung dieser Instanz nicht das schematische Vorgehen nach einem Geschäftsverteilungsplan (als „Verteilungsautomat“<sup>46</sup>), bei dem die Einbeziehung von sachfremden Kriterien schlechthin ausgeschlossen ist.

Der EuGH hat sich bislang nur einmal selbst zur Vorherbestimmung des zuständigen Spruchkörpers geäußert. In der Rechtssache Gaal<sup>47</sup> rügte die deutsche Bundesregierung, dass nicht vorab geklärt worden sei, welche Richter einer überbesetzten Kammer den Fall entscheiden werden. Der Generalanwalt reagierte in seinen Schlussanträgen auf diesen Einwand mit Unverständnis und erklärte ohne weitere Ausführungen, dass die Rüge „offensichtlich unbegründet“ sei. Es falle „ganz offensichtlich in die interne Organisationsgewalt des Gerichtshofes, die fünf Richter, aus denen der Spruchkörper besteht, unter den sechs Richtern der Kammer selbst zu bestimmen.“<sup>48</sup> In der Entscheidung des EuGH wurde auf die Zusammensetzung der Kammer nicht weiter eingegangen. Dies zeigt, dass am EuGH kaum Sensibilität für die Verknüpfung von organisatorischen Vorschriften und einer möglichen Verletzung elementarer Rechte in Form des gesetzlichen Richters vorhanden ist. Es überwiegt die Auffassung, dass

Zweckmäßigkeitserwägungen das Fehlen eines Geschäftsverteilungsplans rechtfertigen können.<sup>49</sup>

## 2. Die Zuweisungspraxis am EuG

Eine andere Gerichtsorganisation findet sich dagegen beim EuG. Auch dort werden Kammern mit drei bzw. fünf Richtern gebildet (Art. 13 § 1 VerFO-EuG).<sup>50</sup> Die Rechtssachen werden grundsätzlich<sup>51</sup> von diesen Kammern entschieden (Art. 14 § 1 VerFO-EuG). Nach Art. 25 § 1 VerFO-EuG legt das Gericht Kriterien<sup>52</sup> fest, nach denen sich die Verteilung der Rechtssachen auf die Kammern richtet. Diese Entscheidung ist keine bloß interne Ermessensregel für den Präsidenten, sondern wird gemäß Art. 25 § 2 VerFO-EuG im EU-Amtsblatt veröffentlicht. Somit kann hier ein Verstoß gegen die Kriterien vom Rechtsuchenden wahrgenommen und vor dem EuGH (als Revisionsgericht des EuG) gerügt werden. Zwar kann der Präsident des EuG gem. Art. 27 § 3 VerFO-EuG „ausnahmsweise“ im Interesse einer geordneten Rechtspflege von den veröffentlichten Kriterien abweichen. Jedoch muss er diese Entscheidung begründen und zuvor die „betroffenen Richter anhören“ (Art. 27 § 3 S. 1 VerFO-EuG)<sup>53</sup> bzw. die Stellungnahmen der für den Fall zuständigen Kammerpräsidenten einholen (Art. 27 § 4 VerFO-EuG). Ebenfalls

<sup>49</sup> Jedoch ist das Prinzip des gesetzlichen Richters dem EuGH nicht gänzlich unbekannt, wie er in einem 1995 vorgelegten Bericht über bestimmte Aspekte der Anwendung des Vertrags über die Europäische Union (in: Tätigkeiten des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, Woche vom 22. bis 26.5.1995, Nr. 15/95, S. 9 f.) erkennen ließ. Dort lehnte er den Vorschlag, einzelne Vorabentscheidungsverfahren vom EuGH an das EuG zu verweisen, mit der Begründung ab, dass „dies mit bestimmten Vorstellungen vom gesetzlichen Richter kollidieren könnte“. Vgl. hierzu auch *Wichard*, EuR 1995, 260 (265 f.).

<sup>50</sup> Verfahrensordnung des Gerichts vom 4.3.2015, konsolidierte Fassung, ABl. EU 2015, L 105, S. 1, online abrufbar unter <http://t1p.de/jt1c> (28.6.2018).

<sup>51</sup> Zu Ausnahmen (Große Kammer bzw. Einzelrichter) siehe Art. 14 § 2 und § 3 VerFO-EuG.

<sup>52</sup> Vgl. ABl. (EU) 2016/C 296/04. Die Rechtsmittelsachen werden nach vier Kriterien gemäß der Reihenfolge der Eintragung der Rechtssachen in das Register aufgeteilt: Zu unterscheiden ist zwischen 1. Rechtssachen betreffend die Durchführung der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln, die Vorschriften über staatliche Beihilfen und die Vorschriften über handelspolitische Schutzmaßnahmen, 2. den im Vierten Titel der Verfahrensordnung genannten Rechtssachen, den Rechten des geistigen Eigentums sowie 3. den Rechtssachen des öffentlichen Dienstes und 4. allen anderen Rechtssachen. Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Gerichts für den Öffentlichen Dienst (GöD – eine Spezialkammer, die sich mit Klagen von Mitarbeitern der EU befasste) wurden bis zu dessen Eingliederung in das EuG im September 2016 nach Eingang der Rechtsmittelschrift der Rechtsmittelkammer zugewiesen.

<sup>53</sup> Unklar bleibt an dieser Stelle, welche Richter bei einer solchen Abweichung „betroffen“ sind.

<sup>44</sup> Dies räumen *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (469), auch selbst ein.

<sup>45</sup> Kritisch hierzu vor allem *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (156, 159).

<sup>46</sup> Zur Erforderlichkeit eines „starrten Normensystems“, um den „angestrebten Automatismus“ bewerkstelligen und dadurch das „bereichspezifische [...] Bestimmtheitsgebot“ des gesetzlichen Richters einhalten zu können, siehe *Sowada* (Fn. 7), S. 120.

<sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 4.5.1995 – C-7/94 (Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen v. Gaal), Rn. 15.

<sup>48</sup> Schlussanträge Generalanwalt Tesauro vom 9.2.1995, I – 1034; zustimmend die Besprechung von *Wichard*, EuR 1995, 261.

kann er von den jeweiligen Kriterien abweichen, „um dem Zusammenhang zwischen bestimmten Rechtssachen Rechnung zu tragen oder eine ausgewogene Verteilung der Arbeitsbelastung sicherzustellen.“ Zwar wären in diesem Zusammenhang eindeutige Kriterien, die ein Ermessen des Gerichtspräsidenten gänzlich ausschließen, wünschenswert.<sup>54</sup> Allerdings bleibt hier wie auch im Fall des Art. 27 § 3 VerfO-EuG – jedenfalls theoretisch<sup>55</sup> – die Rügemöglichkeit vor dem EuGH. Die Entscheidung des Gerichtspräsidenten wird also auf verschiedenen Ebenen kontrolliert, sodass er die Verteilung der Rechtssachen jedenfalls nicht unerkannt beeinflussen kann.<sup>56</sup>

Die erheblich größeren Bedenken mit Blick auf den gesetzlichen Richter bestehen somit gegenüber den (fehlenden) Organisationsregelungen am EuGH, auf die sich die folgenden Ausführungen konzentrieren werden.

### III. Gibt es ein subjektives Recht auf den gesetzlichen Richter bei Entscheidungen des EuGH? – die Rechtslage *de lege lata*

Nach dieser Befundaufnahme stellt sich die Frage, ob der gegenwärtige Zustand hingenommen werden muss oder ob ein Fehlen des gesetzlichen Richters im Bereich des EuGH auf dem Rechtsweg eingefordert werden kann. Dies setzt ein subjektives Recht darauf voraus, dass der entscheidende Spruchkörper auch am EuGH gesetzlich vorherbestimmt ist. Art. 251 AEUV, der als Primärnorm die Organisation der Europäischen Gerichte regelt, schweigt zur Frage. Es ist also unklar, ob nur das Gericht als Ganzes (gerichtsexterner Bereich)<sup>57</sup> oder auch *innerhalb* des Gerichts der jeweilige Spruchkörper bzw. sogar der jeweils entscheidende Richter (gerichtsinterner Bereich) festgelegt sein muss. Eine Orientierung zum Verständnis des Rechts auf den gesetzlichen Richter in der EU könnte eine Untersuchung ausgewählter

<sup>54</sup> Dies fordert ebenfalls *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (156 f.).

<sup>55</sup> Ob eine gegen Art. 47 GRCh verstoßende Spruchkörperbesetzung des EuG beim EuGH geltend gemacht werden kann, ist mangels einschlägiger Rechtsprechung nicht ausgemacht. In der Rechtssache *Gaal* reagierte der EuGH mit Unverständnis auf eine entsprechende Rüge (siehe hierzu bereits unter II. 1. a); kritisch auch *Puttler*, EuR 2008 [Beiheft 3], 133 [144], die betont, dass ein Recht auf den gesetzlichen Richter nur Wirksamkeit entfalten kann, wenn es justiziabel ausgestaltet, d.h. rügefähig ist [156]).

<sup>56</sup> Ähnlich verhielt es sich mit den einschlägigen Verfahrensvorschriften des GöD (siehe bereits Fn. 52). Zu den Besetzungsvorschriften am EuG und GöD auch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (141, 155 f.), nach der die Zuweisung dort jedenfalls transparenter verlief bzw. verläuft als am EuGH.

<sup>57</sup> Die Einteilung der Schutzrichtung des Rechts auf den gesetzlichen Richter in einen *gerichtsexternen* und *gerichtsinternen* Bereich erläutert im Rahmen der Entstehungsgeschichte des Rechts auf den gesetzlichen Richter *Seif*, *Recht und Justizhoheit: historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, 2003, S. 310 ff.

Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten geben, aus denen möglicherweise eine gemeinsame Verfassungstradition hergeleitet werden kann (1.). Zu untersuchen ist weiter, ob eine direkte Ableitung eines Rechts auf den gesetzlichen Richter im Sinne eines per Gesetz vorherbestimmten Spruchkörpers innerhalb des Gerichts aus Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh in Betracht kommt (2.), der im Lichte des Art. 6 Abs. 1 EMRK auszulegen ist (3.).

#### 1. Ein Recht auf den gesetzlichen Richter aufgrund „gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen“ – mitgliedstaatliche Rechtsordnungen im Vergleich

Um sich der Frage zu nähern, wie weit die Gerichtsbesetzung am EuGH im Einzelfall (in welcher Form auch immer) festgelegt sein muss, ist ein Vergleich verschiedener mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen in der EU hilfreich. Die EU-Grundrechte werden durch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten beeinflusst: Gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV sind die Grundrechte, wie sie in der EMRK und der GRCh gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Die GRCh selbst bestimmt in Art. 52 Abs. 4, dass die Grundrechte der Charta, soweit sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, „im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt“ werden (müssen).<sup>58</sup> Im Folgenden sollen neben dem deutschen Modell des Rechts auf den gesetzlichen Richter (a) exemplarisch das englische (b) sowie das französische Verständnis (c) überprüft werden. Die drei Rechtsordnungen stehen stellvertretend für markante, innerhalb der Union vorfindliche Grundhaltungen im Umgang mit dem gesetzlichen Richter: Während das deutsche Recht hier durch ein sehr strenges Verständnis geprägt ist, ist dem englischen Recht dieses Prinzip – soweit ersichtlich – gänzlich unbekannt. Das französische Modell kennt das Recht auf den gesetzlichen Richter, pflegt aber eine großzügigere Handhabung der Geschäftsverteilungspraxis.

##### a) Das deutsche Verständnis vom gesetzlichen Richter

Die deutsche Rechtsordnung zeichnet sich – wie bereits erwähnt – durch ein außerordentlich rigides Verständnis vom Recht auf den gesetzlichen Richter aus, das in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als grundrechtsgleiches Recht<sup>59</sup> bzw. als

<sup>58</sup> *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 66; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 19), Art. 52 GRCh Rn. 39 f.; ausführlich *Borowsky*, in: *Meyer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 44 ff.

<sup>59</sup> *Hömig*, in: *Hömig/Wolff* (Hrsg.), Grundgesetz, Handkommentar, 11. Aufl. 2016, Art. 101 Rn. 1; *Degenhart*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 1.

Justizgrundrecht<sup>60</sup> ausgestaltet und einfachgesetzlich in § 16 S. 2 GVG geregelt ist.<sup>61</sup> Als gesetzlicher Richter gilt nicht nur das Gericht als organisatorische Einheit bzw. als Gegen teil zum ad hoc eingesetzten Gericht,<sup>62</sup> sondern auch der jeweils erkennende Spruchkörper sowie der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter (ad personam).<sup>63</sup>

Da der Gesetzgeber schon aus praktischen Gründen nicht jeden Fall der Verteilung der Rechtssachen auf die Spruchkörper innerhalb eines Gerichts regeln kann,<sup>64</sup> wird den deutschen Gerichten (konkret: dem Präsidium) in § 21e GVG die Pflicht auferlegt, ihre Geschäftsverteilung selbst im Voraus für das kommende Geschäftsjahr zu regeln (geläufige Verteilungssysteme: Alphabet, Sachbereich oder Eingang der Rechtssachen). Der hieraus resultierende Geschäftsverteilungsplan muss den zuständigen Richter für den Einzelfall nach objektiven Kriterien und so genau bestimmen, dass sachfremde Einflüsse nicht zu befürchten sind.<sup>65</sup> Für Ermessensentscheidungen ist hier kein Platz, selbst wenn diese auf sachgerechten Gründen beruhen.<sup>66</sup>

Diese strikte Haltung zum Recht auf den gesetzlichen Richter wurzelt in der deutschen Geschichte: In der Zeit der Aufklärung reifte die Erkenntnis, dass sachfremde Eingriffe des Landesherrn (damals der Monarch im absolutistischen System) in die Rechtsprechung (sog. Kabinettsjustiz) beendet werden müssen.<sup>67</sup> Zunächst fand sich das Recht auf den gesetzlichen Richter nur in seiner gerichtsexternen Ausprägung, d.h. als Verbot von Ad-hoc-Gerichten. Schon damals genoss es als „Ergebnis des Kampfes des Bürgertums um die Sicherung seiner freiheitlichen Rechtsstellung“<sup>68</sup> einen sehr hohen Stellenwert.<sup>69</sup>

<sup>60</sup> Vgl. nur BVerfGE 28, 314 (323): „prozessuales Grundrecht“.

<sup>61</sup> BGH NSTz 2017, 720; FGPrax 2010, 100 (101).

<sup>62</sup> Seif (Fn. 57), S. 310; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.8.2017, Art. 101 Rn. 11.

<sup>63</sup> Morgenthaler (Fn. 62), Art. 101 Rn. 11; Puttler, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (147); zudem Maunz (Fn. 3), Art. 101 Rn. 11 m.w.N.; aus der Rspr. nur BVerfGE 17, 294 (298 f.); 18, 344 (349); 40, 356 (361); BVerfG BeckRS 2009, 31748 Rn. 8.

<sup>64</sup> Maunz (Fn. 3), Art. 101 Rn. 43.

<sup>65</sup> „Gebot der normativen Vorausbestimmung“, dazu Morgenthaler (Fn. 62), Art. 101 Rn. 17, 19; BVerfGE 18, 423 (426).

<sup>66</sup> Maunz (Fn. 3), Art. 101 Rn. 44; BVerfGE 18, 65.

<sup>67</sup> Sowada (Fn. 7), S. 5 (ausführlich S. 33 ff.).

<sup>68</sup> Maunz (Fn. 3), Art. 101 Rn. 1; zur Entwicklung des Prinzips auf den gesetzlichen Richter äußert sich auch BVerfG NJW 1954, 593.

<sup>69</sup> Das Recht auf den gesetzlichen Richter war anerkannt als Sicherung der Rechtsstaatlichkeit auf dem Gebiet der Gerichtsbarkeit schlechthin, so Maunz (Fn. 3), Art. 101 Rn. 1. Instruktiv zur Geschichte des gesetzlichen Richters in Deutschland Seif (Fn. 57), S. 214 ff.; Sowada (Fn. 7), S. 33 ff.; und Kellermann, Probleme des gesetzlichen Richters: Unter besonderer Berücksichtigung der großen Strafverfahren, 1971, S. 48 ff.

1849 mahnte *Rudolf von Jhering* an, dass eine Ausdehnung des Rechts auf den gesetzlichen Richter auf den gerichtlichen Bereich erforderlich sei, um die vollständige Unabhängigkeit der Justiz zu gewährleisten.<sup>70</sup> Ansonsten könne die Exekutive innerhalb eines durch Gesetz errichteten Gerichts die Spruchkörper bzw. Richter nach Belieben berufen und abbestellen und damit den Sinn des Verbotes von Ad-hoc-Gerichten unterlaufen.<sup>71</sup> Die Anregung wurde 1876 umgesetzt und die richterliche Selbstverwaltung einfachgesetzlich im GVG erfasst.<sup>72</sup> Nach der Beratung im Herrenchiemsee-Konvent 1949 wurde die gerichtliche Komponente des Rechts (auch aufgrund der Erfahrungen der Justizwillkür in der Zeit des Nationalsozialismus) verfassungsrechtlich verankert.<sup>73</sup>

Das deutsche Verständnis des Rechts auf den gesetzlichen Richter bezweckt somit im Kern den Schutz von Vertrauen: Zum einen wird der Glaube an die Neutralität desjenigen bewahrt, der die Richter nach seinem Ermessen einsetzt.<sup>74</sup> Deshalb werden strikte, objektive Kriterien gefordert, die dessen Spielraum weitestgehend begrenzen oder gar ausschließen. Daneben wird auch das Vertrauen gegenüber den entscheidenden Richtern selbst gesichert: Es soll von vorn herein der Eindruck vermieden werden, dass der eingesetzte Richter sich in seiner Entscheidung aus Opportunitätsgründen nicht von ausschließlich im Gesetz angelegten Motiven leiten lässt.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1898, Bemerkung 407; Seif (Fn. 57), S. 311 f.

<sup>71</sup> „Achillesferse“ der Einrichtung, vgl. v. Jhering (Fn. 70), Bemerkung 407.

<sup>72</sup> Ausführlich zur Historie insb. der gerichtlichen Regelung Seif (Fn. 57), S. 310 ff.

<sup>73</sup> Vgl. die Vorgängerregelung in Art. 105 WRV: „Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden [...]“.

<sup>74</sup> Nach damaligem Verständnis der Landesherr (so die Begründung durch v. Jhering [Fn. 70], Bemerkung 407). Heute richtet sich der Schutz typischerweise gegen die Judikative, die sich den Geschäftsverteilungsplan selbst gibt (Maunz [Fn. 3], Art. 101 Rn. 43): Nach § 21e Abs. 1 GVG bestimmt das Präsidium des Gerichts unter anderem die Besetzung der Spruchkörper vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer. Die Richter, die dem Präsidium nicht angehören, sind zuvor anzuhören (Abs. 2). Nachträgliche Änderungen dürfen nur bei besonderen, in § 21e Abs. 3 S. 2 GVG explizit genannten Anlässen vorgenommen werden.

<sup>75</sup> Das BVerfG betonte selbst die Bedeutung des „Vertrauen[s] der Rechtssuchenden und auch der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte“, BVerfGE 4, 412 (416); Morgenthaler (Fn. 62), Art. 101 Rn. 3. Erst vor Kurzem bestätigte der BGH diese strenge Sichtweise: Es müsse „im Voraus so eindeutig wie möglich“ festgelegt sein, „welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche Richter zur Entscheidung des Einzelfalls berufen sind. Geschäftsverteilungs- und Mitwirkungsregelungen bedürfen deshalb auch der Schriftform“ (BGH NSTz 2017, 429 [430]). Jüngst dazu noch einmal das BVerfG, wonach ein Geschäftsverteilungs-

Nach deutschem Verständnis dürfte die Verfahrensordnung dem Präsidenten des EuGH bei der Wahl des Berichterstatters (der sodann den zuständigen Spruchkörper vorschlägt) somit keinerlei Auslegungsspielraum belassen – ein vorformulierter Geschäftsverteilungsplan mit unbeeinflussbaren Zuweisungskriterien wäre nötig.<sup>76</sup>

b) „Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser“: Kein Recht auf den gesetzlichen Richter in England

Das englische Recht kennt das Prinzip des gesetzlichen Richters nicht – weder als geschriebenen noch als ungeschriebenen Grundsatz.<sup>77</sup> Somit stellt es den „prinzipiellsten Gegensatz“<sup>78</sup> zum deutschen Modell dar. Es gibt in der englischen Gerichtsbarkeit keinen Geschäftsverteilungsplan; der Vorsitzende Richter kann (mit Unterstützung der Gerichtsverwaltung) beliebig den jeweiligen Spruchkörper zusammenstellen.<sup>79</sup>

Die Gründe für diese Abweichung vom deutschen Verständnis liegen insbesondere in einem anderen Richterbild. Der Richter in Deutschland wird (unabhängig von seinen objektiven Kenntnissen und Fähigkeiten) von der Öffentlichkeit als „Angestellter“ des Staatsapparates wahrgenommen, dessen Aufgabe es ist, seine Fälle nach Abwägung unterschiedlicher Standpunkte nach bestem (menschlichen) Gewissen zu entscheiden. In England hingegen genießt der Richter in seiner Rolle seit jeher ein sehr hohes Ansehen.<sup>80</sup> Insgesamt gibt es dort nur etwa 200 Berufsrichterstellen.<sup>81</sup> Grundsätzlich kann in England nur ein Jurist mit langjähriger Berufserfahrung zum Richter ernannt werden; das Richteramt ist dort das Berufs(end-)ziel.<sup>82</sup> Dem Richter im englischen Rechtssystem wird von der Öffentlichkeit allgemein ein gros-

ses Vertrauen entgegengebracht;<sup>83</sup> er gilt als „unfehlbar“, sodass es im englischen Rechtssystem als unerheblich erscheint, welcher Richter den Prozess entscheiden wird.<sup>84</sup>

Darüber hinaus ist die Aufgabe des Richters (jedenfalls im Strafprozess) in England eine gänzlich andere als die des Richters in Deutschland. Der deutsche Strafprozess ist geprägt von den Grundsätzen der Amtsaufklärung (§ 244 Abs. 2 StPO) und der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO). Der Richter nimmt danach als „Repräsentant der Staatsgewalt die Aufgabe der Wahrheitsermittlung wahr [...]“<sup>85</sup> und entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme „nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“. Die Gerichtsmitglieder, insbesondere der Vorsitzende des Spruchkörpers, dominieren das Verfahren. Der (Straf-)Prozess in England lässt sich dagegen eher als „Zweikampf“ der beiden prozessualen Gegner – Angeklagter und Staatsanwaltschaft – charakterisieren, den der Richter als „Schiedsrichter“ begleitet. In diesem „Parteienprozess“ kommt dem Richter eine eher passive Rolle zu; er nimmt weniger Einfluss auf das Verfahren.<sup>86</sup> Eine etwaige Manipulation in der Zuweisung einer Rechtssache an den Richter hätte (nach englischem Grundverständnis) demnach keine großen Auswirkungen auf das Ergebnis. Das Recht auf den gesetzlichen Richter spielt vor diesem Hintergrund keine Rolle.<sup>87</sup> Die Möglichkeit der Ablehnung eines ernannten Richters aufgrund seiner Befangenheit reicht den Beteiligten zum Schutz vor einer Manipulation der Geschäftsverteilung aus.<sup>88</sup>

plan grundsätzlich erforderlich sei, dieser jedoch während eines anhängigen Verfahrens nachträglich geändert werden könne, sofern die Regelung generell gilt, vgl. BVerfG NJW 2017, 1233 (1234). Wird eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans auf eine Arbeitsüberlastung gestützt, muss der Gerichtspräsident die tatsächlich bestehende Arbeitsbelastung hinreichend darlegen, vgl. BVerfG NJW 2005, 2689 (2690).

<sup>76</sup> Ganz grundsätzlich kann das Prinzip in Frage gestellt werden, nach dem zunächst der Berichterstatter und erst dann der (dem Berichterstatter grundsätzlich zugehörige) Spruchkörper bestimmt wird (dies kritisiert auch *Puttler*, EuR 2008 [Beiheft 3], 133 [157 f.]). Zwar erscheint es aus Effizienzgründen gerechtfertigt, dass der Berichterstatter der entscheidenden Kammer angehört. Ebenso könnte jedoch zunächst die entscheidende Kammer bestimmt und aus dieser sodann der Berichterstatter ernannt werden.

<sup>77</sup> *Sowada* (Fn. 7), S. 125.

<sup>78</sup> *Sowada* (Fn. 7), S. 125.

<sup>79</sup> Vgl. *Sowada* (Fn. 7), S. 125.

<sup>80</sup> So auch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (149).

<sup>81</sup> *Sowada* (Fn. 7), S. 126 m.w.N.

<sup>82</sup> In diesem Sinne *Sowada* (Fn. 7), S. 125, mit Verweis auf *Roellecke*, DRiZ 1983, 258 (260), der die Richter in England als „Fürsten“, die Richter in Deutschland demgegenüber als „Staatsdiener“ bezeichnet.

<sup>83</sup> Für Viele *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (149).

<sup>84</sup> Ganz nach dem Motto „Richter gleich Richter“, dazu *Kellermann* (Fn. 69), S. 88; *Sowada* (Fn. 7), S. 96; siehe noch unter IV.

<sup>85</sup> *Sowada* (Fn. 7), S. 126 f.

<sup>86</sup> *Sowada* (Fn. 7), S. 127. Ausführlicher zu diesem Punkt *Damaska*, ZStW 87 (1975), 714, der näher auf den Unterschied zwischen dem „adversatorischen“ Modell im Common Law und dem „nicht-adversatorischen“ Modell in Kontinentaleuropa eingeht. Die Differenzen veranschaulicht *Damaska* am Beispiel der abweichenden Behandlung des Nichtbestreitens der Anklage durch den Beschuldigten (719 f.): Während der Richter im adversatorischen System sich nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugen muss und dieser ohne Hauptverhandlung verurteilt werden kann („conviction by plea“), ist die Einstellung des Beschuldigten gegenüber der Anklage im nicht-adversatorischen Modell bedeutungslos. Ein Hauptverfahren, in dem die tatsächlichen und rechtlichen Probleme erörtert werden und der Richter sich von der Schuld des Angeklagten überzeugen muss, findet dennoch statt.

<sup>87</sup> Siehe ausführlich und instruktiv zum Recht auf den gesetzlichen Richter in England *Sowada* (Fn. 7), S. 125 ff.; vgl. auch *Seif* (Fn. 57), S. 151 ff.; ebenfalls *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (149).

<sup>88</sup> *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (150).

c) „*Le droit au juge naturel*“ in Frankreich

Im Gegensatz zur englischen Rechtsordnung ist das Recht auf den gesetzlichen Richter im französischen Recht („*le droit au juge naturel*“) nicht gänzlich unbekannt. Während das Prinzip im 18. und 19. Jahrhundert noch als expliziter Verfassungsgrundsatz niedergeschrieben war,<sup>89</sup> ist es in der aktuellen Verfassung<sup>90</sup> nicht mehr verankert. Jedoch besteht das Recht auf den gesetzlichen Richter als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz weiter und leitet sich aus der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789<sup>91</sup> ab, auf die die aktuelle Verfassung in ihrer Präambel verweist.<sup>92</sup> Nach ganz überwiegender Ansicht entspringt das Recht auf den gesetzlichen Richter dem Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz („*égalité devant la loi*“ – Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789).<sup>93</sup> Mit diesem Grundsatz gehe die Gleichheit der Rechtssuchenden vor dem Gericht einher („*l'égalité des justiciables devant les juridictions*“). Hiernach muss eine Rechtssache gleicher Natur von demselben Gericht (bzw. von demselben Spruchkörper) entschieden werden, das sich jeweils nach den gleichen Regeln zusammensetzt („*désignation et composition*“).<sup>94</sup>

Insgesamt herrscht in Frankreich nach wie vor eine große Unsicherheit hinsichtlich der Reichweite des Rechts auf den gesetzlichen Richter.<sup>95</sup> Den Gerichten (bzw. ihren Präsidenten) wird ein großer Ermessensspielraum hinsichtlich der Verteilung der Rechtssachen auf die Kammern zugesprochen.<sup>96</sup> Zwar werden den Spruchkörpern einzelne Rechtsge-

biete vorab zugeteilt; jedoch darf von dieser Verteilung zum Zweck der Flexibilität des Systems und somit der Effizienz<sup>97</sup> abgewichen werden.<sup>98</sup>

Der Einfluss, den die Person des entscheidenden Richters auf das Urteil hat, ist in der französischen Rechtsordnung also bekannt. Dementsprechend wird dem Prinzip des gesetzlichen Richters (über den Umweg des Prinzips der Gleichheit vor dem Gericht<sup>99</sup> bzw. der Gesetzmäßigkeit des Verfahrens<sup>100</sup>) auch Verfassungsrang zugemessen.<sup>101</sup> Die Anforderungen, die an dessen Beachtung gestellt werden, sind jedoch ungleich geringer als die Ansprüche, die die deutsche Rechtsordnung diesbezüglich stellt.<sup>102</sup>

d) *Zwischenergebnis*

Mag es innerhalb der EU auch grundsätzlich einen (Minimal-) Konsens über die Berechtigung des Instituts des gesetzlichen Richters geben, werden doch in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Anforderungen an diesen gestellt.<sup>103</sup> Eine konkrete „grundlegende Grundrechtsüberzeugung“,<sup>104</sup> die von der EU zwingend aufzunehmen wäre, ist nicht ersichtlich.<sup>105</sup> Deshalb ist im Weiteren darauf einzugehen, ob

<sup>89</sup> Constitution de 1791 (Titre III, Chapitre V, art. 4); Constitution de 1795 (art. 204); Charte Constitutionnelle de 1814 (art. 62); Charte additionnelle de 1815 (art. 60); Charte de 1830 (art. 53), Constitution républicaine de 1848.

<sup>90</sup> Constitution de la 5<sup>e</sup> République du 4. Oct. 1958, Text online abrufbar unter <http://t1p.de/lu5k> (28.6.2018).

<sup>91</sup> Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, Text online abrufbar unter <http://t1p.de/ce79> (mit deutscher Übersetzung – 28.6.2018).

<sup>92</sup> Vgl. *Renoux*, RTD civ. 92 (1), 33 (34).

<sup>93</sup> Dazu *Jeuland*, RFAP n° 125 (1/2008), 33 Rn. 3; *Renoux*, RTD civ. 92 (1), 33 (34). Nach a.A. ist das Recht auf den gesetzlichen Richter aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verfahrens (Art. 7 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789) herzuleiten; vgl. *Royer*, RSC 2006, 787 (794).

<sup>94</sup> „La règle est que toutes les affaires juridiquement de même nature doivent être jugées selon des juridictions strictement identiques, composées selon les mêmes règles“, dazu *Renoux*, RTD civ. 92 (1), 33 (54) mit dem Hinweis, es sei jedoch gleichzeitig unklar, wann genau zwei Rechtssachen gleicher Natur sind, damit ein Anspruch auf die gleiche Zusammensetzung desselben Gerichts besteht.

<sup>95</sup> *Jeuland*, RFAP n° 125 (1/2008), 33 Rn. 3.

<sup>96</sup> *Seif* (Fn. 57), S. 385, nimmt an, dass der Gerichtspräsident bei der Verteilung der Rechtssachen auf die Spruchkörper nicht willkürlich handeln darf („Für die Ausübung des Ermessens zieht die gerichtliche Schutzrichtung der Garantie des gesetzlichen Richters eine Willkürgrenze“). Diese Annahme bleibt allerdings unbelegt.

<sup>97</sup> „Bonne administration de la justice“ (vgl. *Royer*, RSC 2006, 787 [805]).

<sup>98</sup> Diesen Zustand kritisieren *Jeuland*, RFAP n° 125 (1/2008), 33 Rn. 7; und *Royer*, RSC 2006, 787 (805).

<sup>99</sup> Vgl. *Jeuland*, RFAP n° 125 (1/2008), 33 Rn. 3; *Renoux*, RTD civ. 92 (1), 33 (34).

<sup>100</sup> *Royer*, RSC 2006, 787 (794).

<sup>101</sup> So erklärte der Conseil Constitutionnel ein Gesetz für verfassungswidrig (Cons. Const. N° 75-56 DC, 23.7.1975), das dem Gerichtspräsidenten bei der gerichtlichen Zuteilung einer (strafrechtlichen) Rechtssache die Entscheidung beließ, ob diese ein Spruchkörper mit drei Richtern oder ein Einzelrichter bearbeiten solle.

<sup>102</sup> Vgl. m.w.N. zum Recht auf den gesetzlichen Richter in Frankreich *Eser*, in: *Eser/Kullmann/Meyer-Gossner/Odersky/Voß* (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. 247 (259 f.); *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (150 f.); *Seif* (Fn. 57), S. 379 ff.

<sup>103</sup> Mit Blick auf die deutlich flexibleren Regelungen in anderen Mitgliedstaaten der EU lehnen *Rengeling/Szczekalla* u.a. (vgl. Fn. 21) einen Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter am EuGH ab.

<sup>104</sup> *Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 19), Art. 6 EUV Rn. 52.

<sup>105</sup> Selbst wenn man davon ausginge, dass es eine gemeinsame (Grundrechts-)Überzeugung hinsichtlich des Bestehens des Rechts auf den gesetzlichen Richter gibt, so ist jedenfalls unklar, wie weit dieses Recht reichen soll. Generell zur Ableitung eines Grundrechts aus der gemeinsamen Verfassungstradition nur *Schorkopf* (Fn. 10419), Art. 6 EUV Rn. 50 ff. Insbesondere kann nicht automatisch der Minimal- (England) oder der Maximalstandard (Deutschland) in der EU angenommen werden (*Puttler*, EuR 2008 [Beiheft 3], 133 [151 m.w.N.]). *Wichard* (EuZW 1996, 305 [306]) betont, dass

sich aus den europäischen Vorschriften ein Recht auf den gesetzlichen Richter ableiten lässt, das auch eine Vorabbestimmung des entscheidenden Spruchkörpers gewährleistet.

2. Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh

Ein dem Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entsprechendes Recht könnte sich aus der Europäischen Grundrechtecharta<sup>106</sup> ergeben. Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh normiert das Recht jeder Person, ihre Sache von einem „unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht [...]“ verhandeln zu lassen.

Einigkeit herrscht nun in der einschlägigen Literatur darüber, dass nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh zwar die Errichtung der Gerichte sowie der organisatorische Aufbau und die sachlichen sowie örtlichen Zuständigkeiten vorab „in den Grundlagen“<sup>107</sup> zu regeln sind; jedoch müsse nicht im Detail festgelegt sein, welcher zur Entscheidung berufene Richter welche Fälle bearbeitet.<sup>108</sup> Unklar bleibt dementsprechend weiterhin, ob sich das „zuvor durch Gesetz errichtete Gericht“ auf das Gericht als Ganzes, auf den einzelnen Spruchkörper oder sogar auf den einzelnen Richter innerhalb eines Spruchkörpers bezieht.<sup>109</sup>

Weiteren Aufschluss zu dieser Frage können die Erläuterungen zu Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh<sup>110</sup> geben, die das Präsidium des Grundrechtekonvents bei der Ausarbeitung der Grundrechtecharta ausgearbeitet hat.<sup>111</sup> Danach entspreche

auch das BVerfG die Herleitung der EU-Grundrechte aus der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten gebilligt, aber ebenfalls ausdrücklich anerkannt habe, dass die „Ziele und besonderen Strukturen der Gemeinschaft“ die Grundrechte in einen „besonderen Sinnzusammenhang“ stellen, deren „Konkretisierung dem EuGH anheimgegeben“ sei.

<sup>106</sup> Diese gilt seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon mit Wirkung vom 1.12.2009 verbindlich; siehe nur *Voet van Vormizeele*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 9), Art. 47 GRCh Rn. 1.

<sup>107</sup> Vgl. *Blanke*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 47 GRCh Rn. 13.

<sup>108</sup> *Eser*, in: Meyer (Fn. 58) Art. 47 Rn. 30 f.; *Jarass* (Fn. 58), Art. 47 Rn. 18. *Alber* (in: Tettinger/Stern [Hrsg.], Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, 2006, Art. 47 Rn. 56) erwähnt den organisatorischen Aufbau nicht; hiernach schütze Art. 47 GRCh nur vor Ausnahmegerichten.

<sup>109</sup> Den Meinungsstreit andeutend *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 103), § 44 Rn. 1159.

<sup>110</sup> Online abrufbar unter <http://t1p.de/qi3e> (28.6.2018), S. 41; so i.E. auch *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (469 m.w.N.).

<sup>111</sup> *Borowsky* (Fn. 58), Art. 52 Rn. 47 ff. Gemäß Art. 52 Abs. 7 GRCh sind diese Erläuterungen von den Gerichten der Union und den Mitgliedstaaten „gebührend zu berücksichtigen“ (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 EUV). Dementsprechend können diese Grundsätze jedenfalls zur Auslegung der vagen Bestimmungen der GRCh herangezogen werden. Zum Streit, ob und inwiefern die Erläuterungen der GRCh auch Rechts-

Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh in seinem Inhalt dem Art. 6 Abs. 1 EMRK. Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh erweitere lediglich den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK, dessen Inhalt bereits über Art. 53 GRCh<sup>112</sup> in der Grundrechtecharta beachtet werden muss.<sup>113</sup>

Deshalb ist in einem nächsten Schritt zu untersuchen, ob und inwiefern Art. 6 Abs. 1 EMRK ein Recht auf den gesetzlichen Richter kennt.

3. Art. 6 Abs. 1 EMRK als Auslegungshilfe für Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK bestimmt, dass „Jede Person [...] ein Recht darauf [hat], dass [...] von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht [...] verhandelt wird.“<sup>114</sup>

a) Der interne Schutzcharakter des Art. 6 Abs. 1 EMRK

aa) Uneinigkeit in Literatur und Rechtsprechung

In der Literatur wird unterschiedlich beurteilt, ob sich Art. 6 Abs. 1 EMRK auf die interne Verteilung der Rechtssachen an die Spruchkörper bzw. die einzelnen Richter bezieht. Teilweise wird angenommen, Art. 6 Abs. 1 EMRK verlange, dass jedenfalls der zuständige Spruchkörper für jeden Fall vorab bestimmt ist.<sup>115</sup> Nach anderer Ansicht lässt sich aus

wirkungen entfalten können, *Borowsky* (Fn. 58), Art. 52 Rn. 47b m.w.N.

<sup>112</sup> Art. 53 GRCh füllt den Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 EUV aus, nach dem die EU die „Rechte, Freiheiten und Grundsätze“ anerkennt, die in der GRCh niedergelegt sind.

<sup>113</sup> Art. 6 Abs. 1 EMRK gilt nur für strafrechtliche Anklagen und zivilrechtliche Ansprüche bzw. Verpflichtungen. Die GRCh hingegen kennt diese Einschränkung nicht (für Viele *Voet van Vormizeele* [Fn. 106], Art. 47 GRCh Rn. 2); vgl. auch *Kraus*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 3 Rn. 71, nach dem die GRCh von den EMRK-Gewährleistungen als Grundlage ausgeht.

<sup>114</sup> *Hervorhebung* durch die Verfasser.

<sup>115</sup> *Valerius*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.7.2017, Art. 6 EMRK Rn. 8 (der gleichzeitig betont, dass die Anforderungen an Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG über die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK hinausgehen). So auch *Esser*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 11. Bd., 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK und Art. 14 IPBPR Rn. 134, nach dem die „Grundlagen für die Errichtung und die Organisation des jeweiligen Spruchkörpers, also auch seine Zusammensetzung und seine Zuständigkeiten, durch Gesetz abstrakt-generell vorbestimmt sein müssen“; ebenfalls *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 71; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 12), Art. 6 EMRK Rn. 19 f. (vorab geregelt sein müssen Organisation, Zuständigkeit, Zusammensetzung); unklar *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur

Art. 6 Abs. 1 EMRK ausschließlich das Verbot der Errichtung von Ad-Hoc-Gerichten ableiten, was eine richterinterne Schutzwirkung nicht notwendigerweise einschließt.<sup>116</sup>

Der EGMR<sup>117</sup> äußerte sich (soweit erkennbar) erstmals im Jahre 1978 zu dieser Frage<sup>118</sup> und legte den Satzteil des „auf Gesetz beruhenden Gericht[es]“ gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK weit aus: Die gesamten organisatorischen Rahmenbedingungen – und damit auch das im Einzelfall entscheidende Gericht – müssten vorab festgelegt sein. Zwar habe das Gesetz nicht jede Einzelheit der gerichtlichen Zusammensetzung zu regeln, jedoch solle darin zumindest das organisatorische Grundgerüst festgelegt werden. Im Jahr 2000<sup>119</sup> stellte der EGMR dann explizit fest (nachdem er die Frage zunächst offengelassen hatte<sup>120</sup>), dass die Gesetzlichkeit eines Gerichts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur verlange, dass die Einrichtung des Gerichts selbst auf einer Rechtsvorschrift beruht; auch seine Zusammensetzung im Einzelfall müsse qua Gesetz geregelt sein.<sup>121</sup>

Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 10, 4. Aufl. 2011, Art. 6 EMRK Rn. 64, nach dem u.a. die Besetzung des Gerichts „einigermaßen vorhersehbar generell-abstrakt“ festgelegt sein soll. Nicht erläutert wird sowohl bei *Paeffgen* als auch bei *Satzger*, ob mit „Zusammensetzung“ die generelle Gerichtsbesetzung gemeint ist oder die Besetzung in einer einzelnen Rechtssache. Nach *Gundel*, EuR 2008 (Beiheft 3), 23 (32) ist „geklärt [...], dass das Erfordernis verlangt, dass nicht nur die Existenz des Gerichts, sondern auch seine Zusammensetzung im konkreten Einzelfall sich aus gesetzlichen Regeln ergibt“. Begründet wird dies jedoch ausschließlich mit Verweis auf die EGMR-Rechtsprechung im Fall *Buscarini* (Fn. 119) und ohne Hinweis auf die neuere Entscheidung des EGMR im Fall *Coëme* (Fn. 123), in dem der Entscheidungsspielraum des jeweils entscheidenden Gerichts bei der Auslegung der Organisationsregeln betont wurde.

<sup>116</sup> *Schultze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 101 Rn. 8; *Seif* (Fn. 57), S. 421 f.

<sup>117</sup> Bei der Auslegung der vagen Bestimmungen der EMRK ist auf die Rechtsprechung des EGMR zurückzugreifen (in Rechtsprechung und Literatur anerkannter Grundsatz, siehe nur BVerfGE 111, 307; 128, 326; ähnlich *Kraus* [Fn. 113], Kap. 3 Rn. 74, der gleichzeitig darauf hinweist, dass jedenfalls der EuGH selbst die EMRK in der ihr durch den EGMR gegebenen Auslegung heranzieht [Rn. 50]).

<sup>118</sup> EGMR, Urt. v. 12.10.1978, Beschwerde-Nr. 7360/76 (*Zand v. Österreich*), Rn. 68 ff.

<sup>119</sup> EGMR, Urt. v. 4.5.2000, Beschwerde-Nr. 31657/96 (*Buscarini v. San Marino*), unter 2.

<sup>120</sup> EGMR, Urt. v. 1.10.1982, Beschwerde-Nr. 8692/79 (*Piersack v. Belgien*), Rn. 33.

<sup>121</sup> „La Cour rappelle qu'elle s'est déjà posée la question de savoir si le membre de phrase 'établi par la' loi concerne non seulement la base légale [...] de l'existence même du 'tribunal', mais encore la composition du siège dans chaque affaire.“ Die „*Buscarini*-Rechtsprechung“ gilt mittlerweile als gefestigt, siehe nur EGMR, Urt. v. 5.10.2010, Beschwerde-Nr. 19334/03 (*DMD Group, A.S. v. Slowakei*), Rn. 59; Urt. v. 2.4.2013, Beschwerde-Nr. 23103/07 (*Momcilovic v. Ser-*

Hieraus kann grundsätzlich ein subjektives Recht<sup>122</sup> des Rechtsuchenden auf eine auf Gesetz beruhende Zusammensetzung des jeweiligen Tribunals abgeleitet werden, sodass auch im Vorhinein geregelt sein muss, welcher Spruchkörper mit welchen Richtern welchen Fall zu bearbeiten hat.

Teilweise wird angemerkt, dass der EGMR den Gerichten einen Spielraum hinsichtlich der Auslegung der gesetzlichen Grundlage, die die Besetzung des Gerichts im Einzelfall regelt, zugestehe<sup>123</sup> und dass lediglich ungeklärt sei, wie weit dieser Spielraum reicht<sup>124</sup> oder – anders formuliert – wie detailliert diese gesetzliche Grundlage sein muss.<sup>125</sup> Der EGMR betonte in seinen Entscheidungen jedoch stets, dass es für den Rechtsuchenden „kein Element der Unsicherheit“ geben dürfe, was für eine starke Begrenzung des Auslegungsspielraums spricht.<sup>126</sup>

bien), Rn. 29; Urt. v. 12.4.2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 (*Chim und Przywieczerski v. Polen*), Rn. 137. Zum Ganzen auch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (153).

<sup>122</sup> Teilweise wurde das Recht auf den gesetzlichen Richter am EuGH als bloß objektiver Verfassungssatz gesehen, so von *Grzybek* (Fn. 39), S. 85; und *Stotz*, EuZW 1995, 749. Diese Ansicht ist, nachdem die GRCh mit dem Vertrag von Lissabon (ABl. 2007 C 306/01 vom 17.12.2007) Rechtsverbindlichkeit erlangt hat (*Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* [Fn. 19], Art. 1 GRCh Rn. 1), obsolet.

<sup>123</sup> EGMR, Urt. v. 22.6.2000, Beschwerde-Nr. 32492/96 u.a. (*Coëme u.a. v. Belgien*), Rn. 98; EGMR, Urt. v. 28.4.2009, Beschwerde-Nr. 17214/05 u.a. (*Savino u.a. v. Italien*), Rn. 94.

<sup>124</sup> Siehe auch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (153).

<sup>125</sup> Vgl. *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2013, 465 (469).

<sup>126</sup> EGMR, Urt. v. 22.6.2000, Beschwerde-Nr. 32492/96 u.a. (*Coëme u.a. v. Belgien*), Rn. 101. Für die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts zur Frage einer richterinternen Schutzwirkung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (vor allem aufgrund der überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten, die ein solches Recht in ihren nationalen Rechtsordnungen kennen) *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (154, 159); und auch *Szczekalla*, EuZW 1995, 671 (672). Dagegen *Grzybek* (Fn. 39), S. 85, der das Vorliegen eines generellen Rechtsgrundsatzes ablehnt, da „ein solcher Grundsatz zu seiner Geltung der positiven Feststellung und inhaltlichen Konturierung durch den Gerichtshof“ bedürfe, „eine diesbezügliche Rechtsprechung [aber] bislang ausgeblieben“ sei. Entsprechende Urteile sind jedoch mittlerweile ergangen, siehe nur EuGH, Urt. v. 13.5.2007 – C-432/05 (*Unibet*) = Slg. 2007, I-2271 Rn. 37, in dem der EuGH erklärt, dass „der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt [und] in den Art. 6 und 13 der EMRK [...] und auch von Art. 47 GRCh bekräftigt worden ist.“

bb) Klärung durch den EGMR in der Sache *Miracle Europe KFT/Ungarn* (Urt. v. 12.1.2016)<sup>127</sup> und das Gutachten der Venedig-Kommission

Jedenfalls seit dem EGMR-Urteil in der Sache *Miracle Europe KFT* ist ein Auslegungsspielraum, der so weit geht, dass der Gerichtspräsident von Fall zu Fall bestimmt, welcher Spruchkörper zuständig sein soll, nicht mehr hinnehmbar. Der EGMR verweist hier insbesondere auf den Bericht der Venedig-Kommission vom März 2012,<sup>128</sup> in dem diese sich unter anderem zur Gerichtsorganisation in Ungarn äußerte.

Die European Commission for Democracy through Law, die ihre vierteljährlichen Treffen in Venedig abhält und dementsprechend „Venedig-Kommission“ genannt wird, wurde 1990 durch eine Resolution des Europarats als dessen Einrichtung geschaffen.<sup>129</sup> Ihr sind 58 Staaten beigetreten, darunter alle Mitgliedstaaten des Europarats sowie weitere Staaten aus Asien, Amerika und Afrika.<sup>130</sup> Jedes Mitgliedsland entsendet einen Experten in die Kommission.<sup>131</sup> Die Venedig-Kommission als Organ des Europarats *sui generis*<sup>132</sup> wird auf Anfrage<sup>133</sup> oder (sofern es sich nicht um Stellungnahmen zu einzelnen Staaten handelt)<sup>134</sup> in Eigeninitiative tätig und arbeitet Gutachten insbesondere zu Fragen des Verfassungsrechts aus.<sup>135</sup> Diese rechtlich unverbindlichen Analysen<sup>136</sup> nutzt der EGMR als Informationsquelle und zur Orientierung bei seiner Entscheidungsfindung sowie dazu, seinen Judikaten durch eine Bezugnahme auf die Venedig-Kommission mehr Akzeptanz zu verleihen.<sup>137</sup> So hat sich der EGMR auch in seinem Urteil *Miracle Europe KFT/Ungarn* vom 12.1.2016 auf das Gutachten der Venedig-Kommission vom 19.3.2012 bezogen, in dem diese sich zum rechtlichen Status und zur Bezahlung von Richtern sowie zur Gerichtsverwaltung und -organisation geäußert hat.

<sup>127</sup> EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*).

<sup>128</sup> Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts in Hungary, online abrufbar unter <http://t1p.de/onle> (28.6.2018).

<sup>129</sup> Mittlerweile: Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law, Resolution (2002) 3, adopted by the Committee of Ministers on 21.2.2002 (online abrufbar unter <http://t1p.de/lvgk> [28.6.2018]); dazu *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven – Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 595 (597).

<sup>130</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 129), S. 597 f.

<sup>131</sup> Art. 2 des Revised Statute.

<sup>132</sup> *Rülke*, Venedig-Kommission und Verfassungsgerichtsbarkeit, Eine Untersuchung über den Beitrag des Europarates zur Verfassungsentwicklung in Mittel- und Osteuropa, 2003, S. 33; *Hoffmann-Riem* (Fn. 129), S. 598.

<sup>133</sup> Siehe hierzu Art. 3 Abs. 2 S. 1 des Revised Statute mit einer Auflistung der Anfrageberechtigten.

<sup>134</sup> *Hoffmann-Riem* (Fn. 129), S. 598.

<sup>135</sup> Art. 1 des Revised Statute.

<sup>136</sup> „Soft Law“, vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 129), S. 599.

<sup>137</sup> Dies betont *Hoffmann-Riem* (Fn. 129), S. 609.

Die Venedig-Kommission betont darin, dass die Zuweisung von Fällen eine entscheidende Bedeutung für die Unabhängigkeit der Gerichte habe.<sup>138</sup> Deshalb sei die Verteilung der Fälle vorab durch Gesetz zu bestimmen.<sup>139</sup> Die Richter, denen bestimmte Fälle anvertraut werden, sollen weder ad hoc noch ad personam ausgewählt werden, sondern nach objektiven und transparenten Kriterien.<sup>140</sup> Die Möglichkeit des Gerichtspräsidenten, bestimmte Fälle an einzelne Richter nach seinem Ermessen zu verteilen, biete die Gefahr des Machtmissbrauchs, wodurch der Prozess stark beeinflusst werden könne.<sup>141</sup>

Der EGMR macht sich die Ausführungen der Venedig-Kommission zur Relevanz des gesetzlichen Richters zu eigen und befürwortet damit eine weite Auslegung von Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>142</sup> Das Gericht in Straßburg betont selbst, dass durch die vorherige Bestimmbarkeit des jeweils entscheidenden Richters das Vertrauen in Gerichtsentscheidungen steigen solle. Dementsprechend sei wichtig, dass die Unabhängigkeit der Richter auch nach außen hin sichtbar wird.<sup>143</sup> Jeder vernünftige Zweifel an der Neutralität solle ausgeschlossen werden.<sup>144</sup>

#### cc) Zwischenergebnis

Es spricht daher einiges dafür, den Gerichten nur einen sehr engen Spielraum bei der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK hinsichtlich der Zuweisung von Fällen einzuräumen. Die Geschäftsverteilung ohne vorherbestimmte Kriterien, wie sie derzeit beim EuGH praktiziert wird, steht somit – jedenfalls nach den deutlichen Ausführungen in der *Miracle Europe KFT/Ungarn*-Entscheidung des EGMR und im Bericht der Venedig-Kommission – nicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK.

<sup>138</sup> Mit Verweis auf ihr früheres Gutachten vom 16.3.2010 zur Unabhängigkeit der Gerichtssysteme (Teil 1: Richterliche Unabhängigkeit); CDL-AD(2010)004 (online abrufbar unter <http://t1p.de/bar> [28.6.2018]) sowie auf Standards des Ministerrats, Recommendation CM(94)12, online abrufbar unter <http://t1p.de/desd> (28.6.2018), Rn. 24.

<sup>139</sup> EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*), Rn. 26.

<sup>140</sup> EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*), Rn. 26; CDL AD(2010)004, Rn. 77.

<sup>141</sup> EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*), Rn. 26; CDL AD(2010)004, Rn. 79.

<sup>142</sup> EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*), Rn. 45 ff.

<sup>143</sup> „Justice must not only be done, it must also be seen to be done“, vgl. EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*), Rn. 53.

<sup>144</sup> EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*), Rn. 54; Urt. v. 24.2.1993, Beschwerde-Nr. 14396/88 (*Fey v. Österreich*), Rn. 28, 30; Urt. v. 21.12.2000, Beschwerde-Nr. 33958/96 (*Wettstein v. Schweiz*), Rn. 42.

Dieser Hintergrund legt es nahe, in der Zuweisungspraxis am EuGH einen Verstoß gegen Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh (über Art. 6 Abs. 1 EMRK) zu sehen. Zwar ist die EU nicht der EMRK beigetreten<sup>145</sup> – weshalb eingewandt werden könnte, dass die Garantien der EMRK nicht für die Unionsgerichtsbarkeit gelten. Art. 52 Abs. 3 GRCh lässt sich jedoch entnehmen, dass – im Falle einer Entsprechung der Grundrechte in der Charta mit den Garantien in der EMRK – die Bedeutung und Tragweite der Gewährleistungen dieselbe sein soll.<sup>146</sup> Der fehlende Beitritt zur EMRK kann die Missachtung des Prinzips deshalb nicht rechtfertigen.

*b) Fehlende Rügbarkeit ...*

Es stellt sich allerdings die Frage, wie die materiell gegen Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh verstoßende Gerichtsbesetzung beim EuGH prozessual gerügt werden kann.

*aa) ... vor einem weiteren Unionsgericht*

Eine Rügbarkeit der Nichtbeachtung des Prinzips auf den gesetzlichen Richter nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh (i.V.m. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK) vor einem weiteren Unionsgericht besteht nicht. Der EuGH entscheidet den einzelnen Fall letztinstanzlich.<sup>147</sup>

*bb) ... vor dem EGMR mangels Beitritts zur EMRK*

Die EU hat im Jahr 2014 den Beitritt zur EMRK verweigert,<sup>148</sup> somit unterfällt sie selbst nicht der Rechtsprechungsgewalt des EGMR. Zwar ist eine indirekte Kontrolle der EuGH-Rechtsprechung durch den EGMR möglich. Auslöser hierfür muss jedoch stets das Handeln eines EMRK-Mitgliedstaates sein.<sup>149</sup> Denkbar ist eine solche inzidente Überprüfung dementsprechend allenfalls in der Konstellation, in der ein Rechtsschutzbegehren vor einem nationalen Gericht aufgrund einer zuvor ergangenen Entscheidung des (ohne Geschäftsverteilungsplan besetzten) EuGH erfolglos bleibt. Sodann könnte der Rechtsuchende eine Individualbe-

schwerde (gegen den betreffenden Mitgliedstaat der EMRK) zum EGMR erheben, der daraufhin die auf Unionsrecht basierende (nationale) Maßnahme prüft. Allerdings besteht laut EGMR zunächst eine Vermutung für die Vereinbarkeit von Maßnahmen, die auf der Grundlage von Unionsrecht ergangen sind. Konkret wird angenommen, dass das Unionsrecht einen der EMRK gleichwertigen bzw. jedenfalls vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleiste.<sup>150</sup> Diese Vermutung kann nur widerlegt werden, wenn der Grundrechtsschutz „offensichtlich unzureichend“ ist.<sup>151</sup> Nach der expliziten Beitrittsverweigerung der EU zur EMRK hat der EGMR seine Rechtsprechung bestätigt und nuanciert: Es sei stets ernsthaft und intensiv zu prüfen, ob die besagte Vermutung widerlegbar ist.<sup>152</sup> Es bleibt abzuwarten, ob und inwiefern der EGMR in Zukunft von dieser Rechtsprechung speziell in Bezug auf das Prinzip des gesetzlichen Richters am EuGH Gebrauch machen wird. Die zugunsten der Unionsrechtsordnung ausgesprochene Vermutung der Konventionskonformität wird jedoch nur schwer zu widerlegen sein.<sup>153</sup>

*cc) ... vor dem BVerfG*

Der deutsche Rechtsuchende könnte zudem versuchen, die aktuelle Geschäftsverteilungspraxis am EuGH vom BVerfG überprüfen und (im besten Falle) für unanwendbar erklären zu lassen. Notwendiger Beschwerdegegenstand ist dafür ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG, der vom Beschwerdeführer gerügt werden kann. Ein Urteil des EuGH als (Rechtsprechungs-)Organ der EU kann als Vorfrage Gegenstand der Prüfung durch das BVerfG sein, soweit dessen Entscheidung die Grundlage für das Urteil eines deutschen Gerichts bildet.<sup>154</sup>

Das BVerfG nimmt eine solche – indirekte – Kontrolle nur ausnahmsweise vor. Die Richter in Karlsruhe haben in ihrer bisherigen Rechtsprechung verschiedene Situationen formuliert, in denen sie einen EU-Rechtsakt für unanwendbar erklären können.<sup>155</sup> Ein Ausnahmetatbestand ist danach gege-

<sup>145</sup> Gutachten 2/13 des Gerichtshofs vom 18.12.2014, online abrufbar unter <http://t1p.de/fqw8> (13.7.2018), das trotz befürwortender Stellungnahme der Generalanwältin Kokott vom 13.6.2014 (EuGRZ 2015, 30) ergangen ist. Im Schrifttum wurde das Gutachten des EuGH überwiegend kritisiert (siehe hierzu nur *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert [Fn. 19], Art. 6 EUV Rn. 32 m.w.N.).

<sup>146</sup> Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh soll „die notwendige Kohärenz zwischen der Charta und der EMRK“ sicherstellen, vgl. Erläuterungen des Grundrechtskonvents (Fn. 110), S. 48.

<sup>147</sup> Art. 280 AEUV i.V.m. Art. 299 AEUV (vgl. hierzu bereits in Fn. 18). Der EuGH kann allerdings immer wieder neu angerufen werden. Die EU-Organe sind hingegen selbst an die Grundrechte gebunden, worauf *Kraus* ([Fn. 113], Kap. 3 Rn. 82) zutreffend hinweist. Eine „Unions-Grundrechtsbeschwerde“ gibt es nicht (vgl. auch Rn. 129).

<sup>148</sup> Gutachten 2/13 des Gerichtshofs vom 18.12.2014 (Fn. 145).

<sup>149</sup> *Athen/Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 19), Art. 344 AEUV Rn. 42.

<sup>150</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Beschwerde-Nr. 45046/98 (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irland*), Rn. 155.

<sup>151</sup> EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Beschwerde-Nr. 45046/98 (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irland*), Rn. 156.

<sup>152</sup> EGMR, Urt. v. 23.5.2016, Beschwerde-Nr. 17502/07 (*Avotins v. Lettland*), Rn. 116.

<sup>153</sup> Hierauf weist *Bröhmer* (EuZW 2006, 71) zutreffend hin.

<sup>154</sup> So (abstrakt) BVerfGE 132, 123 Rn. 97 ff.

<sup>155</sup> Das Vorliegen einer solchen Ausnahmesituation muss der Antragsteller substantiiert darlegen (vgl. für Viele *Rönnau/Wegner*, GA 2010, 561 [578]). Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Grenzen des Einflusses europäischen Rechts auf das nationale Strafrecht würde den Rahmen des Beitrages übersteigen, deshalb sollen hier nur dessen Grundzüge grob angedeutet werden. Ausführlich dazu *Rönnau/Wegner*, GA 2010, 561 (578 ff.). Überblick zur Rechtsprechung hinsichtlich der Prüfung von Unionsrechtsakten bei *Moench/Ruttloff*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des

ben, wenn 1. der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene unter das von Art. 23 Abs. 1 GG vorausgesetzte Niveau herabsinkt,<sup>156</sup> 2. wenn der EU-Hoheitsakt im unübertragbaren Kompetenzbereich der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland (Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 und Art. 20 GG) liegt<sup>157</sup> oder wenn es sich 3. um einen ultra-vires-Akt, d.h. einen Rechtsakt handelt, der in evidenter Weise gegen das Kompetenzgefüge der EU verstößt und „hinreichend qualifiziert“ ist.<sup>158</sup>

Das BVerfG geht bisher bei der Annahme der Ausnahmestatbestände äußerst zögerlich vor und hat die Prüfungskompetenz, die es sich selbst gegeben hat, noch nie ausgeübt.<sup>159</sup> Dementsprechend kann (vorbehaltlich näherer Prüfung) nicht angenommen werden, dass ein Rechtsuchender Erfolg hätte, der sich mit einer Verfassungsbeschwerde an das BVerfG richtet, nachdem ein für ihn nachteiliges Urteil des EuGH ergangen ist.<sup>160</sup>

#### IV. Fazit und Anregungen de lege ferenda

Die aktuelle Geschäftsverteilungspraxis am EuGH steht materiell nicht im Einklang mit Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh; dies kann auf prozessualer Ebene jedoch (wohl) nicht gerügt werden. Fest steht, dass hier dringend nachgebessert werden muss. Einzig bleibt zu klären, welche Detailschärfe die vom EGMR formulierten Grundsätze im Anwendungskontext des EuGH aufweisen müssen, um den hinter dem Recht auf den gesetzlichen Richter stehenden Grundgedanken gerecht zu werden.

Mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter soll jeglicher Gefahr von Willkür und Manipulation bei der Auswahl der zuständigen Richter bereits von vornherein entgegengewirkt

Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 36 Rn. 6 ff.

<sup>156</sup> BVerfGE 73, 339 – „Solange II“; bestätigt in BVerfGE 102, 147 – „Bananenmarkt“ (auch dazu *Rönnau/Wegner*, GA 2010, 561 [578]).

<sup>157</sup> BVerfG NJW 2012, 3145 (3148); *Rönnau/Wegner*, GA 2010, 561 (578 m.w.N.); hierzu können nach den Ausführungen des BVerfG zum Vertrag von Lissabon auch verschiedene Aspekte des Strafrechts gehören (BVerfGE 123, 267 [286]).

<sup>158</sup> BVerfGE 89, 155 (188, 210 – „Maastricht“). Der Kompetenzverstoß ist hinreichend qualifiziert, wenn „das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt“ (näher BVerfGE 126, 286 [304 f. – „Honeywell“]).

<sup>159</sup> Im Rahmen der ultra-vires-Kontrolle räumt das BVerfG dem EuGH sogar ausdrücklich einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“ ein, vgl. BVerfGE 126, 286 (Rn. 59, 55 – „Honeywell“); krit. hierzu *Selder*, ZRP 2011, 164.

<sup>160</sup> Zu den (hier ebenfalls nicht einschlägigen) Besonderheiten, die sich für die Prüfung durch das BVerfG ergeben, wenn die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen ist, siehe BVerfGE 140, 317.

werden, sodass „das Misstrauen keine Angriffspunkte findet“<sup>161</sup> und das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Gerichte bzw. der einzelnen Richter geschützt wird.<sup>162</sup> Nur ein Geschäftsverteilungsplan als „Verteilungsautomat“ ohne jeglichen Einfluss von menschlichen Entscheidungen kann die Unabhängigkeit von subjektiven Einflüssen gewährleisten und hierdurch belastbares Vertrauen herbeiführen.<sup>163</sup> Die bloße Möglichkeit, plausible Einwände gegen die Neutralität der inneren Geschäftsverteilung formulieren zu können, ist „nicht erträglich“.<sup>164</sup> Bei jeglicher (auch ungewollter) tatsächlicher Unregelmäßigkeit in der Besetzung der Richterbank würde der EuGH an Vertrauen und die EU letztlich insgesamt an Zustimmung verlieren. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Vorgänge in der EU bzw. die Entscheidungen des EuGH für den Einzelnen immer noch schwer greifbar sind, ist dessen Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Rechtsprüche wichtig. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Entscheidungen der Richter in Luxemburg aufgrund der unionsweiten Geltung qualitativ und mittlerweile auch quantitativ besonders bedeutsam sind. Aus diesem Grund wäre es auch verfehlt, das Recht auf den gesetzlichen Richter dort mit Blick auf die teilweise bloß mittelbare Wirkung vieler Entscheidungen auf den einzelnen Bürger nicht zu thematisieren. Deshalb täte der EuGH – auch im eigenen Interesse – gut daran, klare Zuteilungsvorschriften zu schaf-

<sup>161</sup> *Quack*, BB 1992, 1; zudem BVerfGE 95, 322 (327): Es soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird. So schließlich auch der EGMR (vgl. Ur. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 [Miracle Europe KFT v. Ungarn], Rn. 26) mit Verweis auf das Gutachten der Venedig-Kommission (Fn. 128). Diesem Gedanken folgend sind auch die Befangenheitsvorschriften, die vor allem im englischen System zur ausreichenden Sicherung der Vermeidung manipulativer Eingriffe vorgebracht werden, als ungenügend anzusehen. Befangenheitsvorschriften können erst herangezogen werden, wenn ein Manipulationsverdacht im Raum steht und vom Rechtsuchenden erkannt und gerügt wird. Mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter soll jedoch im Vorhinein jegliche Manipulation vermieden werden. Anders *Stotz* (EuZW 1995, 749), für den ein unsachgemäßer Einfluss des Vorsitzenden bei Bestimmung der Mitglieder seines Spruchkörpers ebenso fernliegt wie die Vorstellung, dass ein Richter einen Rechtsstreit manipuliert. Deshalb solle das „Vertrauen in die Justiz, deren Unabhängigkeit jede nationale wie auch die EG-Rechtsordnung garantiert“, nicht in Frage gestellt werden. Begründet wird dies – zirkelschlüssig – damit, dass das Prinzip des gesetzlichen Richters im engen Zusammenhang mit dem grundlegenden Erfordernis der Unabhängigkeit und damit der Unparteilichkeit jedes Richters gesehen werde.

<sup>162</sup> Vgl. für viele *Hausch*, NVwZ 2015, 1695 (1698).

<sup>163</sup> Siehe auch *Theile* (Fn. 10), S. 902 ff., der die Unverzichtbarkeit des Prinzips auf den gesetzlichen Richter im Rechtsstaat betont.

<sup>164</sup> *Quack*, BB 1992, 1; so auch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (161).

fen, bei deren Einhaltung er sich gegen Vorwürfe im Hinblick auf seine Neutralität immun macht.<sup>165</sup>

Mit Blick auf die „Menschlichkeit“, die jeder richterlichen Entscheidung innewohnt, ist auch dem oftmals vorgebrachten Argument der „Gleichheit aller Richter“<sup>166</sup> entgegenzutreten. So wird etwa bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen jeder Richter seine persönlichen Erfahrungen und Werte (wenn auch unbewusst) mit einfließen lassen. Hinzu kommt, dass die 28 Richter am EuGH aus verschiedenen Staaten mit unterschiedlichen Sprachen und Kulturen stammen. Auch wenn die EU de jure eine Wertegemeinschaft ist, verstehen verschiedene Richter(-personen) unterschiedlicher Nationalitäten diese Begriffe unterschiedlich und legen sie damit ggf. auch in voneinander abweichender Weise aus.<sup>167</sup>

Ein Standardargument gegen die Einführung eines Geschäftsverteilungsplans speist sich aus Effizienzerwägungen, da angesichts der starken Belastungen des EuGH eine gewisse Flexibilität in der Fallbearbeitung durch die Kammern möglich sein muss.<sup>168</sup> Der Einwand lässt sich isoliert betrachtet hören, vermag aber den Mangel an notwendiger Transparenz nicht zu rechtfertigen.<sup>169</sup> Der hohen Zahl an Verfahren muss der EuGH auf andere Weise begegnen.

Um zukünftig nach vorherbestimmten und unbeeinflussbaren Kriterien die einzelnen Fälle auf die Spruchkörper zu verteilen, ließe sich eine neue Zuweisungspraxis in zweierlei Weise herbeiführen, die beide von der Venedig-Kommission

auch schon vorgezeichnet worden sind.<sup>170</sup> Denkbar ist einmal, die Fälle nach dem Rotationsverfahren auf die einzelnen Kammern zu verteilen. Zudem wäre die Bildung von Spezialkammern möglich.<sup>171</sup> Der Vorteil des zuletzt genannten Weges läge in einer Steigerung der Effektivität der Rechtsfindung am EuGH. Denn die Richter in den jeweiligen Kammern würden zu Spezialisten in ihrem Bereich und könnten sich schneller in die Fälle einarbeiten. Bei einer Verteilung der aktuell 28 Richter auf die verschiedenen Spezialkammern wäre allerdings nicht mehr sichergestellt, dass jeder Mitgliedstaat sein nationales Rechtsverständnis einbringen kann.<sup>172</sup> Auch wäre der Gewinn der Effektivität (durch Spezialisierung) sofort wieder aufgehoben, wenn wegen angestrebter Repräsentanz aller Nationen die einzurichtenden Spezialkammern mit jeweils 28 Richtern zu besetzen wären. Zeitnahe Sachentscheidungen wären nach diesem Modell kaum mehr möglich.<sup>173</sup>

Vorzugswürdig erscheint deshalb – da einfacher und vor allem kurzfristiger umsetzbar – die Zuweisung der Rechtssachen im Rotationsprinzip nach deren Eingangszeitpunkt (und die anschließende Ernennung eines Berichterstatters aus der jeweiligen Kammer). Dieses Prinzip wäre mithilfe eines in der Verfahrensordnung des EuGH zu verankernden Geschäftsverteilungsplans umzusetzen.<sup>174</sup> Die hierdurch ge-

<sup>165</sup> In diese Richtung argumentiert auch *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (160 f.): Das Erfordernis der Übersichtlichkeit und Transparenz der Verfahren für die Akzeptanz der (Gemeinschafts-)Gerichtsbarkeit gelte umso mehr, je ausdifferenzierter diese werde und je weiter die Entscheidungen der Gerichte auf kleine Gerichtseinheiten – insbesondere Dreierkammern und Einzelrichter – übertragen werden.

<sup>166</sup> „Richter gleich Richter“ (dazu die Nachweise in Fn. 84). Dagegen ebenfalls *Szczekalla* (EuZW 1995, 671 [672]), der feststellt, dass es beim Prinzip des gesetzlichen Richters weder um Kenntnisstand noch um Ethos gehe (wie ein früherer Präsident des EuGH dies vertreten hatte; hierzu *Kissel*, JZ 1994, 1178; *Stotz*, EuZW 1995, 749).

<sup>167</sup> In diese Richtung (mit Bezug zum nationalen Recht) *Sowada* (Fn. 7), S. 96 ff., der treffend darauf hinweist, dass aus der *Gleichwertigkeit* aller Richter (de jure) nicht auf deren *Gleichartigkeit* (de facto) geschlossen werden kann.

<sup>168</sup> Vgl. im Hinblick auf die Flexibilität bei Verfahrenskonkurrenzen zwischen verschiedenen Spruchkörpern *Dauses/Henkel*, EuZW 1999, 325 (326 m. Fn. 22); *Jung*, EuR 1980, 372 (378); *Haase* (Fn. 21), S. 305 f. („Sicherung der Leistungsfähigkeit der Justiz“).

<sup>169</sup> Vgl. auch *Theile* (Fn. 10), S. 902 ff., der davor warnt, dass das Prinzip des gesetzlichen Richters aufgrund des Strebens nach Effizienzmaximierung aus den Augen verloren wird. Das auch nach *Theile* unverzichtbare Prinzip des gesetzlichen Richters gebiete es, jeden Flexibilisierungsansatz an dieser Verfassungsgarantie zu messen.

<sup>170</sup> Nachweise dazu in EGMR, Urt. v. 12.1.2016, Beschwerde-Nr. 57774/13 (*Miracle Europe KFT v. Ungarn*), § 26.

<sup>171</sup> Für letztere Möglichkeit plädieren auch *Jacobs/Münder/Richter* (Fn. 16), S. 90. *Puttler*, EuR 2008 (Beiheft 3), 133 (158), fordert, dass – ähnlich wie beim EuG – der Kammerpräsident ein bloßes Vorschlagsrecht hinsichtlich des Berichterstatters haben sollte. Falls hingegen der Präsident weiterhin den Berichterstatter ernennen können soll, seien hierfür genaue Kriterien nötig, um das Ermessen des Präsidenten möglichst zu begrenzen.

<sup>172</sup> Nach *Jacobs/Münder/Richter* (Fn. 16), S. 88 f., stellt dies kein überzeugendes Gegenargument dar, da auch aktuell zumeist Kammern mit drei oder fünf Richtern entscheiden. Hierbei wird aber übersehen, dass aktuell jedenfalls theoretisch jeder der 28 Richter einen Fall jeder Materie bearbeiten kann. Nach Errichtung einer Spezialkammer hingegen wäre es für Mitgliedstaaten, deren Richter nicht diesem Spruchkörper angehört, je nach Regelung ggf. auf längere Zeit ausgeschlossen, ihr nationales Rechtsverständnis in die jeweilige Sach- bzw. Rechtsmaterie einzubringen.

<sup>173</sup> Ähnlich *Alber* (Fn. 9), Art. 47 Rn. 127.

<sup>174</sup> Für eine vorherige Veröffentlichung der Geschäftsverteilungspläne plädieren aus rechtspolitischen Gründen *Wegener* (Fn. 19), Art. 251 AEUV Rn. 6; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2017, Art. 251 AEUV Rn. 7; *Ehlers/Schoch* (Fn. 19), § 6 Rn. 22 (mit Verweis auf das EuG, an dem vorherbestimmte Geschäftsverteilungspläne üblich sind); und vorsichtig *Alber* (Fn. 9), Art. 47 Rn. 127 („rollierende Systeme nach Eingangsdatum [sind] schon sinnvoll“); sowie *Schwarze* (Fn. 9), Art. 251 AEUV Rn. 6 („rechtspolitisch mag es wünschenswert sein“), nach dem aber schon die aktuelle Geschäftsverteilungspraxis rechtsstaatlichen Ansprüchen standhalte.

wahrte Form ermöglicht die notwendige Vorhersehbarkeit und Transparenz<sup>175</sup> und führt damit zum – gerade im komplexen Gefüge der EU – so wichtigen Vertrauen in die rechtmäßige Entscheidungsfindung.

---

<sup>175</sup> *Theile* (Fn. 10), S. 905, geht noch einen Schritt weiter und erklärt, dass selbst die Transparenz kein „funktionales Äquivalent“ für das dem Recht auf den gesetzlichen Richter inhärenten Willkürverbot darstelle. Die anschließende Begründung und Dokumentation einer willkürlichen Entscheidung nehme dieser nichts von ihrer Willkür.

# Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil 2\*

## Hintergründe des Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren wie auch zum sog. Microsoft Ireland Case

Von Prof. Dr. **Christoph Burchard**, LL.M. (NYU), Frankfurt a.M.

### III. Territorialität als Problem und Unilateralität als Lösung?

#### 1. Eine kritische Einordnung der Entterritorialisierung der Cloud

Wie im ersten Teil dieses Beitrags deutlich wurde, hängt die Frage, wie Strafverfolger Zugriff auf in der Cloud gespeicherte elektronische Beweismittel nehmen können, entscheidend davon ab, wo diese belegen sind. Herkömmlich wurde dies, zumindest in Deutschland, ganz mehrheitlich territorial beantwortet. Die Daten sollen dort belegen sein, wo die entsprechenden Server stehen. Jedenfalls beim Zugriff auf im Ausland belegene zugangsgeschützte Daten liege, so zumindest die bisher herrschende deutsche Meinung, ein Eingriff in den völkerrechtlichen Territorialitätsgrundsatz vor.<sup>1</sup> In der Folge war (und ist) ein grenzüberschreitender Zugriff auf diese extraterritorialen Daten nur im Rechtshilfewege zulässig. Und ob dem Informationsrechtshilfeersuchen nachzukommen ist, hing (und hängt) dann entscheidend vom am Server- und daher Datenstandort geltenden Datenschutzrecht ab.

#### a) Die Entterritorialisierung der Cloud: Argumente im Schrifttum

Diese herkömmliche Position gerät heute nicht nur kriminalpolitisch (hierzu insbes. oben I. 3. b) cc) und II. 1. b), sondern auch in der Wissenschaft zunehmend unter Druck. Gegen die territoriale Verankerung von in der Cloud gespeicherten elektronischen Beweismitteln werden im Wesentlichen die zwei folgenden – nicht logisch zusammengehörenden, aber gerne zusammengezogenen – Thesen vorgebracht:<sup>2</sup>

- Daten sind anders („data is different“)!<sup>3</sup> Denn die Cloud ist a-territorial!<sup>4</sup>

\* Der erste Teil dieses Beitrags ist erschienen in ZIS 2018, 190.

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Brodowski*, ZIS 2012, 474 (477); *Gaede*, StV 2009, 96 (101 f.); *B. Gercke*, StraFo 2009, 272. Aus der Kommentarliteratur etwa *Hegmann*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2018, § 110 Rn. 14. Ausführlich und weiterführend auch *Sieber*, Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag – Straftaten und Strafverfolgung im Internet, 2012, S. 144. Anders *Wicker*, MMR 2013, 765 (768 f.), die auf den Ort der Ermittlungshandlung rekurriert.

<sup>2</sup> Vgl. nur die bei *Woods*, Stanford Law Review 2016, 729 (754 ff.), zusammengetragenen Nachweise.

<sup>3</sup> Eingehend *Daskal*, The Yale Law Journal 2015, 325, und *Clopton*, Chicago Law Review 2016, 45, jeweils m.w.N. Aus dem deutschen datenschutzrechtlichen Schrifttum etwa *Ernst*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bun-

- Die Nutzer kümmert das regelmäßig nicht!<sup>5</sup> Bzw. pointierter, wenn auch regelmäßig nur hinter vorgehaltener Hand geäußert: Wer die Cloud nutzt, der muss wissen, dass seine Daten dort nicht „sicher“ sind!<sup>6</sup>

Begründet wird die erste These – „Daten sind anders“ – zunächst mit technischen Argumenten, nämlich mit der immensen Mobilität und Volatilität von Daten im World Wide Web.<sup>7</sup> Und in der Tat: Technisch ist es ohne weiteres möglich, Daten in Sekundenbruchteilen von einem zum anderen Serverstandort zu transferieren.

Das führt in normativer Hinsicht zu einer Zuspitzung eines bekannten geflügelten Worts im rechtshilferechtlichen Schrifttum: Wenn die Öffnung von Landesgrenzen Kriminellen Überschallflugzeuge an die Hand gibt, denen die Strafverfolger in Postkutschen hinterhereilen müssen, weil ihre Eingriffs- und Ermittlungsbefugnisse weiterhin territorial zurückgebunden sind, so stellt die Cloud Kriminellen nunmehr Raumschiffe zu Gebote, um Strafverfolgern zu entkommen. *Daskal* hat dies wie folgt zum Ausdruck gebracht:

„Our personal data is everywhere and anywhere, moving across national borders in ways that defy normal expectations of how things and people travel from Point A to Point B. Yet,

---

desdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018, Art. 3 DS-GVO Rn. 1 („Beim Umgang mit personenbezogenen Daten spielen Landesgrenzen heute kaum noch eine Rolle. Es wäre angesichts der technischen Möglichkeiten zudem wenig sinnvoll, die rechtliche Anknüpfung iW an den [mittlerweile oftmals volatilen] Ort der physischen Datenverarbeitung oder gar -speicherung anzuknüpfen.“). Die Gegenposition wird eindrücklich vertreten von *Woods*, Stanford Law Review 2016, 729 (756 ff. m.w.N.).

<sup>4</sup> Hierzu ausführlich *Daskal*, The Yale Law Journal 2015, 325; siehe auch *Berman*, Vanderbilt Law Review 2018, 11 (23 f.).

<sup>5</sup> *Berman*, Vanderbilt Law Review 2018, 11 (12); *Daskal*, Vanderbilt Law Review 2018, 179 (225 f.); *Zoetkouw*, Ignorantia Terrae Non Excusat, S. 6, online abrufbar unter [http://c.ymcdn.com/sites/www.iisfa.net/resource/resmgr/Slide\\_seminari/Convegno\\_Milano/c-mzoetekouw-ignorantia-terr.pdf](http://c.ymcdn.com/sites/www.iisfa.net/resource/resmgr/Slide_seminari/Convegno_Milano/c-mzoetekouw-ignorantia-terr.pdf) (12.7.2018).

<sup>6</sup> Eindrücklich, wenn auch nicht wissenschaftlich fundiert, die Einordnung von EU-Kommissar Oettinger: „Wer Nacktfotos ins Netz stellt, ist ‚blöd‘.“ Berichtet in SpiegelOnline v. 30.9.2014, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/guenther-oettingers-entlarvender-nacktbilder-kommentar-a-994547.html> (25.5.2018).

<sup>7</sup> *Daskal*, The Yale Law Journal 2015, 325 (365 ff.); *dies.*, Vanderbilt Law Review 2018, 179 (221 ff.).

whereas data transits the globe without any intrinsic ties to territory, the governments that seek to access or regulate this data operate with territorial-based limits. This basic dichotomy between how governments and data operate is leading to an increasing number of jurisdictional conflicts, incentivizing data localization mandates as a means of asserting territorial control (and thus ensuring access to and regulatory power over sought-after data), and raising normative questions about how to draw the line between what is territorial and what is extraterritorial in the regulation of a predominantly unterritorial medium.<sup>8</sup>

Bezüglich der zweiten These – dass es den Nutzern ohnehin egal ist, wo ihre Daten territorial belegen sind – fällt auf, dass sie regelmäßig nur behauptet, nicht aber empirisch abgesichert wird. Gleichwohl lässt sich nicht bestreiten, dass die nachfolgenden paradigmatischen Zitate durch eingängige Evidenzappelle wirken, die durch die nicht weiter begründeten Relativierungen (im Folgenden kursiv gesetzt) noch verstärkt werden:

„Der tatsächliche Speicher- und Verarbeitungsort elektronischer Daten verliert sowohl in sozialer als auch in technischer Hinsicht zunehmend an Bedeutung. *Jedenfalls* in der *westlichen Welt* ist es dem *Durchschnittsnutzer in der Regel* gleichgültig, wo sich der physikalische Speicher- und Verarbeitungsort seiner Daten befindet.“<sup>9</sup>

„[T]he territorial location of data becomes increasingly arbitrary and substantively unimportant. If I, as a U.S. citizen based in Maryland, have a g-mail account and Google, a U.S. corporation, decides to store my archived e-mails in Ireland or France or Indonesia (or indeed to split up the data fragments that make up each e-mail message among data warehouses in all three countries), that decision seems irrelevant to any question of whether I have somehow affiliated myself with any of those communities or governments for purposes of jurisdictional or choice-of-law analysis.“<sup>10</sup>

Herauszustreichen ist, dass die hier in den Mittelpunkt gestellten Thesen für eine Entterritorialisierung der Cloud nicht zwingend strafverfolgungsfreundlich aufgestellt sind und auch nicht zwingend nationalen grenzüberschreitenden Zugriffen auf die Cloud Vorschub leisten wollen. Im Gegenteil. Das bereits im Jahre 1996 von *Johnson/Post* entwickelte Theorem „Data is different!“ wollte in normativer Hinsicht gerade die Onlinewelt als Welt mit eigenem rechtlichen Gehalt jenseits von staatlicher Souveränität und Legitimität gestalten,<sup>11</sup> ohne dabei in die Cyberanarchie abzudriften,<sup>12</sup> was mit einem libertären Zungenschlag auch möglich wäre. Und *Berman* – einer der weltweit führenden Rechtstheoretiker rechtspluralistischer Provenienz – baut auf seinem Befund einer entterritorialisierten und datengetriebenen Welt ein neues und hochkomplexes Regelungsset auf, um Zuständigkeiten („jurisdiction“) neu zu verteilen. Territorialität soll dabei als jurisdiktionell eindeutiger Anknüpfungspunkt durch

die offene Abwägung u.a. der kommunitären Affiliation des Nutzers sowie der Marktrelevanz, Größe und ökonomischen Potenz des Diensteanbieters ersetzt werden.<sup>13</sup>

#### *b) Die bewusste oder widerleglich vermutete Territorialisierung von Daten*

Dass in der europäischen und US-Kriminalpolitik weder eine Entstaatlichung der Cloud noch eine gänzliche neue Bestimmung von Zuständigkeiten in der Cloud gewollt ist, liegt auf der Hand. Vielmehr werden dort wissenschaftliche Argumente „gekapert“ und zu gänzlich anderen Zwecken ins Felde geführt. Eben dazu, um einer klassischen strafanwendungsrechtlichen Regeln gehorchenden nationalen Strafverfolgung Vorschub zu leisten, die durch grenzüberschreitende Zugriffe in die Cloud effektuiert werden soll. Gepaart mit dem Argument, dass die Cloud nicht zum „safe haven“ für Kriminelle werden dürfe,<sup>14</sup> vollzieht sich so in Wahrheit eine Renationalisierung des Zwischenstaatlichen bzw. eine staatliche Landnahme des (vermeintlich) Entterritorialen der Cloud zu Strafverfolgungszwecken. Dagegen sei im Folgenden angetreten.

Vorweg ist freilich zuzugestehen, dass eine Anknüpfung an den territorialen Speicherort elektronischer Beweismittel willkürlich erscheint, wenn – wie dies der Cloudpolitik von Google entspricht (oben II. 1. c) – Daten an verschiedenen Serverstandorten in sog. „shards“ zersplittert werden; oder wenn der Speicherort durch Algorithmen zur Steigerung der Netzwerkeffizienz bestimmt wird und sich daher jederzeit ändern kann. Allerdings ist das nicht die gängige Praxis aller Diensteanbieter. Wie im *Microsoft Ireland Case* selbst von Seite der US-Regierung konzediert wird, kann die Speicherung von Daten an einem bestimmten Ort – von Diensteanbietern, Nutzern oder Staaten – sehr wohl gewollt sein (oben II. 1. c). Und wie die Stellungnahme der Republik Irland im *Microsoft Ireland Case* bescheinigt, sind in solchen Konstellationen Souveränitätsansprüche über im Inland gespeicherte Daten noch lange nicht grundsätzlich passé (oben II. 1. d).

Aus all dem folgt ein Differenzierungsgebot bzw. ein Generalisierungsverbot, frei nach dem Motto: „Cloud ist nicht gleich Cloud.“ Die ausdrückliche und/oder gewollte Speicherung potentieller elektronischer Beweismittel an einem bestimmten Ort darf nicht der „willkürlichen“ (genauer: zur bloßen Effizienzsteigerung getätigten) Speicherung an irgendeinem Ort gleichgesetzt werden. Zu paaren ist dies mit einer widerleglichen Vermutungsregel dahingehend, dass Daten in der Regel nicht willkürlich, sondern bewusst an einem bestimmten Ort abgelegt wurden.

#### *aa) Territoriale Souveränität als Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*

Aus der Forderung, die bewusste oder widerleglich vermutete Territorialisierung elektronischer Beweismittel ernst zu neh-

<sup>8</sup> *Daskal*, *Vanderbilt Law Review* 2018, 179 (180 f.).

<sup>9</sup> *Warken*, *NZWiSt* 2017, 289 (295) (*Herv. durch Verf.*).

<sup>10</sup> *Berman*, *Vanderbilt Law Review* 2018, 11 (12).

<sup>11</sup> *Johnson/Post*, *Stanford Law Review* 1996, 1367.

<sup>12</sup> *Post*, *Berkeley Technology Law Journal* 2002, 1365.

<sup>13</sup> *Berman*, *Vanderbilt Law Review* 2018, 11 (22 ff.).

<sup>14</sup> So die von US-Strafverfolgern geäußerte Befürchtung im *Microsoft Ireland Case*. Hierzu *BBC v.* 16.6.2016, online abrufbar unter

<http://www.bbc.com/news/technology-36800334> (25.5.2018).

men, spricht zunächst ein relativ klassisches kontinentaleuropäisches Souveränitäts- und Völkerrechtsverständnis.<sup>15</sup> Diesem zufolge ist es unerheblich, ob eine Einwirkung in fremde Gebietshoheit hoheitlicher oder tatsächlicher Natur ist,<sup>16</sup> ob sie offen oder heimlich erfolgt,<sup>17</sup> ob sie mit oder ohne Zwang<sup>18</sup> oder – und das ist entscheidend – ob sie bewusst oder unbewusst<sup>19</sup> vorgenommen wird. Daher gilt: Unwissenheit schützt vor dem Eingriff in fremde Gebietshoheit nicht, schon um keiner bewussten Gleichgültigkeit gegenüber dem Gebot der Achtung fremder Gebietshoheit Vorschub zu leisten.<sup>20</sup>

Auf den zweiten Blick verbindet sich in Deutschland und Europa mit diesem Souveränitäts- und Völkerrechtsverständnis mehr als das „westfälische Pathos“ staatlicher Unabhängigkeit und Selbstbestimmtheit in Fragen der eigenen rechtlichen Gestaltung:

Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil zu Recht herausgehoben hat, steht Souveränität heute zunächst für Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Sie verbürgt den Schutz von Sachbereichen, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönli-

<sup>15</sup> Hierzu und zum Folgenden auch *Vogel/Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß [Hrsg.], Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Stand: Dezember 2017, Vor § 1 IRG Rn. 101, 104.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, 2014, S. 5; ob eine hoheitliche Maßnahme vorliegt, bemisst sich nach der Rechtsordnung des betroffenen Staates vgl. *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 Rn. 60.

<sup>17</sup> Vgl. nur *Ipsen* (Fn. 16), § 5 Rn. 61; *Stein/v. Buttlar*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 541. Im Ausgangspunkt verboten sind auch verschleierte Amtshandlungen, die scheinbar privat, in Wahrheit aber mit der Zielsetzung der Förderung hoheitlicher Verfahren vorgenommen werden.

<sup>18</sup> Zum Teil umstritten ist, ob dies auch schlicht-hoheitliche Maßnahmen, d.h. solche ohne Zwangscharakter (z.B. eine einfache Informationsbeschaffung oder bloße „Erkundungshandlungen“) betrifft, die im Grunde auch von Privaten durchgeführt werden könnten. Hierzu *Tiedemann*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 819 (821 f.).

<sup>19</sup> Ob allein die Unkenntnis vom Auslandsbezug – z.B. bei Internetkommunikation – einen hoheitlichen Zugriff auf fremdes Staatsgebiet rechtfertigen kann, ist umstritten, siehe hierzu *Dombrowski* (Fn. 16), S. 146 ff. m.w.N.

<sup>20</sup> In der Konsequenz ist die strafprozessual wohl herrschende Meinung zu § 110 Abs. 3 StPO zurückzuweisen, wonach die Sichtung von „Cloud-Daten“ ohne Weiteres zulässig sein soll, wenn und weil unklar ist, ob und ggf. in welchem ausländischen Staat sich der Server befindet. So etwa *Hegmann* (Fn. 1), § 110 Rn. 15; *Meyer-Göfner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 60. Aufl. 2017, § 110 Rn. 7b. Anders und wie hier *Brodowski/Eisenmenger*, ZD 2014, 119 (126); *Obenhaus*, NJW 2010, 651 (654). Vgl. auch *Kudlich*, GA 2011, 193 (208).

chen und sozialen Sicherheit prägen. Und sie verbürgt den Schutz solcher politischen Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.<sup>21</sup> Anders ausgedrückt: Die Gebietshoheit als Ausfluss modern gedachter Souveränität sichert die Wahrung und Kontrolle grund- und datenschutzrechtlicher Standards bei der Strafverfolgung im Ausland, wenn diese einen Inlandsbezug entfaltet. Ein demokratischer und rechtsstaatlicher Souverän darf mit anderen Worten nicht ohne Weiteres, gleichsam blind seine Hand zur Strafverfolgung im Ausland reichen.

In der EU wird überdies das nationalstaatliche durch ein gemeineuropäisches Souveränitätsdenken – hier also in der Form eines europäischen Demokratie-, Rechtsstaats- und Grundrechtsdenken – komplementiert.<sup>22</sup> Dies hat allemal nach außen hin zur Folge, dass der europäische Rechtsraum der Wahrung und Kontrolle grund- und datenschutzrechtlicher Standards bei der Strafverfolgung im EU-Ausland verschrieben ist. Genau dies liegt auch der DS-GVO, und hier z.B. Art. 49 DS-GVO, zugrunde. Es wäre daher aus unionsrechtlicher Sicht selbstwidersprüchlich, Clouddaten einerseits datenschutzrechtlich zu territorialisieren<sup>23</sup> und sie andererseits strafprozessual zu entterritorialisieren.

<sup>21</sup> BVerfGE 123, 267.

<sup>22</sup> Vgl. nur v. *Bogdandy/Bast*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 1; *Gerkrath*, L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe; *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001. – Bereits EuGH, Urt. v. 23.4.1986 – Rs. 294/83 (Les Verts), Rn. 23 sprach vom (damaligen) Gründungsvertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“.

<sup>23</sup> Gegen diese Territorialisierungsthese spricht nicht, dass Art. 3 DS-GVO den räumlichen Anwendungsbereich der DS-GVO *nicht* nach der territorialen Verarbeitung oder Speicherung von Daten im Unionsinland, sondern primär nach dem Niederlassungsprinzip (Abs. 1) und sekundär nach dem Marktortprinzip (Abs. 2) bestimmt. Da dafür jedoch unerheblich ist, „[w]o der Sitz oder Inkorporationsort des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters belegen ist“ und welche Staatsangehörigkeit die betroffene Person hat, und da für eine Unions-Niederlassung irgendeine feste Einrichtung im Unionsgebiet, die der effektiven und tatsächlichen Ausübung einer Tätigkeit dient, hinreicht, aktiviert das Betreiben von Server(farmen) im Unionsgebiet die DS-GVO und führt so über die Hintertür zu einer territorialen Aktivierung der DS-GVO. Es gilt daher dann doch: „Die DS-GVO folgt ausschließlich dem Territorialitätsprinzip. Es kommt allein auf den Ort der Niederlassung im Unionsgebiet bzw. den tatsächlichen Aufenthaltsort der betroffenen Person im Unionsgebiet an. Eine territoriale Anknüpfung an den Datenverarbeitungs-ort schließt Abs. 1, letzter Hs., hingegen aus.“ Nachweise aus *Hanloser*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, Stand: 1.2.2017, Art. 3 DS-GVO Rn. 1 ff., 43.

bb) *Kein Grundrechtsverzicht bzw. keine datenschutzrechtliche Einwilligung durch schlichte Cloudnutzung*

Angefochten wird diese Sicht der Dinge nur scheinbar durch die These, dass „es Durchschnittsnutzern in der Regel gleichgültig ist, wo sich der physikalische Speicher- und Verarbeitungsort seiner Daten befindet“ (oben a), bei und in Fn. 5 f.).

Denn erstens muss hierzu die rhetorische Frage gestattet sein, was denn nun mit denjenigen ist, denen aus guten und nachvollziehbaren Gründen der Speicherort nicht gleichgültig ist. Hier sei nur an den eindrücklichen Vortrag der Presseverbände im Microsoft Ireland Case erinnert (oben II. 1. d) cc). Sind also Personen, die sich z.B. unter den europäischen Datenschutzschild begeben, weil sie penibel auf ihre Datensicherheit und informationelle Selbstbestimmung achten (müssen), nicht schutzbedürftig?

Der fehlende Schutzbedarf könnte faktisch daraus folgen, dass Nutzer schlicht wissen müssen, dass Daten in der Cloud nicht sicher sind. Und in der Tat sollte eigentlich klar sein: Wer seine Daten heute in die Cloud stellt, müsste sich eigentlich bewusst sein, dass die Cloud überwacht wird oder zumindest potentiell überwachbar ist. Freilich beginnen mit diesem „eigentlich“ erst die Probleme.

In tatsächlicher Hinsicht wissen die meisten Nutzer gar nicht, welche Daten über sie gesammelt werden und wie intensiv sie überwachbar sind. Nutzer verdrängen, dass sie „gläsern“ sind. Dies gilt umso mehr, als zwischen Nutzern und Diensteanbietern eine augenfällige Machtasymmetrie herrscht. Nutzer können ihr „Gläsern-Sein“ also gar nicht verhandeln, wenn sie mit Diensteanbietern in vertragliche Beziehungen treten, will sagen: wenn sie Clouddienste nutzen.

Und in normativer Hinsicht folgt aus dem „Die Nutzer müssten es eigentlich wissen!“ nichts, weil die Überführung in eine rechtliche Wertung fehlt. Führt man diese ein, so zeigt sich, wie schwach die These vom fehlenden Schutzbedarf qua schlichter Cloudnutzung ist. Denn entweder man verbindet mit dieser Cloudnutzung einen umfassenden Grundrechtsverzicht (was zumindest im Sinne eines Totalverzichts auf den Schutz eines oder mehrerer Grundrechte rechtlich überaus heikel wäre).<sup>24</sup> Oder man verbindet damit zumindest die datenschutzrechtliche (andere Verfahrens- etc. Grundrechte nicht betreffende) Einwilligung, dass personenbezogene Daten zu Strafverfolgungszwecken im Ausland Verwendung finden. Dann ist aber daran zu erinnern, dass Letztere „eine freiwillige, informierte, bestimmte und formgemäße Einverständniserklärung einer einwilligungsfähigen betroffenen

<sup>24</sup> Allgemein zum Grundrechtsverzicht im Rahmen der EU-GRC *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 18, dort auch m.w.N. zu den Voraussetzungen sowie zu Grundrechten, die verzichtsfeindlich sind. Allgemein gilt: Der Verzicht darf nicht wichtigen öffentlichen Interessen widersprechen, muss eindeutig und in voller Kenntnis der Tatsachen erklärt werden und nicht durch gewichtige Umstände erzwungen worden sein. An all dem dürfte es fehlen, wenn Nutzer schlicht die Cloud nutzen.

Person über die Verarbeitung personenbezogener Daten“<sup>25</sup> voraussetzt. Daran dürfte es, zumindest ohne weitreichende Informationen seitens der Diensteanbieter, in der Regel fehlen.

cc) *Die Ökonomisierung des Datenschutzes*

Die Bedeutsamkeit der bewussten Territorialisierung elektronischer Beweismittel folgt auch aus der hier sog. „Ökonomisierung des Datenschutzes“.<sup>26</sup> Denn nicht nur Daten haben ökonomischen Wert,<sup>27</sup> sondern zusehends auch der Datenschutz. Datenschutz und Datensicherheit verursachen nicht nur Kosten für die Diensteanbieter. Sie werden vielmehr heute auch zum Verkaufsargument. Während jedoch Unternehmen wie Apple das Thema Datensicherheit selbst in die Hand nehmen (indem z.B. iPhones mit dem Versprechen verschlüsselt werden, Hoheitsträgern keinen Zugang zu gewähren) und ansonsten libertäre Aufrufe zirkulieren, die eigenen digitalen Spuren zu verschleiern,<sup>28</sup> kann und sollte der ökonomische Wert der territorialen Verankerung von Datenschutzstandards nicht aus den Augen verloren werden. Paradigmatisch hierfür steht abermals der Microsoft Ireland Case, warb und wirbt Microsoft doch gerade damit, dass Nutzer den Speicherort ihrer Daten auswählen dürfen.<sup>29</sup>

Damit verbindet sich zweierlei: Zum einen die Erkenntnis, dass „as Internet business models mature, it will be in the interest of companies to be honest, discreet, protective, and loyal to their customers, in order to develop long-term relationships that create real value for the companies as well as their users.“<sup>30</sup> Und zum anderen die rechtspolitische Anstrengung, Datenschutz und Datensicherheit nicht in die Hände von Unternehmen und Nutzern zu legen, sondern staatlicher Kontrolle und Gestaltung zu unterwerfen. All dies wäre nachhaltig verunmöglicht, wenn man die Cloud insgesamt für Strafverfolgungszwecke entterritorialisieren und der bewussten Territorialisierung von Daten nicht Rechnung tragen wollte. Denn dann bewahrheitete sich das dem ersten Teil dieses Beitrags vorangestellte Zitat eines Microsoft-Verantwortlichen: „If every country asserts extraterritorial jurisdiction [...] then everybody gets everybody’s data.“

c) *Addendum: Die „willkürliche“ Territorialisierung von Daten*

Auch aus der „willkürlichen“ (zur bloßen Effizienzsteigerung getätigten) Speicherung von Daten an irgendeinem Ort folgt noch nicht, dass damit unilaterale Zugriffe (sei es durch Di-

<sup>25</sup> *Stemmer*, in: Wolff/Brink (Fn. 23), Art. 7 DS-GVO Rn. 32.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu ein- und weiterführend *Mantelero*, International Data Privacy Law 2013, 229 (insbes. 230 f.).

<sup>27</sup> Hierzu etwa *Wandtke*, MMR 2017, 6.

<sup>28</sup> *Brunton/Nissenbaum*, Obfuscation: A User’s Guide for Privacy and Protest, 2015.

<sup>29</sup> Siehe

<https://www.microsoft.com/de-de/cloud/Wahlfreiheit.aspx> (12.7.2018).

<sup>30</sup> Erhellend *Richards/Hartzog*, Yale Law Journal 2017, 1180 (1213 ff., hier insbes. 1221).

rektzugriffe oder Bebringungsanordnungen) ohne weiteres zulässig sind. Denn damit würde man allein der normativen Kraft des Faktischen – eben der „willkürlichen“ Speicherpolitik eines Diensteanbieters – Tribut zollen und damit die faktische Kraft des Normativen aus dem Auge verlieren. Anders ausgedrückt müssen aus allgemeinen Verhältnismäßigkeits-erwägungen heraus komplementäre wirtschaftsverwaltungsrechtliche Steuerungsoptionen dieser Cloudspeicherpolitiken in den Blick genommen werden.

Damit wird hier keineswegs umfassenden Lokalisierungszwängen das Wort geredet, da dies die (Grundrechtsposition der) Diensteanbieter stark belasten würde. Nachgedacht werden muss aber darüber, den Nutzern mehr Verantwortung zuzuweisen. Im Mindestmaß wäre es hierfür erforderlich, dass Diensteanbieter ihre Nutzer umfassend (im Sinne von Art. 7 DS-GVO) über ihre „willkürlichen“ Cloudpolitiken wie auch darüber informieren, dass eben diese Cloudpolitiken zu einer Entterritorialisierung dieser Cloud und damit dazu führen, dass Strafverfolger mit dem Argument, der territoriale Speicherort sei willkürlich und daher irrelevant, auf die in dieser Cloud gespeicherte Daten zugreifen. Entscheidet sich der Einzelne dann gleichwohl für die Nutzung dieser Cloud, so willigt er datenschutzrechtlich gleichsam darin ein, dass Daten an Strafverfolger unabhängig vom Datenstandort herausgegeben werden können. Damit würde der datenschutzrechtlichen Einwilligung als „zentrale[m] Instrument zur Verwirklichung datenschutzrechtlicher Selbstbestimmung“<sup>31</sup> sowohl strafprozessual wie auch zusammenarbeitsrechtlich zur Durchsetzung verholfen.

### 2. Eine kritische Einordnung der Unilateralisierung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung in der Cloud

Die vorstehende Skizze zeigt, dass das Territorialitätsprinzip – also die territoriale Bestimmung des Datenspeicherorts in der Cloud – keineswegs ausgedient hat. Sie mag Strafverfolger weltweit vor Probleme stellen. Diese müssen dann aber anders – z.B. wirtschaftsverwaltungsrechtlich oder durch eine Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – überwunden werden als durch eine grundsätzliche Infragestellung völker- und zusammenarbeitsrechtlicher Fundamentalprinzipien. Zugespißt lässt sich daher sagen, dass Territorialität kein Problem, sondern eine Lösung ist, um in der Cloud ein modernes Verständnis von Souveränität, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz umzusetzen, zumal all dies durch eine Ökonomisierung des territorialen Datenschutzes flankiert wird. Doch selbst wenn damit der Entterritorialisierung der Cloud beim grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel zu entsagen ist, ist damit keineswegs der vermeintlichen Lösung, namentlich der Unilateralisierung dieser Zugriffe, endgültig der Boden entzogen. Das soll nunmehr am Beispiel von hier sog. echten (unten a) und unechten (unten b) unilateralen Bebringungsanordnungen dargestellt werden.

Allgemein gilt insofern: Es kommen unterschiedliche Anknüpfungspunkte in Betracht, um die Unilateralität von Ermittlungsmaßnahmen betreffend Auslandsdaten – z.B. eine

nationale Bebringungsanordnung betreffend Auslandsdaten – zu legitimieren. Zu nennen ist etwa das Marktortprinzip<sup>32</sup>, das Ursprungslandprinzip<sup>33</sup>, das Bestimmungslandprinzip oder das Personalitätsprinzip<sup>34</sup>. Es wird daher im Folgenden nicht bestritten, dass mithilfe dieser Prinzipien eine nationale „enforcement jurisdiction“ begründet werden kann. Es wird jedoch im Folgenden bestritten werden, dass diese Ersetzung des Bi- und Multilateralität erforderlich machenden Territorialitätsprinzips durch andere, Unilateralität erlaubende Prinzipien kriminalpolitisch weise, aufs Ganze bezogen dem System der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität förderlich oder „kostenlos“ möglich ist.

#### a) *Echte unilaterale Bebringungsanordnungen betreffend Auslandsdaten ohne Zustimmung des territorial betroffenen Staates*

Paradigmatisch für echte unilaterale, also einseitig von einem Strafverfolgungsstaat ausgehende Bebringungsanordnungen standen – vor der Einführung des CLOUD-Act – jene nach 18 U.S. Code § 2703(a). Diese wurden ohne Zustimmung, Konsultation oder Notifikation des Staates, in dem Auslandsdaten belegen sind, erlassen und gegenüber einem in den USA tätigen oder ansässigen Diensteanbieter durch entsprechende Sanktionsdrohungen durchgesetzt.

#### aa) *Drohende Justizkonflikte analog der „pre-trial discovery“*

Ob echte unilaterale Bebringungsanordnungen extraterritorial wirken und damit den zuvor hochgehaltenen Territorialitätsgrundsatz verletzen, ist (völker-)rechtlich umstritten.<sup>35</sup> In der Tat tun sich hier ähnliche Konfliktlagen wie beim „discovery“ des US-Zivilprozessrechts auf, die sich zu ähnlichen „Justizkonflikten“ (so die herkömmliche,<sup>36</sup> mehr schlechte als rechte Übersetzung von „conflicts of jurisdiction“) auswachsen können. Hier wie dort steht die US-Seite auf dem Standpunkt, dass die im Inland erfolgende und nur im Inland er-

<sup>32</sup> Dieses wird wohl – was wenig verwunderlich ist – von den Kommissionsdiensten präferiert, weil es europäischen Strafverfolgern Zugriff auf sämtliche Daten geben würde, die bei international tätigen Diensteanbietern liegen, wenn und weil diese im europäischen Inland Dienste anbieten.

<sup>33</sup> Auf dieses lässt sich unproblematisch die Position der US-Strafverfolger stützen, wenn und weil sie auf Daten Zugriff nehmen wollen, die von Diensteanbietern kontrolliert werden, die in den USA ihren (Konzern-)Sitz haben.

<sup>34</sup> Frei nach dem – informell immer wieder geäußerten – Motto: Inländische Strafverfolger müssen auf die Daten von Inländern Zugriff nehmen dürfen; und diesen muss es verwehrt werden, ihre Daten im Ausland „in Sicherheit“ zu bringen. – Freilich ist hierzu anzumerken: Formuliert man dieses Motto als „Mitwirkungspflicht“ aller Inländer, dem Staat als potentielle Beschuldigte Zugriff auf alle potentiell belastende Daten zu sichern, verliert es deutlich an Überzeugungskraft.

<sup>35</sup> Vgl. auch *Schaub*, ZaöRV 2011, 808 (811 ff.).

<sup>36</sup> Vgl. nur *Adler*, IPRax 2015, 364.

<sup>31</sup> *Stemmer* (Fn. 25), Art. 7 DS-GVO Rn. 1.

zwingbare Anordnung gegen ein sich im Inland aufhaltendes Prozessrechtssubjekt, die unter seiner Kontrolle stehenden Dokumente etc. aus dem Ausland zu beschaffen und im Inland herauszugeben, ein rein innerstaatlicher Vorgang ohne Auslandsberührung sei.<sup>37</sup>

Die meisten Staaten des kontinentaleuropäischen Rechtskreises lehnen diese Position im Kontext des „discovery“ als Souveränitätseingriff ab.<sup>38</sup> Sie verweisen stattdessen auf die Notwendigkeit, dass im Inland belegene Dokumente, wenn überhaupt, im Wege der zivilprozessualen Rechtshilfe an die USA herauszugeben sind. Hier ist nicht der Ort, zu diesen kaum vereinbaren Positionen Stellung zu beziehen. Freilich ist zu betonen: Jene EU-Mitgliedstaaten, die eine US-amerikanische „zivilprozessuale discovery“ ablehnen, würden sich selbstwidersprüchlich verhalten, wenn sie nun einer Art „europäischen strafprozessualen discovery“ – in der Form von echten unilateralen Bebringungsanordnungen gegenüber privaten Diensteanbietern betreffend Auslandsdaten – das Wort reden würden.

*bb) Drohende Dilemmata für Diensteanbieter*

Abgesehen davon bringen echte unilaterale Bebringungsanordnungen die Diensteanbieter in die „Zwickmühlen“ gegenläufiger Regelungsregime. Denn das Datenschutzrecht fungiert zunehmend als „blocking statute“ (so die „discovery“-Terminologie),<sup>39</sup> die aber vonseiten des Anordnungsstaats einer Bebringungsanordnung nicht unbedingt beachtet wird. Das führt beispielhaft zu folgenden Regimekonflikten: Die Befolgung einer US-Bebringungsanordnung kann einen Verstoß gegen europäisches Datenschutzrecht darstellen, mit der Konsequenz, dass Diensteanbietern in Europa datenschutzrechtliche Sanktionen drohen.<sup>40</sup> Umgekehrt hat die Weigerung, einer brasilianischen Bebringungsanordnung zu entsprechen, weil sie US-amerikanisches Datenschutzrecht verletze, bereits zur Konsequenz gehabt, dass der Sich-Weigernde wegen dieser Weigerung in Brasilien strafrecht-

lich verfolgt wurde.<sup>41</sup> Solche Zwickmühlen sind in einer hochgradig vernetzten Weltwirtschaft untragbar.<sup>42</sup> Die DSGVO hat hierfür zwar mit Art. 49 Abs. 1 S. 2 vorgesorgt.<sup>43</sup> Hiernach ist eine Übermittlung personenbezogener Daten aufgrund einer echten unilateralen Bebringungsanordnung höchst ausnahmsweise zulässig, selbst wenn kein Regelbeispiel i.S.d. Art. 49 Abs. 1 S. 1 DS-GVO, kein „Angemessenheitsbeschluss“ (die einem Drittland wie den USA eine „angemessenes [datenschutzrechtliches] Schutzniveau“ attestiert, Art. 45 DS-GVO) oder keine „geeignete Garantien“ für eine angemessene Datenverarbeitung im Drittland vorliegen (Art. 46 DS-GVO). Allerdings setzt dies u.a. voraus, dass die „Übermittlung nicht wiederholt“ erfolgt, dass sie also „einen einmaligen Vorgang darstellt.“<sup>44</sup> Gerade bei großen Diensteanbietern, die systematisch Daten im räumlichen Anwendungsbereich der DS-GVO<sup>45</sup> speichern, ist freilich damit zu rechnen, dass gegen sie gerichtete Bebringungsanordnungen keine singulären Ereignisse bleiben.

*cc) Drohende Erosion der internationalen Solidarität bei der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität*

Schließlich drohen echte unilaterale Bebringungsanordnungen auch die Grundlagen der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität nachhaltig in Mitleidenschaft zu ziehen. Namentlich droht die internationale Solidarität und das Vertrauen zwischen den Hoheitsträgern verschiedener Jurisdiktionen bei der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender

<sup>37</sup> Eindrücklich die Entscheidung des US Supreme Court in *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987).

<sup>38</sup> Vgl. für Deutschland *Pabst*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, Art. 23 HZPÜ Rn. 10.

<sup>39</sup> Vgl. nur *Metz/Spittka*, ZD 2017, 361 (363) m.w.N.

<sup>40</sup> So auch der Parteivortrag von Microsoft vor dem US Supreme Court im *Microsoft Ireland Case*, S. 16 ff., online abrufbar unter

[http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/27619/20180111205746909\\_Brief%20for%20Respondent%202018.01.11.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/27619/20180111205746909_Brief%20for%20Respondent%202018.01.11.pdf) (12.7.2018). Ferner der „brief of EU data protection and privacy scholars as amici curiae in support of respondent“ vor dem US Supreme Court im *Microsoft Ireland Case*, S. 3 ff., online abrufbar unter [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28272/20180118141249281\\_17-2%20BSAC%20Brief.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28272/20180118141249281_17-2%20BSAC%20Brief.pdf) (12.7.2018).

<sup>41</sup> Siehe hierzu die Stellungnahme des „Chief Legal Officer“ von Microsoft, Brad Smith, vor dem „House Judiciary Committee“ des US-Kongresses v. 25.2.2016, S. 2, online abrufbar unter

<https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/brad-smith-testimony.pdf> (25.5.2018). Zur Rechtslage in Brasilien ausführlich und mit Nachweisen auch der „Brief of Internetlab and technology center amicus curiae in support of respondent“ vor dem US Supreme Court im *Microsoft Ireland Case*, S. 16 ff., online abrufbar unter [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28382/20180118203851162\\_17-2%20obsac%20Internetlab%20Law%20and%20Technology%20Center.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28382/20180118203851162_17-2%20obsac%20Internetlab%20Law%20and%20Technology%20Center.pdf) (25.5.2018).

<sup>42</sup> Auch *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (422), moniert das Fehlen verlässlicher Regelungen für solche Konstellationen.

<sup>43</sup> Hierzu auch European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of neither party, S. 14 f., online abrufbar unter

[http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23655/20171213123137791\\_17-2%20ac%20European%20Commission%20for%20filing.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23655/20171213123137791_17-2%20ac%20European%20Commission%20for%20filing.pdf) (12.7.2018); krit. bzw. differenzierend *Pauly/Dieckhoff*, CCZ 2017, 270 (271); *Metz/Spittka*, ZD 2017, 361 (365 f.).

<sup>44</sup> *Lange/Filip*, in: Wolff/Brink (Fn. 23), Art. 49 DS-GVO Rn. 51.

<sup>45</sup> Hierzu oben in Fn. 23.

Kriminalität irreparablen Schaden zu nehmen.<sup>46</sup> Solidarität und Vertrauen sind aber notwendig, um jene „Defizite auszugleichen, die sich aus dem Prinzip der einzelstaatlichen und damit notwendigerweise territorial beschränkten Souveränität für eine Welt ergeben, die [aufgrund des Phänomens der grenzüberschreitenden Kriminalität, Anm. d. Verf., auf] einen Abbau territorialer Schranken angewiesen ist.“<sup>47</sup>

Umso besorgniserregender sind daher die folgenden Befürchtungen, die hochrangige ehemalige nationale Sicherheitsberater, Strafverfolger und Geheimdienstmitarbeiter in ihrer *amicus curiae*-Intervention vor dem US Supreme Court im Microsoft Ireland Case geäußert haben. Für den Fall, dass der Gerichtshof echte unilaterale Bebringungsanordnungen auf der Grundlage von 18 U.S. Code § 2703(a) für zulässig erachten sollte, wurde Folgendes an die Wand gemalt:

„We predict that such a ruling is likely to give rise to unintended consequences that will affect law enforcement and intelligence agencies, including the following:

- conflicting legal obligations across borders that compromise the effectiveness and efficiency of law enforcement and the international intelligence community;
- increasing balkanization of the Internet – a splintering of the World Wide Web via data localization, whether forced or voluntary – that may curtail international law enforcement and inhibit intelligence cooperation; and
- an impetus for nations to move away from multilateral cooperation and toward a go-it-alone unilateralism, diminishing the cooperation of law enforcement and intelligence agencies around the world.

These risks are particularly worrisome given the critical role cooperation plays in tackling modern cross-border crime and cyberthreats – dangers that did not exist, or were not as virulent, decades ago.“<sup>48</sup>

Dem ist in der Sache nichts hinzuzufügen. Ergänzend mag man sich aber die Auswirkungen vorstellen, wenn europäische gegen US-Strafverfolger Strafverfahren einleiten müssten, weil letztere einen Diensteanbieter via einer US-

Bebringungsanordnung zur Verletzung des europäisierten Datenschutzstrafrechts „angestiftet“ haben.

### *b) Unechte unilaterale Bebringungsanordnungen betreffend Auslandsdaten mit Zustimmung des territorial betroffenen Staats*

Nur vermeintlich einfacher einzuordnen sind die hier sog. unechten unilateralen Bebringungsanordnungen, die mit der vorherigen Zustimmung des Staates, in dem die Daten belegen sind, erfolgen. Einfach einzuordnen sind diese aber immerhin insofern, als zumindest kein völkerrechtliches Ungeheuer droht, rechtfertigt diese Zustimmung doch mögliche Eingriffe in die eigene Territorialhoheit.<sup>49</sup>

Auf den ersten Blick sehr elegant wirkt daher eine unionsrechtliche Vereinheitlichung solcher Bebringungsanordnungen für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts entsprechend der oben unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** aa) vorgestellten Notifikationslösung der Kommissionsdienste. Dieser Lösung zufolge würden die EU-Mitgliedstaaten einander Bebringungsanordnungen betreffend auf ihrem Territorium belegener Daten gestatten,<sup>50</sup> wenn und weil sie darüber im Nachgang notifiziert würden. Elegant scheint diese Notifikationslösung zum einen deshalb, weil sich dieses Programm auch für außereuropäische Drittstaaten öffnen ließe, zum anderen auch deswegen, weil die Souveränität bzw. Territorialhoheit der Staaten unangetastet bliebe. Ein vereinheitlichtes System mit notifikationspflichtigen Bebringungsanordnungen reformiert also scheinbar nur das überkommene Rechtshilfewesen, um es in einen modernen Informationsaustauschverbund unter partieller Inpflichtnahme Privater zu überführen.

Auf den zweiten Blick treten jedoch, soweit es um eine unionsrechtliche Regelung geht, (insbesondere grundrechtliche) Bedenken zutage. Eingedenk seiner grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber den Grundrechtsberechtigten kann der Zustimmungs- dem Zugriffsstaat dessen Bebringungsanordnungen nicht rechtsgrundlos gestatten; das gilt auch und gerade im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Weiterführend zu diesem Prinzip *Dahm*, Völkerrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2002, S. 851 ff. Eingängig auch die Worte von *Lord Russel* in *Arton*, [1896] 1 Q.B. 108, 111 nach denen es um das „broad principle that it is to the interest of civilized communities that crimes [...] should not go unpunished, and [...] that one state should afford to another every assistance towards bringing persons guilty of such crimes to justice“ geht.

<sup>47</sup> So allg. zum völkerrechtlichen Solidaritätsprinzip *Dahm* (Fn. 46), S. 856.

<sup>48</sup> Brief of former law enforcement, national security, and intelligence officials as amici curiae in support of neither party, S. 3 f., online verfügbar unter [http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23633/20171213113332456\\_17-2%20Amicus%20Brief%20in%20Support%20of%20Neither%20Party.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/23633/20171213113332456_17-2%20Amicus%20Brief%20in%20Support%20of%20Neither%20Party.pdf) (12.7.2018).

<sup>49</sup> Vgl. nur *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 59 Rn. 1.

<sup>50</sup> Man beachte freilich: Während die Kommissionsdienste die „[Member] State[s] that could be affected by the investigative measure“ entlang von Faktoren wie „seat of the service provider or the habitual residence of the target of the measure“ (vgl. oben Teil 1 bei und in Fn. 54) zu bestimmen suchen, wird hier entsprechend dem oben unter 1. Gesagten (auch und entscheidend) für eine Bestimmung nach Maßgabe der territorialen Belegenheit der Daten geworben.

<sup>51</sup> Dies folgt für Deutschland aus seinen Grundrechtsverpflichtungen aus dem GG und der EMRK. Die Solange II-Rechtsprechung (BVerfGE 73, 339) und die Bosphorus-Rechtsprechung (EGMR, Urt. v. 30.6.2005 – Rs. 45036/98 [Bosphorus v. Ireland]) des EGMR besagen – natürlich mit Unterschieden im Detail – letztlich, dass unionsrechtliche Regelungen die Grund- und Menschenrechte des GG und der EMRK nicht ersetzen, sondern diese unter der Voraussetzung eines Äquivalenzvorbehalts suspendieren. Dies hat zur Folge,

Vielmehr muss ersterer letzterem grundrechtlich vertrauen (können). Dafür ist es notwendig, dass der Zugriffsstaat ein im Wesentlichen gleichwertiges Daten- und Grundrechtsschutzniveau verbürgt<sup>52</sup> und er überdies die Verfassungsidentität des Zustimmungstaates achtet.<sup>53</sup> Wer nun unter Hinweis auf Art. 67 Abs. 1 AEUV behaupten wollte, dass all dies im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bereits Realität sei, der verkennt die Erkenntnis, die wir momentan in der EU mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung machen. Und diese Erkenntnis lautet: Postuliertes Vertrauen ist gut, aber Kontrolle ist besser, um einen einheitlichen Grundrechts- und Datenschutzraum in Europa zu schaffen, in

---

dass die grundrechtliche, dem GG und der EMRK zu entnehmende Garantieverantwortung von Deutschland als ersuchtem bzw. gestattendem Staat im Kern fortbesteht. Hierzu im Einzelnen *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, 2018 (im Erscheinen), § 7 D.; sowie allgemein *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 23 Rn. 80 ff.; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 1 Rn. 14; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 6 EUV Rn. 23.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu zunächst die in Fn. 51 aufgeführten Quellen und Ausführungen. Auch der EuGH hat nach langer Verzögerung klargestellt, dass zumindest systemische Grundrechtsdefizite in einem Mitgliedstaat es rechtfertigen, die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit ihm im Einzelfall zu verweigern. Hierzu EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), u.a. mit Anm. *Epiney*, NVwZ 2017, 761; *Brodowski*, JR 2016, 415; und *Satzger*, NSTZ 2016, 514. Ähnliches hat der EuGH auch im Bereich des Datenschutzes festgestellt, vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14 (Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner), u.a. mit Anm. *Kuner*, German Law Journal 2017, 881.

<sup>53</sup> Die Beachtung der Verfassungsidentität bei der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist zum einen unionsverfassungsrechtlich aufgegeben (Art. 4 EUV) und folgt zum anderen nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben; dass dabei der Umfang, im welchem Ausmaße nationale Verfassungsidentitäten bzw. -traditionen bei der Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU zu wahren ist, je nach Perspektive anders gesehen werden kann, sei hier nur notiert, nicht aber inhaltlich kommentiert. Zur unionsrechtlichen Perspektive u.a. v. *Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 62. Lfg., Stand: Juli 2017, Art. 4 EUV Rn. 13 m.w.N. Zur Perspektive des GG BVerfG, NJW 2016, 1149, u.a. mit Anm. *Meyer*, HRRS 2016, 332; *Satzger*, NSTZ 2016, 514; *Sauer*, NJW 2016, 1134. Allgemein zum Topos Verfassungsidentität die Sonderausgabe Nr. 7/2017 des German Law Journal (2017, 1587 ff.).

dem sich Hoheitsträger und Bürger wahrhaftig wechselseitig vertrauen können.<sup>54</sup>

Diese Erkenntnis muss auch in das soeben angedeutete System mit notifikationspflichtigen Beibringungsanordnungen einfließen. Deren gegenseitige Anerkennung (und um nichts anderes geht es in der Sache) darf nicht blindlings, sondern muss (ver-)bindend verlaufen. Sie muss grundrechtlich „gemanagt“ werden können.<sup>55</sup> Daher darf die Notifikation nicht nur informationshalber erfolgen.<sup>56</sup> Vielmehr müssen nachträgliche Zustimmungsverweigerungs- bzw. -rücknahmegründe vorgesehen werden (wie die Verletzung des europäischen *ordre public*, analog Art. 11 Abs. 1 lit. f. RL-EEA; oder die Verletzung der nationalen Verfassungsidentität, Art. 4 Abs. 2 EUV; oder ein allgemeiner Missbrauchsvorbehalt). Wird von diesen Zustimmungsverweigerungsgründen Gebrauch gemacht, muss dies im Mindestmaß zur Unverwend- und Unverwertbarkeit der erhaltenen Cloud-Daten im Zugriffsstaat führen.<sup>57</sup> Und um die besagten Zustimmungsverweigerungsgründe „mit Leben zu füllen“, müssen sie (zumindest wo sie grundrechtlich aufgeladen sind) vom Nutzer durch Rechtsmittel etc. erzwingbar sein, was zur Voraussetzung hat, dass die Nutzer über entsprechende Zugriffe informiert werden. Auch das mag im ersten Zugriff „teuer“

---

<sup>54</sup> Zum Topos Vertrauen bei der Zusammenarbeit in Strafsachen im Allgemeinen und in der EU im Besonderen *Vogel/Burchard* (Fn. 15), Vor § 1 IRG Rn. 130 ff. m.w.N. Zur Frage, ob gegenseitiges Vertrauen Grundlage der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidung nach Art. 82 AEUV ist bzw. sein soll oder gar ein unionsverfassungsrechtliches Rechtsprinzip ist, vgl. ein- und weiterführend *Meyer*, EuR 2017, 163. Ich selbst vertrete in *Vogel/Burchard* (Fn. 15), Vor § 1 IRG Rn. 133, dass der (vage) Topos des zwischenstaatlichen Vertrauens eine umfassende oder auch nur eine weitreichende Suspendierung der Grundrechtsprüfung im ersuchten Staat nicht zu begründen weiß; dies gilt auch im Verhältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten. Dekonstruiert man die hypertrophe Vertrauensrhetorik, so wird diese keinesfalls von der Erwartung oder Hoffnung in die tatsächliche Gleichwertigkeit fremder Kriminaljustizsysteme getragen, sondern von dem realpolitischen Motto: „Spuckst Du mir nicht in die Suppe, spucke auch ich Dir nicht in die Suppe!“ Um den Preis des Verzichts auf die grundrechtliche Überprüfung eingehender Rechtshilfeersuchen wird also gleichsam die Immunisierung des eigenen Kriminaljustizsystems vor grundrechtlichen Fremdkontrollen bei ausgehenden Ersuchen erkaufte. Dieser Deal kann jedoch die Grundrechtsbindungen staatlicher (deutscher) Hoheitsträger nicht außer Kraft setzen.

<sup>55</sup> Hierzu allgemein *Nicolaïdis*, Journal of European Public Policy 2007, 682 (683), und dies auf die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen detailliert übertragend *Burchard* (Fn. 51), § 8 D. IV. 2.

<sup>56</sup> Wie dies im Technical Document der Kommissionsdienste, S. 27, in den Raum gestellt wird. Online verfügbar unter [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522\\_technical\\_document\\_electronic\\_evide\\_nce\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522_technical_document_electronic_evide_nce_en.pdf) (12.7.2018).

<sup>57</sup> Oder in Drittstaaten, an die Daten weitergereicht wurden.

wirken. Aber nur so lässt sich sicherstellen, dass die Nutzer nicht zu Objekten degradiert, sondern als europäische Bürger ernst genommen werden.

#### IV. Zwischenstaatlichkeit als Problem und Privatisierung als Lösung?

Kann man also die Rechnung nicht ohne den Wirt machen – indem der nationalstaatliche Zugriff auf elektronische Beweismittel in der Cloud ohne die territoriale Belegenheit der Daten in einer anderen Jurisdiktion gedacht wird – und sind auch unilaterale grenzüberschreitende Ermittlungsmaßnahmen nicht ohne Weiteres machbar, so stellt sich nichtsdestoweniger die Frage, ob die Trägheit und Schwerfälligkeit des Zwischenstaatlichen in der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung nicht durch eine (partielle) Privatisierung derselben überwindbar ist. Eben dadurch, dass das herkömmliche Rechtshilfeverfahren im ersuchten Staat (bzw. oder das Anerkennungsverfahren im Vollstreckungsstaat einer gegenseitig anzuerkennenden justiziellen Entscheidung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts) auf Private ausgelagert wird. Ist also Zwischenstaatlichkeit ein Problem und Privatisierung dessen Lösung? Um hierauf eine Antwort geben zu können (unten 2.), ist zunächst zu zeigen, welche Dimension dieses Outsourcing bereits rechtstatsächlich hat (unten 1.).

##### 1. Vorweg: Eine summarische rechtstatsächliche Einordnung der freiwilligen Zusammenarbeit mit US-Diensteanbietern

Dass weltweit Strafverfolger private US-Diensteanbieter nach US-Recht (oben II. 2.) informell um die Beibringung von Nicht-Inhaltsdaten ersuchen dürfen, und dass dies in den Worten der Kommission paradigmatisch für ein neues Strafverfolgungskonzept im digitalen Zeitalter<sup>58</sup> stehen könnte, lässt nicht erahnen, wie fortgeschritten diese Zusammenarbeit mit dem privaten Sektor bereits ist. Daher seien hier vorweg einige rechtstatsächliche Einordnungen auf der Grundlage der aktuellen Transparenzberichte von Google,<sup>59</sup> Facebook (einschließlich WhatsApp und Instagram)<sup>60</sup> und Microsoft<sup>61</sup> vorgenommen.

##### a) Zahlen von Google, Facebook und Microsoft für das erste Halbjahr 2017

Zunächst zum Zahlenwerk.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Hierzu die Europäische Sicherheitsagenda, bei und in Teil 1 Fn. 29 (ZIS 2018, 194).

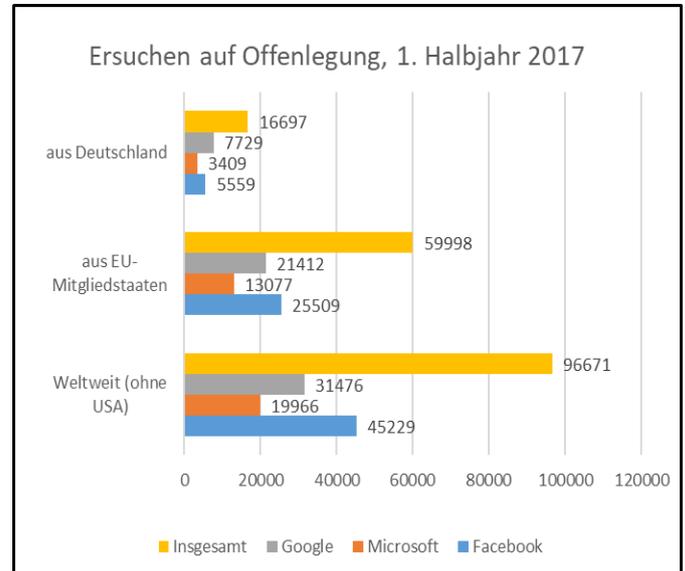
<sup>59</sup> Online verfügbar unter <https://transparencyreport.google.com/user-data/overview?hl=de> (12.7.2018).

<sup>60</sup> Online verfügbar unter <https://transparency.facebook.com/government/> (12.7.2018).

<sup>61</sup> Online verfügbar unter <https://www.microsoft.com/en-us/about/corporate-responsibility/lerr> (12.7.2018).

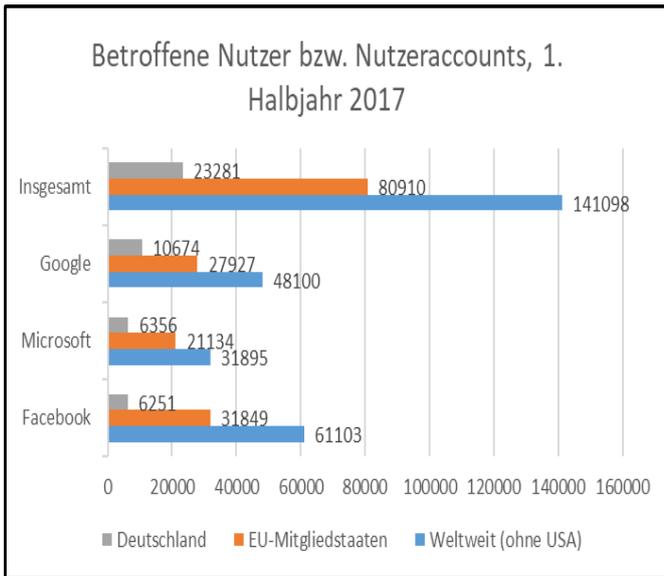
<sup>62</sup> Ein kurzer Disclaimer: Die folgenden Zahlen sind empirisch lediglich richtungsweisend. Da die Erfassungsmodi der Diensteanbieter nicht harmonisiert sind, tun sich Unschärfen

aa) Allein im ersten Halbjahr 2017 erreichten Google, Facebook und Microsoft 96.671 (sic) Ersuchen auf Offenlegung von Daten von außerhalb der USA, davon 59.998 aus EU-Mitgliedstaaten und 16.697 aus Deutschland. Weitere Diensteanbieter – wie Dropbox etc. – sind dabei gar nicht bedacht.

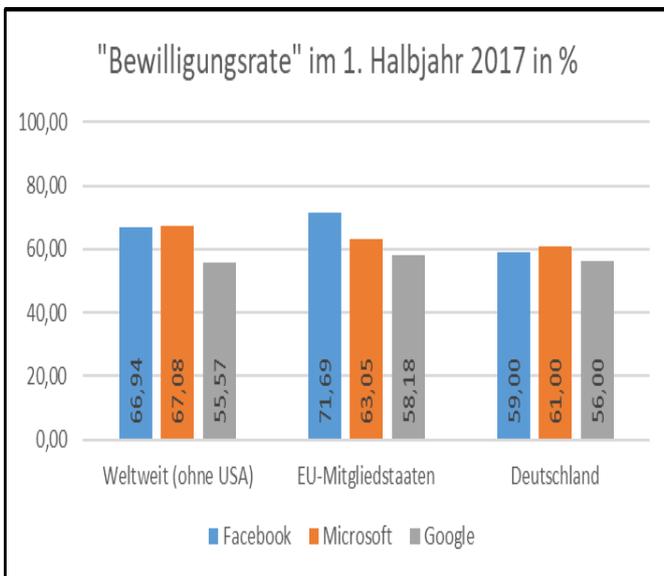


bb) Betroffen waren in diesem ersten Halbjahr bei den besagten Diensteanbietern insgesamt und weltweit nicht weniger als 141.098 Nutzer bzw. Nutzeraccounts. Die europäischen Ersuchen betrafen 80.910 und die deutschen Ersuchen 23.891 Nutzer bzw. Nutzeraccounts.

im Vergleich auf. Google und Facebook legen z.B. die Anzahl und Art von Auskunftersuchen offen, die sie von Behörden erhalten haben. Ob dies in Strafsachen geschieht, ist damit nicht gesichert, wenn auch Facebook ausführt, dass sich die „überwiegende Mehrheit dieser Anfragen“ auf strafrechtliche Fälle beziehe. Rechtshilfeersuchen werden bei Facebook ausdrücklich einbezogen. Microsoft legt demgegenüber offen, wie viele Ersuchen in Strafsachen eingegangen sind. Microsoft differenziert überdies nach der Offenlegung von Inhalts- und Nicht-Inhaltsdaten. Überdies zeigen sich auch Fehler in den Transparenzberichten im Detail. So führt etwa Facebook im herunterladbaren Zahlenmaterial lediglich 4,7 Auskunftersuchen aus Frankreich im ersten Halbjahr 2017; gemeint sind aber 4.700 Ersuchen, wie eine Einzelsuche ergab. Die folgenden Zahlen umfassen auf Nutzerdaten bezogene Anfragen, jedoch keine Aufbewahrungsanfragen („preservation requests“). Bei den Google-Daten sind Notfallersuchen erfasst, bei den Microsoft-Daten hingegen nicht, was zu keinen signifikanten Verzerrungen führt, da nur wenige Notfallersuchen gestellt werden.

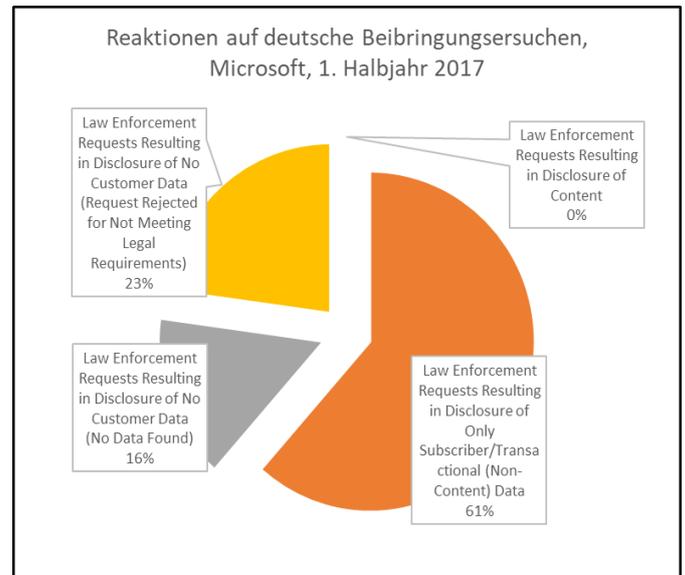


cc) Was die „Bewilligungsrate“ anbetrifft, also den Prozentsatz an Fällen, in denen die nachgesuchten Daten ganz oder teilweise offengelegt wurden, sticht Folgendes ins Auge: Europäische Ersuchen werden im weltweiten Durchschnitt nicht signifikant anders gehandhabt. Und Ersuchen aus Deutschland wird mitunter sogar weniger häufig nachgekommen als im europäischen oder gar weltweiten Durchschnitt.



dd) Die durchaus signifikant hohen Raten, in denen private Diensteanbieter Strafverfolgern keine Daten überlassen, lassen sich teilweise damit erklären, dass überhaupt keine Daten vorhanden sind; nach den einschlägigen Microsoft-Daten ist das etwa in gut 16 % der entsprechenden Ersuchen aus Deutschland der Fall. Dass in den übrigen Fällen keine Daten offengelegt werden, wird mit (quasi-)rechtlichen Bedenken begründet. Um abermals mit den Microsoft-Daten aus dem ersten Halbjahr 2017 zu arbeiten: Gut 22 % der deutschen

Beibringungsersuchen sind statistisch mit „Request Rejected for Not Meeting Legal Requirements“ erfasst. Was damit gemeint ist, bleibt – zumal es keine empirischen Daten gibt<sup>63</sup> – ganz häufig unklar. Dies sorgt unter deutschen Strafverfolgern für beträchtliches Stirnrunzeln und erklärt aufs Ganze bezogen auch, warum im Rahmen der europäischen Expertenconsultationen die Kritik laut wurde (hierzu oben I. 3. a) aa), dass die internen Prüfungsverfahren privater US-Diensteanbieter zu intransparent und unzuverlässig seien.



b) Das interne Prüfungsverfahren

In der Tat gibt es meines Wissens keine gesicherten empirischen Erkenntnisse, wie und nach welchen internen Verfahren freiwillige Beibringungsersuchen bei den großen US-Diensteanbietern abgearbeitet werden sowie mit welchen Problemen – außer den beträchtlichen Fallzahlen – sie dabei konfrontiert sind. Gesichert ist nur, dass eine Art interne Prüfung durch die Rechtsabteilung oder spezielle „Rechtshilfe“-Teams bzw. Abteilungen stattfindet.

Google beschreibt all dies sehr „selbstbewusst“ wie folgt: „Wenn wir infolge behördlicher Ersuchen Daten offenlegen, ist es uns ein besonderes Anliegen, den Datenschutz und die Sicherheit der Daten, die Sie bei Google speichern, zu respektieren. Wenn wir ein solches Ersuchen erhalten, überprüft unsere Rechtsabteilung dieses, um sicherzugehen, dass es den gesetzlichen Anforderungen und den Richtlinien von Google entspricht. Für eine Offenlegung von Daten muss ein Ersuchen im Allgemeinen schriftlich erfolgen, von einem bevollmächtigten Beamten der Behörde, die das Ersuchen stellt, unterzeichnet und gemäß einem geltenden Gesetz aus-

<sup>63</sup> Anekdotisch berichtet wird z.B. über Anfragen durch deutsche Polizeibeamte, die um 23.00 Uhr deutscher Zeit von privaten Mailaccounts verschickt werden, so dass den Diensteanbietern keine Authentifizierung möglich ist. Für solche Schwierigkeiten gäbe es freilich technische Lösungen, wie digitale Signaturen.

gestellt sein. Falls wir der Ansicht sind, dass ein Ersuchen zu weit gefasst ist, versuchen wir, es einzugrenzen.“<sup>64</sup>

Einen ähnlichen Anspruch formuliert Facebook:

„Wir setzen strenge Prozesse für den Umgang mit diesen Behördenanfragen ein. Jede Anfrage, die wir erhalten, wird auf rechtliche Hinlänglichkeit geprüft. Wir fordern von den VertreterInnen eine detaillierte Darlegung der rechtlichen und sachlichen Grundlagen ihrer Anfrage. Wir weisen diese ab, wenn wir Rechtsmängel oder eine übermäßig weit gefasste oder vage Informationsanforderung feststellen. Wir geben häufig nur allgemeine Nutzerinformationen heraus.“<sup>65</sup>

Bemerkenswert ist schließlich, dass die Diensteanbieter „Richtlinien für Strafverfolgungsbehörden“ ausgeben. Facebook gibt z.B. vor:

„Wir können keine allzu weitgefassten bzw. vagen Anfragen bearbeiten. Alle Anfragen müssen die angefragten Daten klar und deutlich benennen und Folgendes enthalten:

- Den Namen der ausstellenden Behörde, die Amts- bzw. Ausweisnummer des zuständigen Vertreters, die E-Mail-Adresse von einer Domain der Strafverfolgungsbehörde und eine Telefonnummer mit direkter Durchwahl.

- Die E-Mail-Adresse, die Nutzer-ID-Nummer [...] oder den Nutzernamen [...] des Facebook-Profiles.“<sup>66</sup>

### 2. Eine kritische Einordnung der Privatisierung der Rechtshilfe

#### a) Primärrechtliches Verbot der umfassenden materiellen Privatisierung der Rechtshilfe

Diese Entwicklungen hin zu einer hochintensiven Zusammenarbeit europäischer und deutscher Strafverfolger mit US-Diensteanbietern, die selbstregulierend aktiv werden (müssen), muss aus deutscher und europäischer Sicht<sup>67</sup> die Grundlage für eine kritische Einordnung des Ansinnens der Kommissionsdienste bilden, eingehende wie ausgehende Bebringungsmaßnahmen betreffend Auslandsdaten unionsrechtlich zu harmonisieren. Immerhin zielen die Kommissionsdienste auf Folgendes:

„Creating a competence for law enforcement/judicial authorities to issue cross-border production requests to service providers, and for service providers to reply to such production requests.“

„Creating a competence for law enforcement / judicial authorities to issue mandatory cross-border production orders to

service providers, and an obligation for service providers to reply to such requests“<sup>68</sup>

Diese Regelungsbestrebungen stellen sich aus der Perspektive des (so die herkömmliche Formulierung) ersuchten Staates als Privatisierung einer vormaligen Staatsaufgabe dar. Das US-Recht (hierzu oben II. 2.) illustriert diesen Wandel von Öffentlichkeit in aller Deutlichkeit: Für Bebringungsersuchen gegenüber US-Diensteanbietern betreffend Inhaltsdaten ist der Rechtshilfeweg zu beschreiten. Wird ein förmliches Rechtshilfverfahren gestellt, wird dieses in den USA im Rahmen eines Rechtshilfverfahren abgearbeitet, das materiellen (Stichwort: Rechtshilf Voraussetzungen und -hindernisse) wie formellen Regeln gehorcht. Für Bebringungsersuchen gegenüber US-Diensteanbietern betreffend Nicht-Inhaltsdaten stünde es den USA frei, ebenso zu verfahren. Das US-Recht begibt sich freilich dieser (potentiellen) Staatsaufgabe, Rechtshilfe betreffend Nicht-Inhaltsdaten zu leisten, und delegiert es auf Private. Und da dies nicht weiter reguliert ist (man könnte gleichsam von einer Delegation ohne Regulation sprechen), liegt ein vollständiger Rückzug der USA aus der Erfüllungsverantwortung vor, sub specie der demokratischen, rechtsstaatlichen, grund- und datenschutzrechtlichen Schutzverantwortung, eingehende Ersuchen um Unterstützung fremder Strafverfolgung in demokratischer, rechtsstaatlicher, grund- und datenschutzrechtlicher Hinsicht zu überprüfen (z.B. im Hinblick darauf, ob das dem Ersuchen zugrundeliegende Strafverfahren dem eigenen ordre public entspricht, ob die ersuchende Stelle aktiv legitimiert ist und ob das Ersuchen überhaupt von einem Hoheitsträger einer anderen Jurisdiktion stammt).

Übertragen in den Unionsrechtsrahmen spricht Vieles dafür, dass ein sekundärrechtlich verfügter vollständiger Rückzug aus der rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Erfüllungsverantwortung primärrechtlich (d.h. unionsverfassungsrechtlich) nicht tragen würde. Denn dies wäre weder mit dem Auftrag aus Art. 67 AEUV zu versöhnen, nach innen hin einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen, in dem die Grundrechte geachtet werden, noch mit dem vom EuGH unterstrichenen Anspruch vereinbar, dass es der EU verboten ist, nach außen hin den Schutz der europäischen Grundrechte auf dem Altar der internationalen Sicherheitszusammenarbeit zu opfern.<sup>69</sup> Anders ausgedrückt: Sollten die Kommissionsdienste eine umfassende Aufgabenprivatisierung der Rechtshilfe in dem Sinne zum Ziel haben, dass bei (bestimmten) Bebringungsersuchen keinerlei – auch parlamentarische – Kontrolle der Geschäfts- bzw. Erledigungspolitik eines Diensteanbieters mehr möglich ist,<sup>70</sup> so

<sup>64</sup> Siehe die FAQs über das Rechtsverfahren bei Auskunftsersuchen zu Nutzerdaten, online verfügbar unter <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7381738/> (12.7.2018).

<sup>65</sup> Online verfügbar unter <https://transparency.facebook.com/government/about/> (12.7.2018).

<sup>66</sup> Online verfügbar unter <https://www.facebook.com/safety/groups/law/guidelines/> (12.7.2018).

<sup>67</sup> Mir steht eine kritische Einordnung aus der Sicht des US-Rechts, insbesondere des US-Datenschutzrechts nicht an.

<sup>68</sup> Technical Document (Fn. 56), S. 20 f.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu nur die sog. Kadi-Rechtsprechung EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 P und C-415/05 P (Kadi I), insbes. Rn. 360 ff.; Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P (Kadi II), insbes. Rn. 125 ff. Zu den unzähligen Anmerkungen sei hier summarisch auf die Übersichten bei juris verwiesen.

<sup>70</sup> So die Konsequenz bei einer umfassenden Aufgabenprivatisierung, vgl. allgemein *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs

wäre dies nach hier zur Diskussion gestellter Ansicht primär- bzw. unionsverfassungsrechtswidrig.

b) „Kosten“ der regulierten Privatisierung der Rechtshilfe, insbes. aufgrund des notwendig werdenden Privatisierungsfolgenrechts

Dies schließt freilich eine regulierte Aufgabenprivatisierung nicht eo ipso<sup>71</sup> aus, die durch steuernde und kontrollierende Rechtsvorschriften gelenkt wird. Dann müssen freilich die (insbesondere kriminalpolitischen) Kosten wohl bedacht werden.

Die kriminalpolitische Debatte rund um eine regulierte sowie kontrollierte Privatisierung des Zwischenstaatlichen der Rechtshilfe ist dabei in den Kontext der allgemeinen Debatte rund um die (wirtschaftlichen, politischen, rechtsstaatlichen etc.) Vor- und Nachteile der Privatisierung hoheitlicher Tätigkeiten zu stellen.<sup>72</sup> Dabei zeigen sich wenig erstaunliche Parallelen.

Die allgemeinen, häufig von einem tiefen Misstrauen gegen die (Modernisierungs- und Reform-)Kräfte des Staates getragenen Argumente für Privatisierung lauten insbesondere: Private arbeiten schneller, besser, flexibler und wirtschaftlicher; überdies sollte der Staat die Dynamik, Effizienz und Initiative privater Akteure für das Gemeinwohl nutzen. Entsprechend ließe sich für die unionsrechtliche Regelung der Zusammenarbeit mit privaten Diensteanbietern durch Beibringungsersuchen und -anordnungen kriminalpolitisch wie folgt argumentieren: Private Diensteanbieter haben die technische Kontrolle über die nachgesuchten elektronischen Beweismittel. Sie arbeiten schneller und günstiger (nämlich kostenlos!) als die (Justiz-)Behörden im herkömmlichen Rechtshilfeweg. Private können überdies schnell und unkompliziert auf die Vorstellungen und Wünsche von Strafverfolgern reagieren. Und da sie sich ständig neu erfinden müssen, um auf dem Markt zu bestehen, können sie die überkommenen Besitzstände des Rechtshilfewegs ohne Weiteres hinter sich lassen. Das ist entscheidend, weil gerade diese Besitzstände den Rechtshilfeweg zu langwierig, komplex, unflexibel und schwergängig werden lassen und so einer modernen grenzüberschreitenden Strafverfolgung im digitalen Zeitalter entgegenstehen.

Umgekehrt wird gegen die Privatisierung von Staatsaufgaben im Allgemeinen Folgendes vorgebracht: Die Zuverlässigkeit der Aufgabenwahrnehmung und die Sozialverträglichkeit leidet, weil Private nicht das Gemeinwohl im Blick haben. Die Privatisierung staatlicher Tätigkeiten führt zu einer schädlichen Privatisierung des Öffentlichen, wodurch die regulative Idee politischer Verantwortung und der allgemeine Gemeinwohlgedanken Schaden nimmt. Entsprechend

---

(Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 130 m.w.N.

<sup>71</sup> Nicht weiter zu diskutieren ist, ob – analog der Privatisierung des Straf- und Maßregelvollzugs – bestimmte Kernfunktionen des Rechtshilfewerkehrs in staatlicher Hand bleiben müssen.

<sup>72</sup> Hierzu und zum Folgenden *Schmitz* (Fn. 70), § 1 Rn. 121 mit umfassenden Nachweisen.

ließe sich abermals mit Blick auf die Privatisierung der Rechtshilfe vortragen: Der Grund- und Datenschutz bei der Rechtshilfe ist eine hehre Staatsaufgabe, die nicht an private Diensteanbieter delegiert werden darf. Eine Privatisierung darf weder rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze (Stichwort: kein rechtliches Gehör vor und keine Begründungspflichten für US-Diensteanbieter, die über eingehende Beibringungsersuchen betreffend Nicht-Inhaltsdaten entscheiden) noch grundlegende demokratische Prinzipien (Stichwort: nichtregulierte Selbstregulierung des internen Kontrollverfahrens durch US-Diensteanbieter bei besagten Ersuchen) desavouieren.

Unabhängig davon, wie man sich insofern kriminalpolitisch verhalten will (und dass ich eher letzterer Position anhängen, gebe ich gerne zu), haben Privatisierungsbefürworter die „Kosten“ im Blick zu behalten, die durch ein Privatisierungsfolgenrecht verursacht werden, das notwendig wird, wenn und weil eine vollständige materielle Privatisierung der Rechtshilfe unzulässig ist:

Was *eingehende* Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen anbetrifft, die also von europäischen Diensteanbietern zu erledigen wären (nach der hier entworfenen Konzeption, weil die Daten im territorialen Anwendungsbereich der DSGVO sind), begäbe sich der vormals so bezeichnete ersuchte Staat seiner unmittelbaren Aufgabe, über ein Beweisrechtshilfeweg zu entscheiden, indem er diese Entscheidung einem Privaten gestattete; durch die Indienst- bzw. Inpflichtnahme eines Diensteanbieters wandelte sich der ersuchte zum gestattenden Staat. Da diese Gestattung nicht einem vollständigen Rückzug aus der Gewährleistungsverantwortung gleichkommen dürfte, bedürfte das interne Kontrollverfahren beim Diensteanbieter zunächst der (detaillierten) unionsrechtlichen Regulierung. Dabei wären auch rechtsstaatliche und strafverfahrensrechtliche Selbstverständlichkeiten (Beispielhaft: Anspruch auf rechtliches Gehör, außer der Untersuchungszweck wird gefährdet, Art. 47 GRC) in einen privatrechtlichen Kontext zu übersetzen. Da ausländische Strafrechtspflege stets in Grundrechtspositionen des Betroffenen einzugreifen droht, treffen den gestattenden Staat zudem Schutzpflichten. Die daraus folgende Gewährleistungsverantwortung zwänge daher dazu, ein adäquates System der „Kontrolle der Kontrolle“ vorzuhalten; beispielhaft indem ein betroffener Staat über ein eingehendes Beibringungsersuchen notifiziert und ihm so die Möglichkeit gegeben würde, die (Nicht-)Bewilligung durch den privaten Diensteanbieter zu widerrufen oder zu beschränken. Schließlich müssten (insbes. Rechtsschutz-)Rechte, die der Nutzer als Bürger vormals gegen den ersuchten Staat hatte (z.B. der Rechtsschutz gegen oder auch auf die Vornahme einer Rechtshilfehandlung), auf solche gegen den Diensteanbieter übergeleitet oder als solche gegen den gestattenden Staat konzipiert werden. Kurz gesagt: So einfach, wie es sich die USA durch 18 U.S. Code § 2702 machen, kann man es sich auf EU-Ebene nicht machen. Die Regelung von eingehenden Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen setzt als regulierte materielle Privatisierung der Rechtshilfe ein detailliertes Privatisierungsfolgenrecht voraus, das zu regeln politisch „teuer“ würde.

Was *ausgehende* Bebringungsersuchen anbetrifft, mit denen z.B. US-Diensteanbieter um die freiwillige Bebringung von Auslandsdaten ersucht werden, darf die EU nicht die Augen davor verschließen, dass das oben entworfene rechtsstaatliche Programm im Ausland teilweise flagrant außer Acht gelassen wird. Daher gilt:<sup>73</sup> In dem Maße, in dem der ersuchte Diensteanbieter rechtsstaatlich prekär verfährt, müssen höhere Qualitäts- und Prüfungsmaßstäbe an die ausgehenden Zusammenarbeitsersuchen gestellt werden, um der transnationalen Fürsorgepflicht für die Nutzer zu genügen. Schon um der Mentalität zu begegnen, dass die zur Verfügung gestellten Daten freiwillig von Privaten beigebracht werden, und daher ohne Weiteres verwend- und verwertbar sind<sup>74</sup> – denn letzteres ist keineswegs gesichert.

c) *Exkurs: Kompetenzrechtliche Schwierigkeiten i.R.v. Art. 82 AEUV*

Abschließend sei noch kurz dazu Stellung genommen, dass die Kommissionsdienste für die Regelung von eingehenden wie ausgehenden Bebringungsersuchen bzw. -anordnungen blankettartig die Kompetenznorm des „Art. 82 AEUV“<sup>75</sup> ins Spiel gebracht haben, was etlichen kompetenzrechtlichen Sprengstoff birgt. Hierzu nur einige erste und tentative Überlegungen:

aa) *Die Zusammenarbeit mit Privaten als Regelungsgegenstand des Art. 82 AEUV?*

Erstens „passt“ für die Zusammenarbeit mit Privaten bei der grenzüberschreitenden Strafrechtspflege prima facie weder Art. 82 Abs. 1 noch Abs. 2 AEUV. Denn Art. 82 AEUV wird insgesamt vom traditionellen Leitmotiv der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität getragen,<sup>76</sup> was sich schon aus der Kapitelüberschrift „Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“ ergibt.<sup>77</sup> Dies ist der unmittelbare Regelungsgehalt des Abs. 1. Und die strafprozessualen Harmonisierungsmöglichkeiten nach Abs. 2 müssen u.a. die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erleichtern.<sup>78</sup> Art. 82 AEUV scheint damit kaum geeignet, um das in der Europäischen Sicherheitsagenda geforderte, durch die Kooperation mit dem privaten Sektor zu erreichende neue

Strafverfolgungskonzept im digitalen Zeitalter einlösen zu können.

Doch der Schein trügt. Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit Privaten muss – allen sprachlichen Verwerfungen zum Trotz – dem Korpus der inter-„nationalen“ Zusammenarbeit in Strafsachen subsumiert werden. Denn nur so kann das europäische Zusammenarbeitsrecht (das als Unterfall auch das internationale Strafprozessrecht, also das Strafprozessrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen, mitumfasst)<sup>79</sup> seinem Schutz- und Regulierungsauftrag<sup>80</sup> und damit seinem Auftrag gerecht werden, einen einheitlichen, effektiven und grundrechtssichernden Strafverfolgungsraum in Europa zu errichten, der auf neue Herausforderungen (wie die Belegenheit elektronischer Beweismittel in einer durch private Diensteanbieter technisch kontrollierten Cloud) zu reagieren im Stande ist.<sup>81</sup>

Dies gilt umso mehr, als ein Rückgriff auf die Kompetenzen im Rahmen der operativen „polizeilichen Zusammenarbeit zwischen allen zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten“ (eben nicht mit Privaten, vgl. Art. 87 Abs. 1 AEUV) ebenfalls nicht „passt“. Zudem ist ein wirtschaftsverwaltungsrechtlich begründeter Zugriff auf die allgemeinen Binnenmarktcompetenzen (arg.: Diensteanbieter, die im Binnenmarkt tätig sind, werden Zusammenarbeitspflichten aufgeben) zu verhindern. Ansonsten wären die spezifischen Garantien der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ohne Weiteres umgehbar.

bb) *Die Regelung von ein- wie ausgehenden Bebringungsersuchen gemäß Art. 82 Abs. 1 oder Abs. 2 AEUV?*

Doch selbst wenn damit der kompetenzrechtliche Zugang zu Art. 82 AEUV mit einigen teleologischen Verrenkungen eröffnet ist, stellt sich zweitens die Frage, ob die Regelung von ein- wie ausgehenden Bebringungsersuchen bzw. -anordnungen Abs. 1 oder Abs. 2 unterfällt.

Was eingehende Bebringungsersuchen bzw. -anordnungen von EU-Mitgliedstaaten anbetrifft, deren Erledigung privaten Diensteanbietern freigestellt bzw. verpflichtend aufgegeben wird, ist prima facie Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a oder d AEUV einschlägig. Die generelle Zustimmung des „ersuchten“ Mitgliedstaats hierzu müsste dann als gegenseitige Anerkennung einer justiziellen Entscheidung gedeutet werden (lit. a); alternativ müsste das „Outsourcing“ des Rechtshilfverfahrens des ersuchten Staats auf private Diensteanbieter die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen beschleunigen und dadurch erleichtern (lit. d). Freilich betrifft Abs. 1 nur die Zusammenarbeit zwischen den EU-

<sup>73</sup> Zum Folgenden auch bereits programmatisch *Vogel/Burchard* (Fn. 15), Vor § 1 IRG Rn. 39.

<sup>74</sup> So dokumentiert in einem Bericht des Deutschlandfunks, abrufbar unter [http://www.deutschlandfunk.de/online-ueberpruefung-potenzieller-straftaeter.862.de.html?dram:article\\_id=227768](http://www.deutschlandfunk.de/online-ueberpruefung-potenzieller-straftaeter.862.de.html?dram:article_id=227768) (12.7.2018).

<sup>75</sup> So im Technical Document (Fn. 56), S. 18.

<sup>76</sup> So in der Sache *Böse*, in: Böse (Hrsg.), *Enzyklopädie des Europarechts*, Bd. 9, 2013, § 4 Rn. 27; *Schomburg/Lagodny/Schallmoser*, a.a.O., § 13 Rn. 76 ff.

<sup>77</sup> Dazu etwa *Vogel/Eisele*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 62. Lfg., Stand: Juli 2017, Art. 82 AEUV Rn. 15.

<sup>78</sup> Vgl. nur *Vogel/Eisele* (Fn. 77), Art. 82 AEUV Rn. 95.

<sup>79</sup> Dazu eingehend *Vogel/Burchard* (Fn. 15), Vor § 1 IRG Rn. 88 ff.

<sup>80</sup> Hierzu *Vogel/Burchard* (Fn. 15), Vor § 1 IRG Rn. 39; ähnlich *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Einl. Rn. 150, die eine „[t]ransnationale Flucht in die Privatisierung“ befürchten.

<sup>81</sup> Ähnlich offen formuliert auch *Satzger*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 3. Aufl. 2018, Art. 82 AEUV Rn. 1: „Art. 82 [AEUV] bildet die Grundlage für die Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung.“

Mitgliedstaaten, die als ersuchte (d.h. Rechtshilfe leistende) bzw. gestattende (d.h. die Rechtshilfeleistung auf Private delegierende) Staaten auftreten müssen. Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen gegenüber außereuropäischen Diensteanbietern bzw. betreffend im EU-Ausland belegene Daten, wären somit vom Regelungsbereich eines nach Abs. 1 erlassenen Rechtsakts ausgenommen. Denn in diesem Fall obläge es einem Nicht-EU-Mitgliedstaat, die Erledigung von eingehenden Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen einem Privaten zu delegieren. Da die entscheidenden Diensteanbieter (wie Google, Facebook oder Microsoft) ihren Hauptsitz in den USA haben bzw. nicht auszuschließen ist, dass Daten im EU-Ausland belegen sein werden, wäre eine Regelung von eingehenden Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen gemäß Abs. 1 UAbs. 2 lit. a oder d wenig zielführend. Fernliegend ist es ferner auch, auf Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b zurückzugreifen. Treten nur EU-Mitgliedstaaten auf, namentlich als Ausstellungsstaaten von Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen bzw. als deren Erledigung durch Private gestattende Staaten, so könnte eine unionsrechtliche Regelung zwar mit viel Phantasie<sup>82</sup> Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten verhindern oder beilegen (darauf zielt lit. b). Damit wären aber abermals die wesentlichen Kompetenzkonflikte mit Nicht-EU-Mitgliedstaaten nicht beigelegt; im Gegenteil, solche Kompetenzkonflikte mit Nicht-EU-Mitgliedstaaten würden nachgerade provoziert (man stelle sich vor, das Unionsrecht setze die EU-Mitgliedstaaten in den Stand, US-Diensteanbieter dazu zu verpflichten, 18 U.S. Code § 2703 zuwider Inhaltsdaten beizubringen).

Damit ist der Weg über Art. 82 Abs. 2 AEUV einzuschlagen. Dafür spricht, dass die Regelung von ausgehenden Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen im Mittelpunkt stehen dürften und diese im Schwerpunkt strafprozessualer (und nicht rechtshilferechtlicher) Natur sind; und dass deren Harmonisierung zur Erleichterung (bzw. Ermöglichung) der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erforderlich sein könnte (was nach Abs. 2 UAbs. 1 Voraussetzung strafprozessualer Harmonisierungsmaßnahmen ist). Diese Interpretation macht vom offenen Wortlaut des Abs. 2

<sup>82</sup> Zum „eigentlichen“ Anwendungsbereich von Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV vgl. *Vogel/Eisele* (Fn. 77), Art. 82 AEUV Rn. 73: „Gemeint sind in erster Linie positive Kompetenzkonflikte, d.h. Situationen, in denen mehrere Mitgliedstaaten die Gerichtsbarkeit über dieselbe Tat derselben Person in Anspruch nehmen. Jedoch deckt der Wortlaut [der Vorschrift] auch negative Kompetenzkonflikte, bei denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten jeweils die Gerichtsbarkeit über eine Tat einer Person nicht in Anspruch nehmen, sondern jeweils einen oder mehrere andere Mitgliedstaaten für zuständig halten.“ Im Kontext von grenzüberschreitenden Zugriffen auf die Cloud ginge es hingegen nicht um positive wie negative Straf-, sondern Kontrollgewaltkonflikte über Daten, über die der „ersuchte“ Staat die Kontrolle beansprucht (z.B. weil die Daten im Inland belegen sind oder ein inländischer Diensteanbieter von einer Beibringungsmaßnahme eines anderen EU-Mitgliedstaats betroffen ist).

UAbs. 1 Gebrauch, der gerade keine Erleichterung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten fordert,<sup>83</sup> sondern allgemeiner auf die Erleichterung der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität abhebt.

*cc) Die Einzelermächtigungen in Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV*

Drittens stellt sich das Problem, welche konkrete Kompetenzgrundlage im Art. 82 Abs. 2 AEUV für welches konkrete Regelungsansinnen heranziehbar ist:

Was zunächst das Stellen von ausgehenden Beibringungsersuchen bzw. -anordnungen durch europäische Strafverfolger anbetrifft, dürfte das Regelungsziel im Vordergrund stehen, dass durch Beibringungsmaßnahmen gewonnene Daten beweisrechtlich verwend- und verwertbar sein müssen. Das führt aber nicht zu Abs. 2 UAbs. 2 lit. a. Denn diese Vorschrift fokussiert „die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten“. Bei Beibringungsmaßnahmen gegenüber privaten Diensteanbietern dürfte aber auch die Zulässigkeit der von außereuropäischen Diensteanbietern bzw. der von aus dem Nicht-EU-Ausland beigebrachten elektronischen Beweismitteln im Vordergrund stehen. Es bleibt daher nur ein Rückgriff auf Abs. 2 UAbs. 2 lit. d – mit allen damit verbundenen politischen Kosten (Einstimmigkeitserfordernis im Rat etc.).

Im Hinblick auf eine Regelung, wonach – und unter welchen Voraussetzungen (z.B. analog der US-Regelung nur betreffend Nicht-Inhaltsdaten) – europäische Diensteanbieter außereuropäische Beibringungsersuchen erfüllen dürfen, kommt innerhalb des Art. 82 AEUV ebenfalls nur Abs. 2 UAbs. 2 lit. d als taugliche Kompetenznorm in Betracht. Abs. 2 UAbs. 2 lit. a scheidet ebenfalls daran, dass hier die Zulässigkeit von Beweismitteln zwischen den Mitgliedstaaten und nicht gegenüber dem Nicht-EU-Ausland gesichert werden soll. Ob es sich freilich bei der besagten Regelung um einen „sonstigen spezifischen Aspekt des Strafverfahrens“ handelt, ist alles andere als klar. Es entscheidet sich an dem eigentlich für überwunden geglaubten (und gerade in Deutschland Ende des 20. Jahrhunderts erbittert geführten) Streit, ob die (hier nun teilweise privatisierte) Rechtshilfe Teil der Strafrechtspflege im (nach herkömmlicher Terminologie) ersuchten Staat ist.<sup>84</sup>

*dd) Die Subsidiaritätshürde*

Viertens und letztens ist auch die Subsidiaritätsfrage noch nicht entschieden. Ob eine Harmonisierung von eingehenden

<sup>83</sup> Art. 82 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV hingegen enger fassend *Vogel/Eisele* (Fn. 77), Art. 82 AEUV Rn. 95, die in systematischer Auslegung fordern, dass sich in „Zusammenarbeitsexpraxis der Mitgliedstaaten“ strafprozessuale Defizite in den Mitgliedstaaten zeigen, die durch strafprozessuale Harmonisierungsmaßnahmen zu beheben sind.

<sup>84</sup> Zum historischen Streit zwischen der Rechtshilfe- und Rechtspflegetheorie *Vogel/Burchard* (Fn. 15), Vor § 1 IRG Rn. 75 f.

wie ausgehenden Bebringungsersuchen bzw. -anordnungen notwendig ist bzw. ob es nicht ausreichend ist, dass die Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit solcher Maßnahmen national entscheiden, bemisst sich insbesondere danach, ob die Verwend- und Verwertbarkeit von entsprechend gewonnenen elektronischen Beweismitteln problematisch ist. Hierzu hatte das Non-Paper vom 7.12.2016 nur Folgendes behauptet: „Given that direct requests from law enforcement authorities in a EU Member State to service providers established elsewhere are not explicitly foreseen under most national laws of criminal procedure, there can be problems with the admissibility of evidence gathered through direct cooperation in a later criminal trial.“<sup>85</sup> Wenn sich dies empirisch belegen ließe, spricht viel dafür, dass die Subsidiaritätshürde genommen wäre. Widrigenfalls spräche hingegen viel dafür, dass über die Brüsseler Bande gespielt wird, um nationale Widerstände gegen die weitreichende Einführung von eingehenden wie ausgehenden Bebringungsersuchen bzw. -anordnungen betreffend Auslandsdaten zu überwinden. Das wüsste freilich einen Harmonisierungsbedarf nach Art. 82 Abs. 2 AEUV nicht zu begründen.

### V. Zusammenfassung in Kernthesen und Ausblick

Dieser Beitrag begann in Teil 1 mit dem Postulat, dass die Regelung des grenzüberschreitenden Zugriffs auf in der sog. Cloud gespeicherte Daten zu Strafverfolgungszwecken eine der drängendsten Aufgaben der Internetära ist. Dass eine solche Regelung bis dato noch nicht erfolgt ist, obwohl „die“ Cloud seit vielen Jahren Realität ist, überrascht im Rückblick auf das Vorstehende nicht. Denn diese Regelung ist auch eine der komplexesten Aufgaben unserer Zeit. Die Effektivität der Strafverfolgung steht ebenso auf dem Spiel wie der Datenschutz in einem (offenen oder weiter zu fragmentierenden) World Wide Web. Hoheitliche Regulierungs- und Kontrollverantwortungen sind mit den wirtschaftlichen Interessen von transnational tätigen Anbietern von Cloud-Diensten zu praktischer Konkordanz zu bringen. Und legitime nationale Strafverfolgungs- kollidieren mit nationalen Schutz- bzw. Kontrollinteressen über im Inland belegene Daten. Zu allem Überfluss wird all dies noch unionsrechtlich überlagert und dadurch verkompliziert. Die Regelung des grenzüberschreitenden Zugriffs auf in der sog. Cloud gespeicherte Daten zu Strafverfolgungszwecken muss daher das Strafprozess-, Wirtschaftsverwaltungs- und Datenschutzrecht, das Rechtshilfe- bzw. Zusammenarbeitsrecht sowie das Staats-, Völker- und Unionsrecht im Auge behalten – und wird dementsprechend unübersichtlich.

Um dieses „Dickicht“ etwas zu lichten, wurde hier dafür geworben, die etablierten Fundamentalprinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen nicht vorschnell über Bord zu werfen. Der grenzüberschreitende Zugriff auf in der Cloud gespeicherte Daten muss also ausgehend von Territorialitätsprinzip, dem Prinzip der internationalen Solidarität

bei der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität und dem Prinzip des arbeitsteiligen Grund- und Menschenrechtsschutzes bei der Zusammenarbeit in strafrechtlichen Angelegenheiten gedacht werden. Das bedeutet konkret und mit wenigen Kernthesen zusammengefasst:

Nutzer sind nicht gleich Nutzer. Sie dürfen nicht allesamt als potentielle Kriminelle geführt werden. Und ihr datenschutzrechtliches Selbstbestimmungsrecht muss durch weitergehende Informationspflichten über die Speicherpolitiken von Diensteanbietern aktiviert werden (hierzu oben III. 1. b) bb) und III. 1. c).

Cloud ist nicht gleich Cloud. Die ausdrückliche und/oder gewollte Speicherung potentieller elektronischer Beweismittel an einem bestimmten Ort (z.B. in einer europäischen Niederlassung) darf nicht der „willkürlichen“ (z.B. von Algorithmen bestimmten) Speicherung an irgendeinem Ort gleichgesetzt werden (hierzu oben III. 1. b).

Beim grenzüberschreitenden Zugriff auf in einer bestimmten Cloud gespeicherte elektronische Beweismittel hat das Territorialitätsprinzip noch nicht generell ausgedient. Denn dieses steht, modern gedacht, für die demokratische, rechtsstaatliche und grund- bzw. datenschutzrechtliche Garantieverantwortung des Staates, in dem Daten belegen sind, Datentransfers aus dem Inland zum Zwecke der Strafverfolgung im Ausland nicht blindlings geschehen zu lassen. Ein generelles Ende dieser Garantieverantwortung läutete das Ende von wechselseitigen, rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Kontrollen bei der internationalen Zusammenarbeit in strafrechtlichen Angelegenheiten ein. Das ist abzulehnen (hierzu oben III. 1. b) aa).

Die Ersetzung des Territorialitäts- durch andere zuständigkeitsbegründende Prinzipien wie das Marktortprinzip führte konsequent zu Ende gedacht dazu, dass alle Clouddaten für alle Strafverfolger offen stünden. Auch das ist abzulehnen.

Die Ökonomisierung von Datenschutz und Datensicherheit führt dazu, dass rechtsstaatlich und grundrechtlich sichere Datenstandorte an Wert gewinnen. Das ist – schon zur Stärkung des Datenwirtschaftsstandorts Europa – zu unterstützen (hierzu oben III. 1. b) cc).

Eine Entterritorialisierung „der“ Cloud verbreitet den Charme, die Schwerfälligkeit des Bi- oder Multilateralen (des Rechtshilfeverfahrens) durch die Leichtläufigkeit des Unilateralen (namentlich einseitig vollziehbarer strafprozessualer Zwangsmaßnahmen) zu ersetzen. Dies führte jedoch sowohl zu Jurisdiktionskonflikten, die auf dem Rücken von Diensteanbietern und Nutzern ausgetragen würden, wie auch zur einer allgemeinen Erosion der internationalen Solidarität bei der notwendigerweise international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität. Das ist kontraproduktiv (hierzu oben III. 2. a) bb) und cc).

Die Privatisierung der Zusammenarbeit in Strafsachen – durch die Inpflichtnahme transnational tätiger privater Diensteanbieter, unter ihrer technischen Kontrolle stehende Auslandsdaten beizubringen (Stichwort: Bebringungsanordnung bzw. „production order“) – weist zwar einen Weg, um die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen zu beschleunigen, indem das Rechtshilfeverfahren auf Private

<sup>85</sup> Non-Paper v. 7.12.2016, S. 10. Online abrufbar unter [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522\\_non-paper\\_electronic\\_evidence\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/docs/pages/20170522_non-paper_electronic_evidence_en.pdf) (12.7.2018).

ausgelagert wird. Da jedoch ein vollständiger Rückzug aus der rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Erfüllungsverantwortung (unions-)verfassungsrechtlich nicht tunlich ist, müsste die materielle Privatisierung der Rechtshilfe mit einem Privatisierungsfolgenrecht abgefangen werden (hierzu oben IV. 2.).

Beherrzt man diese Kerntesen, ist der grenzüberschreitende Zugriff auf in der sog. Cloud gespeicherte Daten zu Strafverfolgungszwecken nicht nur eine drängende und komplexe, sondern auch eine weitgehend offene Regelungsaufgabe. Anstatt insofern an den (alles andere als perfekten, immerhin aber die derzeitige internationale Ordnung ausmachenden) Grundlagen der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität zu rühren, sollten daher praktische Reformen (wie eine echte und sichere Vernetzung von europäischen und US-„Cyberermittlern“) in den Blick genommen werden. Diese versprechen nachhaltigere und spürbarere Verbesserungen der internationalen Sicherheitszusammenarbeit als jene Neuerungen, die heute kriminalpolitisch en vogue sind.

**Postskript: Eine summarische Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (hier sog. VO-E EHSA)**

Am 17.4.2018 legte die Kommission ihren VO-E EHSA vor.<sup>86</sup> Dieser wird im Folgenden im Weg eines sehr kurzen Postskripts im Lichte der vorstehenden Erwägungen summarisch kommentiert (und vornehmlich kritisiert):

1. Der VO-E EHSA will Regeln festlegen, nach denen eine Behörde eines Mitgliedstaats von einem Diensteanbieter, der in der Union Dienstleistungen anbietet, verlangen kann, elektronische Beweismittel herauszugeben (sog. Herausgabeanordnung) oder zu sichern (sog. Sicherungsanordnung), und zwar unabhängig davon, wo sich die Daten befinden (Art. 1 Abs. 1 VO-E EHSA). Terminologisch sollte man sich dadurch nicht täuschen lassen: Im Zentrum steht nicht die Verpflichtung zur bloßen Herausgabe (oder Sicherung) von Daten, die ein Diensteanbieter kontrolliert, sondern die Verpflichtung zum Transfer bzw. zur Beibringung etwaiger Auslandsdaten ins Unionsinland; die hier favorisierte deutsche

Bezeichnung als Beibringungsanordnung wäre daher passender und ehrlicher (vgl. oben Teil 1, Einführung).

2. Der VO-E EHSA gründet auf der Annahme einer umfassenden Entterritorialisierung der Cloud.<sup>87</sup> Damit wird gegen das hier sog. Differenzierungsgebot bzw. Generalisierungsverbot verstoßen, weil „Cloud eben nicht gleich Cloud“ ist (hierzu oben III. 1., insbes. unter b).

3. Der VO-E EHSA sieht im Territorialitätsprinzip (bei der Bestimmung der Belegenheit von Daten) ein Problem<sup>88</sup> und in einem qualifizierten Marktortprinzip die Lösung.<sup>89</sup> Entscheidend soll sein, dass ein zu verpflichtender Diensteanbieter in der EU seine Dienstleistungen anbietet (Erwägungsgrund 15, qualifiziert durch Erwägungsgrund 16, sowie Art. 3 Abs. 1 VO-E EHSA). Dann soll er zur Beibringung und Sicherung von Daten verpflichtet werden können, unabhängig davon, wo die Daten physisch gespeichert sind. Das ist ein echter Paradigmenwechsel in der grenzüberschreitenden Strafrechtspflege.<sup>90</sup>

a) Dagegen wurde u.a. oben erinnert: Sollte diese Abkehr vom Territorialitätsprinzip international noch weiter Schule machen<sup>91</sup> (wie es die USA mit dem CLOUD-Act nun auch vorexerziert haben; auch China denkt nun wohl darüber nach, gleichzuziehen, wie mir kürzlich berichtet wurde),<sup>92</sup> so wäre dies de facto das Ende eines auch territorial verankerten Datenschutzes. Denn es gälte dann: If every country asserts extraterritorial jurisdiction, then everybody gets everybody's data (vgl. oben III. 1.). Überdies droht eine Unilateralisierung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung in der Cloud (vermittels unilateraler Beibringungsanordnungen) die internationale Solidarität bei der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität zu erodieren (vgl. oben III. 2., insbesondere a) cc).

<sup>86</sup> Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen v. 17.4.2018, COM (2018) 225 final sowie für eine „Directive laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings“ v. 17.4.2018, COM (2018) 226 final. Online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0225&from=EN> (12.7.2018) und <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0226&from=EN> (12.7.2018).

<sup>87</sup> Vgl. COM(2018) 225 final, S. 1 („Das Internet kennt keine Grenzen.“) und S. 2 („Volatilität elektronischer Beweismittel“).

<sup>88</sup> Vgl. COM(2018) 225 final, S. 15 („Die Verordnung bewegt sich auch weg vom Datenort als einem entscheidenden Anknüpfungspunkt.“).

<sup>89</sup> Dem pflichtet bei BR-Drs. 215/18 v. 6.7.2018, S. 2 („Die damit verbundene Abkehr vom Territorialitätsprinzip bedeutet zwar einen Verzicht auf das Kriterium des Speicherorts der Daten. Dieses weist angesichts der Natur der Daten mit ihrer großen Mobilität und Volatilität aber ohnehin einen hohen Grad an Beliebigkeit auf.“).

<sup>90</sup> BR-Drs. 215/18 v. 6.7.2018, S. 2, spricht von einem „Novum“.

<sup>91</sup> Dies nunmehr auch befürchtend BR-Drs. 215/18 v. 6.7.2018, S. 10 f.

<sup>92</sup> Die Ausführungen in COM(2018) 225 final, S. 1, lassen vermuten, dass sich die Kommission ein Stück weit durch die internationalen wie auch die inner-europäischen Entwicklungen getrieben sah. Die EU soll es scheinbar jenen Staaten, die bereits unilaterale Beibringungsanordnungen kennen (USA, Brasilien, Belgien; vgl. die Nachweise in der Einführung), gleichtun. Eine selbstbewusste bzw. eigenständige europäische Kriminalpolitik sieht freilich anders aus.

b) Dass der Ansatz des VO-E EHSA zu Jurisdiktionskonflikten führen würde (hierzu oben III. 2. a), soll dadurch abgefangen werden, dass verpflichteten Diensteanbietern Rechtsbehelfe zustehen, wenn sie sich widersprechenden Verpflichtungen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen ausgesetzt sehen (z.B. unionsrechtliche Bebringungsverpflichtung vs. US-rechtliches Bebringungsverbot, Art. 15 f. VO-E EHSA). Das ist, in der Binnenlogik gedacht, der Sache nach zu begrüßen. Die Zukunft wird weisen, ob damit den Interessen und Grundrechten der betroffenen Diensteanbieter hinreichend Rechnung getragen werden kann.

4. Der VO-E EHSA zielt auf eine weitreichende Privatisierung des klassischen Rechtshilfesystems (hierzu krit. oben IV.). Private Diensteanbieter<sup>93</sup> werden als die originären – und direkten – Adressaten von Bebringungs- (bzw. Sicherungs-) Anordnungen gehandelt (Art. 7 Abs. 1 VO-E EHSA).<sup>94</sup> Diese haben eine (oberflächliche) Rechtskontrolle durchzuführen (Art. 9 VO-E EHSA). U.a. ist vonseiten der Diensteanbieter zu prüfen, ob eine Bebringungsanordnung vollständig ist, keine offensichtlichen Fehler aufweist und die ausreichenden Informationen enthält (Art. 9 Abs. 2 VO-E EHSA).

a) Überaus modern wirkt der VO-E EHSA in Art. 9 Abs. 5 UAbs. 2, wird dort doch sowohl der Ablehnungsgrund des Verstoßes gegen den europäischen ordre public wie auch ein – wofür die Kommission im höchsten Maße zu loben ist – allgemeiner Missbrauchsvorbehalt eingeführt. Freilich sind

die diesbezüglichen Prüfungsmöglichkeiten<sup>95</sup> der Diensteanbieter sehr begrenzt, darf ein etwaiger Grundrechtsverstoß oder Missbrauch doch ausschließlich auf der Grundlage der in der Bebringungsanordnung enthaltenen Informationen geprüft werden. Die Praxis rund um den Europäischen Haftbefehl lehrt freilich, dass gerade „interessant“ und wichtig ist, was nicht in den Formularen etc. steht. Art. 9 Abs. 5 UAbs. 2 VO-E EHSA lässt den europäischen ordre public und den allgemeinen Missbrauchsvorbehalt damit zum zahnlosen Tiger verkümmern. Die Idee eines gemeinsamen Grundrechtsraums, in dem die europäischen Grundrechte eingehalten werden sollen, was durch gegenseitige Kontrollen in der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gesichert wird, kann so nicht befördert werden (hierzu bereits oben III. 2. b).

b) Noch grundsätzlicher ist zu kritisieren, dass der VO-E EHSA das mit der Privatisierung der Rechtshilfe notwendig werdende Privatisierungsfolgenrecht (hierzu oben IV. 2. b) nicht hinreichend abbildet und so gegen das hier zur Diskussion gestellte primärrechtliche Verbot der umfassenden materiellen Privatisierung der Rechtshilfe (hierzu oben IV. 2. a) zu verstoßen droht. Zu kritisieren ist namentlich, dass der VO-E EHSA keine hinreichende Kontrolle der Kontrolle vorsieht (also die vom sog. Vollstreckungsstaat zu verbürgende Kontrolle, dass die von ihm zu verantwortenden Diensteanbieter, die z.B. im Inland eine Niederlassung haben, eingehende Bebringungsanordnungen auch wirklich hinreichend im Hinblick auf die Einhaltung von Grund- und Menschenrechten kontrollieren bzw. kontrollieren können). Momentan sieht Art. 9 Abs. 5 UAbs. 2 VO-E EHSA lediglich vor, dass die Diensteanbieter grundrechtliche etc. Bedenken „ihrem“ jeweiligen Vollstreckungsstaat melden können. Freilich ist zu fordern: Ob dies auch wirklich erfolgt und ob Diensteanbieter sich z.B. grundrechtlich hinreichend sensibilisiert zeigen (was nicht zwingend gesagt ist, da Diensteanbieter nicht die natürlichen Garanten der Grund- und Menschenrechte ihrer Nutzer sind), muss der Vollstreckungsstaat, der sich seiner rechtshilferechtlichen Prüfung eingehender Bebringungsanordnungen begibt, zu prüfen in der Lage sein. Dieser Forderung genügt der VO-E EHSA nicht.

Das ist umso bedenklicher, weil der VO-E EHSA sich mit dem Standardtextbaustein begnügt, dass Betroffenen, deren Daten im Wege einer Europäischen Herausgabeanordnung<sup>96</sup>

<sup>93</sup> *Brodowski*, NJW-aktuell 26/2018, 14, stellt in den Raum, dass der Vorschlag der Kommission auf große Dienstleister abzielt, aber auch all „jene Vereine, Kanzleien, Kleinunternehmen und Privatpersonen, die auf einem Server eine eigene kleine ‚Cloud‘ oder einen E-Mail-Server mit mehreren Nutzern betreiben“, betrifft. Und in der Tat lässt sich Art. 4 Abs. 2 VO-E EHSA derart expansiv auslegen. Erwägungsgrund 27 indiziert freilich, dass eine engere Auslegung „im Sinne des Erfinders“ ist (was freilich auch im eigentlichen Verordnungstext klargestellt werden sollte), heißt es doch dort, dass „die bloße Zugänglichkeit einer Online-Schnittstelle, beispielsweise die Zugänglichkeit der Website des Diensteanbieters oder eines Vermittlers, einer E-Mail-Adresse oder anderer Kontaktdaten in einem oder mehreren Mitgliedstaaten, für sich genommen keine ausreichende Voraussetzung für die Anwendung dieser Verordnung sein“ sollte.

<sup>94</sup> Art. 7 VO-E EHSA behilft sich des Tricks, dass die Adressierung in der Regel (Abs. 1) an einen benannten Vertreter eines Diensteanbieters erfolgt. Der komplementäre Vorschlag über eine Directive laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings (Fn. 86) will die diesbezüglichen Regeln für die Vertreterbestimmung unionsweit harmonisieren. Was damit gewollt ist, liegt auf der Hand: Diensteanbieter sollen persönliche Ansprechpartner zur Verfügung stellen, gegen die im (Not-)Fall der Nichtbefolgung auch Druck ausgeübt werden kann. Vorbild hierfür ist das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz.

<sup>95</sup> Die Kommission spielt die grundrechtlichen etc. Prüfungen der Diensteanbieter in ihrer Bedeutung herunter. Und gerade kleinere Diensteanbieter sehen sich anekdotischen Berichten zufolge überdies außer Stande, solche Prüfungen konsequent durchzuführen. Es stellt sich damit die Frage, was Art. 9 Abs. 5 UAbs. 2 VO-E EHSA eigentlich ist (Prüfungsrecht, -pflicht, -obliegenheit, -möglichkeit?). Denn: Augenwischerei darf die Norm in diesem sensiblen Bereich auf keinen Fall betreiben!

<sup>96</sup> Für Sicherungsanordnungen soll das laut COM(2018) 225 final, S. 26, nicht gelten. Damit übersieht die VO-E EHSA das Konzept des präventiven Rechtsschutzes bzw. des Zulassungsrechtsschutzes. Also den Rechtsschutz davor, dass gesi-

eingeholt wurden, allein das Recht zustehen soll, während des Strafverfahrens, für das die Anordnung erlassen wurde, wirksame Rechtsbehelfe gegen die Europäische Herausgabe-anordnung einzulegen. Der VO-E EHSA verweist die Betroffenen hier also (für die Mitgliedstaaten „minimalinvasiv“) auf die bestehenden Rechtsschutzsysteme im Anordnungsmitgliedstaat. Damit wird dem Betroffenen der herkömmliche, ohnehin schon schwach ausgeprägte rechtshilferechtliche Rechtsschutz im Vollstreckungsmitgliedstaat genommen. Auch gesonderte Informationspflichten, z.B. dass der Diensteanbieter seinen Kunden über den Eingang und die Bearbeitung einer Beibringungsanordnung aufzuklären habe, finden sich in der VO-E EHSA nicht.

c) Die Defizite im grenzüberschreitenden Rechtsschutzsystem zeigen sich gerade mit Blick auf die Garantie von Immunitäten und Vorrechten, etwa für das Recht auf Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant.<sup>97</sup> Hierzu wollen Art. 5 Abs. 7, 18 VO-E EHSA zwar gewährleisten, dass – um die Kommissionsbegründung zu zitieren – „die Immunitäten und Vorrechte, die die im Mitgliedstaat des Diensteanbieters angeforderten Daten schützen, im Anordnungsstaat berücksichtigt werden, insbesondere, wenn zwischen diesen Mitgliedstaaten Unterschiede bestehen und es um grundlegende Interessen dieses Mitgliedstaats wie nationale Sicherheit und Verteidigung geht. Nach Artikel 18 muss das Gericht im Anordnungsstaat diese so berücksichtigen, als wären sie im nationalen Recht vorgesehen. Wegen der Unterschiede zwischen Mitgliedstaaten bei der Bewertung der Relevanz und Zulässigkeit von Beweismitteln gewährt die Bestimmung den Gerichten Flexibilität, wie dem Rechnung zu tragen ist.“<sup>98</sup> Damit droht freilich der „Bock zum Gärtner“ gemacht zu werden, weil die Gewährleistung der vollstreckungsstaatlichen Immunitäten und Vorrechte allein dem Anordnungsstaat übertragen wird (z.B. indem einer deutschen Beibringungsanordnung die Berücksichtigung des Schutzes der Verteidigerkommunikation in Bulgarien überantwortet wird, wenn und weil der angegangene Diensteanbieter seine Niederlassung eben dort hat). Das weiß so nicht zu überzeugen. Der VO-E EHSA gesteht den Betroffenen keine zureichenden Beteiligungsrechte zu. Überdies brähe der Vollstreckungsstaat als möglicher, auch politisch starker Garant „seiner“ Immunitäten und Vorrechte weg.

d) Plakativ zusammengefasst: Soweit der VO-E EHSA mit der Privatisierung der Rechtshilfe auch eine „Privatisierung des Grundrechtsschutzes“<sup>99</sup> im Sinne hat,<sup>100</sup> bedürfte es allemal eines starken Privatisierungsfolgenrechts, da eine vollständige Privatisierung des inländischen Grundrechtsschutzes in grenzüberschreitenden Strafsachen nicht angeht. Sofern gar – allemal faktisch (siehe in Fn. 91) – eine Ausschaltung des inländischen Grundrechtsschutzes droht, weil

---

cherte und alsbald herauszugebende Daten überhaupt Eingang in ein Strafverfahren finden.

<sup>97</sup> Kritisch nunmehr auch BR-Drs. 215/18 v. 6.7.2018, S. 5.

<sup>98</sup> COM(2018) 225 final, S. 27.

<sup>99</sup> So plakativ *Brodowski*, NJW-aktuell 26/2018, 14.

<sup>100</sup> Kritisch nunmehr auch BR-Drs. 215/18 v. 6.7.2018, S. 6.

Diensteanbieter nicht willens oder in der Lage sind, die Grundrechtspositionen ihrer Nutzer zu schützen, wäre dies kaum mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch der Mitgliedstaaten vereinbar, ihre Hand nicht blindlings zu jeder, d.h. potentiell auch grundrechtsverletzenden Strafverfolgung im (EU-)Ausland zu reichen. Für Deutschland bedeutete das: Karlsruhe würde aktiv werden müssen (und ggf. auch aus anderen als grundrechtsschützenden Gründen aktiv werden wollen).

6. Waren die bisherigen Erwägungen im Wesentlichen rechtspolitischer Natur, sei zu guter Letzt noch kompetenzrechtliche Kritik am Ansinnen der Kommission geäußert, die VOEHSA als Verordnung auf der Grundlage des Art. 82 Abs. 1 AEUV<sup>101</sup> zu erlassen (vgl. auch die allg. kompetenzrechtlichen Ausführungen unter IV. 2. c). Hierzu dreierlei:

a) Erstens betritt die Kommission Neuland, wenn sie Maßnahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Verordnungsweg regeln will. Bis dato wurde – z.B. bei der RL-EEA – im Richtlinienwege verfahren.<sup>102</sup> Die Kommission will den Mitgliedstaaten nun aber jeden Ermessensspielraum bei der Umsetzung nehmen. Warum dies der Fall ist, wird nicht mitgeteilt. Es steht zu vermuten, dass die Kommission „Zähne“ zeigen und die Mitgliedstaaten in ihre Schranken weisen will. Das scheint auf den ersten Blick politisch unklug. Sollte dies aber, wovon auszugehen ist, mit den relevanten Mitgliedstaaten abgestimmt sein, so nährt dies die oben geäußerte Vermutung (vgl. IV. 2. c) cc), dass auch vonseiten dieser Mitgliedstaaten über die Brüsseler Bande gespielt werden soll, um innenpolitische Widerstände zu überwinden. Das wäre europa- und rechtspolitisch prekär, weil so die europäische Idee Schaden zu nehmen droht.

b) Zweitens überzeugt Art. 82 Abs. 1 AEUV nicht als Kompetenzgrundlage für den VO-E EHSA, u.a. weil der VO-E EHSA in der Binnenlogik gedacht nicht weitreichend genug ist. Wie Erwägungsgrund 15 – konsequent – klarstellt, kann ein auf die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zielender Rechtsakt für rein innerstaatliche Sachverhalte nicht gelten; z.B. wenn inländische Strafverfolger von im Inland sitzenden oder ihre Niederlassung habenden Diensteanbietern Auslandsdaten anfordern.<sup>103</sup> Damit droht aber ent-

---

<sup>101</sup> COM(2018) 225 final, insbes. S. 6, spricht nur von Art. 82 Abs. 1 AEUV und geht nicht auf die einzelnen Kompetenznormen in UAbs. 2 ein.

<sup>102</sup> Dass Verordnungen auch bei der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen „in Mode kommen“, zeigt u.a. der nunmehr erzielte Kompromiss über das Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing and confiscation orders v. 18.6.2018, Ratsdok. 10114/18.

<sup>103</sup> Erwägungsgrund 15 VO-E EHSA lautet auszugsweise: „Diese Verordnung gilt in allen Fällen, in denen der Diensteanbieter in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen oder vertreten ist. In rein innerstaatlichen Fällen, in denen die in dieser Verordnung genannten Instrumente nicht verwendet werden können, sollte die Verordnung die bereits in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Befugnisse der zuständigen nationalen Behörden, Diensteanbieter, die in

weder die Rechtszersplitterung in der EU erhalten zu bleiben (hierzu oben I. 3. a), weil nicht gesagt ist, dass die Mitgliedstaaten innerstaatlich nachziehen; dies konterkarierte die Verhältnismäßigkeit der VO-E EHSA. Alternativ – und wahrscheinlicher – zielt der VO-E EHSA aber gerade darauf, dass die Mitgliedstaaten innerstaatlich nachziehen. Dann wird aber der Sache nach eine Harmonisierung des Strafprozessrechts der Mitgliedstaaten angestrebt, für die Art. 82 Abs. 2 AEUV gilt. Der „Umweg“ über die indirekte Harmonisierung nach Art. 82 Abs. 1 AEUV stellte sich dann als Umgehung der engeren Voraussetzungen des Abs. 2 dar (u.a. deswegen wurde auch oben dafür geworben, in Art. 82 Abs. 2 AEUV die richtige Kompetenznorm zu sehen; vgl. IV. 2. c) bb).

c) Drittens weiß auch die positive Kommissionsbegründung, warum Art. 82 Abs. 1 AEUV einschlägig sein soll, nicht zu überzeugen.<sup>104</sup> Namentlich macht die Kommission geltend, eine Europäische Herausgabe- oder Sicherungsanordnung könne zum Tätigwerden einer Justizbehörde des Vollstreckungsstaats führen, wenn dies zur Vollstreckung der Entscheidung notwendig würde,<sup>105</sup> wenn und weil der Diensteanbieter die Kooperation (unzulässig) verweigert. Damit wird freilich das „Pferd von hinten aufgesattelt“. Daraus, dass möglicherweise in Zukunft ein Vollstreckungsstaat gegen einen in seinem Inland tätigen Diensteanbieter aktiv werden muss (z.B. indem gegen den die Kooperation verweigernden Diensteanbieter Sanktionen verhängt werden, Art. 13 f. VO-E EHSA), kann nicht folgen, dass die direkte Interaktion zwischen dem Ausstellungsmitgliedstaat und dem Diensteanbieter ein Fall der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen ist und damit Art. 82 Abs. 1 AEUV unterfällt (zu einer alternativen, jedoch ebenfalls nicht durchdringenden Argumentation vgl. oben IV. 2. c) bb).

Wenn überhaupt müsste das Verfahren in der Kommissionslogik kompetenzrechtlich zweigeteilt werden: Art. 82 Abs. 2 AEUV erlaubt die strafprozessuale Harmonisierung von (zwischen- wie innerstaatlichen) Beibringungsanordnungen. Und im Wege der gegenseitigen Anerkennung ist zu regeln, dass und wie die Sitz- bzw. Niederlassungsstaaten von Diensteanbieter deren Sanktionierung vornehmen, wenn letztere die Kooperation verweigern. Dabei ist keineswegs gesagt, dass diese gegenseitig anzuerkennende Sanktionierung strafrechtlicher „Natur“ sein muss. Nach Art. 13 VO-E EHSA sollen nämlich nationale Rechtsvorschriften, die die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen vorsehen, unberührt bleiben; und sollen die Sanktionen gegen widerspenstige Diensteanbieter lediglich „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“, was im unionsrechtlichen Jargon die Einordnung als straf-, verwaltungs- oder zivilrechtliche Sanktion offenlässt.

7. Die zuvor geübte kompetenzrechtliche Kritik lenkt den Blick auf die strafprozessualen Defizite des VO-E EHSA. Während bei Art. 82 Abs. 1 AEUV die Regelungen der strafprozessualen Voraussetzungen der anzuerkennenden Maßnahmen „naturgemäß“ schwach ausfallen, müsste hierzu beim eigentlich gebotenen Zugriff auf Art. 82 Abs. 2 AEUV deutlich nachgebessert werden. Anzunehmen ist etwa eine detaillierte Regelung, auf welcher Informationsgrundlage eine Beibringungsanordnung für welche Daten(typen) erlassbar ist. Reicht etwa die kriminalistische Erfahrung, dass jüngere Mitbürger regelmäßig in sozialen Netzwerken aktiv sind, um eine „fishing expedition“ zu starten? Diese – nur vordergründig überzeichnete – Frage wird durch die allgemeine Regelung in Art. 3 Abs. 2 VO-E EHSA, wonach eine Europäische Herausgabeanordnung für die Zwecke eines Verfahrens „notwendig und verhältnismäßig“ sein muss, nicht hinreichend klar beantwortet. Auch zu weiteren wichtigen strafprozessualen Garantien findet sich in der VO-E EHSA wenig bis nichts. Man denke an die Waffengleichheit (Unter welchen Voraussetzungen kann die Verteidigung Beibringungsanordnungen verlangen?) oder an den effektiven Rechtsschutz im Ausstellungsstaat (Wie und wann werden Betroffene über sie betreffende Beibringungsanordnungen informiert? Wie können sie sich ex ante oder ex post dagegen wehren? Wie können sie insbesondere ex post erreichen, dass rechtswidrig erlangte Informationen nicht verwendet oder verwertet werden?).

8. Trotz aller Kritik darf abschließend nicht unerwähnt bleiben, dass der Kommissionsvorschlag wichtige Impulse für eine profunde Diskussion über den Grund und die Grenzen des grenzüberschreitenden Zugriffs auf Clouddaten in Europa enthält. Meine Kritik ist so gesehen „Teil des Systems“ der europäischen Kriminal- und Justizpolitik. Diese ist nun gehalten, den grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren unter Berücksichtigung aller konfligierender Belange rasch zu regeln. Auch und gerade angesichts des unilateralen Vorprensens von Mitglieds- und von Drittstaaten muss sich „Europa“ dabei fragen, ob es eigene Wege (z.B. in Abgrenzung zum CLOUD-Act) gehen und damit die Fundamentalprinzipien der internationalen (Sicherheits-)Ordnung erhalten will.

Abschließend muss daher dem Bundesrat Beifall gespendet werden, der sich wie folgt zum VO-E EHSA positioniert hat: „Erforderlich ist [...] ein Rechtsinstrument, das effektiv, praktikabel und zeitnah die Gewinnung von elektronischen Beweismitteln bei Internet-Diensteanbietern ermöglicht, jedoch zugleich in angemessener Weise dem Grundrechtsschutz gerecht wird und die bewährten Prinzipien internationaler strafrechtlicher Zusammenarbeit fortentwickelt.“<sup>106</sup>

---

dem betreffenden Hoheitsgebiet niedergelassen oder vertreten sind, zu bestimmten Maßnahmen zu verpflichten, nicht beschränken.“

<sup>104</sup> Kritisch nunmehr auch BR-Drs. 215/18 v. 6.7.2018, S. 4.

<sup>105</sup> COM(2018) 225 final, S. 6.

<sup>106</sup> BR-Drs. 215/18 v. 6.7.2018, S. 1.

# Europäische Burkaverbote – Der strafrechtliche Zwang zur Homogenität

Von Prof. Dr. Stefan Braum, Luxemburg

## I. Vollverschleierung und Sicherheitspolitik

### 1. Rechtspolitischer Klimawandel?

Österreichs Grenzschrützer verteilen Broschüren: Wer arabischer Herkunft zu sein scheint, erhält ein Merkblatt. Darauf ist eine Frau in einem Niquab zu sehen. Die Broschüre klärt in vier Sprachen darüber auf, dass am 1.10.2017 das Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz in Kraft getreten sei.<sup>1</sup> In autoritärer Amtssprache wird der Inhalt des Gesetzes kurz zusammengefasst: An öffentlichen Orten ist die Gesichtsverschleierung verboten, sie muss auf Aufforderung abgenommen werden, ein Verstoß gegen das Gesetz zieht eine „Organstrafverfügung“ bis zu 150 Euro nach sich. Unvermeidlich erfolgt der Hinweis auf digitalen Fortschritt: Die Strafe kann auch mit Kreditkarte beglichen werden.<sup>2</sup>

Das österreichische Gesetz ist der vorläufig letzte Schritt in einer europäischen Entwicklung, die unter diesem Arbeitstitel muslimischen Frauen das Tragen von Burka und Niquab strafrechtlich verbietet, freilich stets eingebettet in ein generelles Verbot der Gesichtsverhüllung, um dem Einwand der Diskriminierung schon im Ansatz zu entgegen. In Frankreich gilt das strafbewehrte Verbot der Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum bereits seit dem 20.10.2010.<sup>3</sup> Belgien führte das allgemeine Burkaverbot am 1.6.2011 ein.<sup>4</sup> Das niederländische Parlament hat am 29.11.2016 ein teilweises Verbot der Gesichtsverhüllung unter anderem im öffentlichen Personennahverkehr beschlossen.<sup>5</sup> Auch der luxemburgische Gesetzgeber diskutiert derzeit ein ähnliches Modell.<sup>6</sup> Es liegt nicht allzu fern, dass weitere generelle oder partielle Verbote der Gesichtsverhüllung folgen könnten.<sup>7</sup> Sie sind das Ergeb-

<sup>1</sup> Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz (AGesVG), BGBl. I Nr. 68/2017.

<sup>2</sup> Vgl. [www.bmi.gv.at/verhuellungsverbot](http://www.bmi.gv.at/verhuellungsverbot) (19.6.2018), Ab 1.10.2017: Verbot Gesichtsverhüllung in Österreich.

<sup>3</sup> LOI n° 2010-1192 du 11.10.2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, [www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/10/11/2010-1192/jo/texte](http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/10/11/2010-1192/jo/texte) (19.6.2018).

<sup>4</sup> Article 563<sup>bis</sup> Code pénal belge.

<sup>5</sup> Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 2015-2016, 34 349.

<sup>6</sup> Chambre des Députés, N° 7179, Projet de loi portant modification de l'article 563 du Code pénal en créant une infraction d'interdiction de dissimulation du visage dans certains lieux publics.

<sup>7</sup> Vgl. etwa BT-Drs. 19/289. Zur Diskussion in der Schweiz vgl. *Fateh-Moghadam*, recht 2017, 225 (225). In Italien gilt ein bereichsspezifisches Verbot der Gesichtsverhüllung: Art. 5 des Gesetzes vom 22.5.1975 (legge del 22.5.1975, n. 152 della Repubblica italiana) verbietet die Gesichtsverhüllung bei öffentlichen Demonstrationen. In seiner Entscheidung vom 15.4.2008 hat der italienische Staatsrat es abgelehnt, dieses Gesetz auf die Vollverschleierung anzuwenden, da die Burka ein Kleidungsstück sei, das aus traditionellen

nis einer sich verstärkenden politischen Dynamik, die teils sehr gegensätzliche politische Positionen – und Ideologien – vereint und die sich zunehmend von rationaler, normativ und empirisch substantiierter Begründung entkoppelt.<sup>8</sup>

Einerseits fordern vor allem rechtspopulistische Politiker in ganz Europa weitere Burkaverbote. Sie sind strategisches Element einer nationalistischen, mitunter identitären Politik, die alles Fremde auszugrenzen versucht. Dahinter verbirgt sich ein Modell einer homogenen Gesellschaft, das sich auf die „Verteidigung des christlichen Abendlandes“ stützt und nationaler Leitkultur den Vorrang gegenüber der Diversität einer offenen Gesellschaft einräumt.<sup>9</sup> Andererseits sprechen sich aber auch feministische Akteurinnen zum Teil für ein Burkaverbot aus, um die Durchsetzung des Gleichheitsgrundsatzes gerade für muslimische Frauen zu gewährleisten.<sup>10</sup> Nicht zu verkennen ist schließlich der Diskurs innerhalb der islamischen Religion, der sich in aufklärerischer und emanzipatorischer Absicht gegen die Vollverschleierung von Musliminnen wendet. In den Diskussionen um das Burkaverbot kulminieren so populistische Argumentationsmuster, sind aber kulturelle und emanzipatorische Aspekte nicht fern.

Überlagert wird die Diskussion von der Religions- und Gewissensfreiheit. Wie schon das Kopftuch stellen Burka und Niquab religiöse Symbole dar. Wie schon in der Diskussion um Kopftuchverbote, die sowohl nationale Verfassungsgerichte als auch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beschäftigt haben, lassen sich Burka und Niquab als Gegenstände eines Konfliktes zwischen säkularem Staat und individueller Religionsfreiheit begreifen. Anders aber als bei den verfassungsrechtlichen Fragen des Kopftuchverbotes enthält die Diskussion um das Verbot der Gesichtsverhüllung zudem einen strafrechtlichen Schwerpunkt. Die politische Dynamik der Diskussion über die Vollverschleierung bemächtigt sich des Strafrechts, um den jeweiligen Zielbestimmungen Nachdruck zu verleihen. Die Verbotsnormen, die in Europa Verbreitung und Anhängerschaft finden, sind ein Seismograph für einen – beunruhigenden – politischen Klimawandel.

Aus den Motiven der Gesetzgeber in Frankreich, Belgien und den Niederlanden ergeben sich Spuren dieses Klimawandels. Soziale Normen des täglichen Zusammenlebens – Kleiderordnungen – können Gegenstand exekutivischer Sicherheitspolitik werden. Die Botschaft ist: Wer sich nach seinen Vorstellungen, Wünschen oder religiösen Überzeugungen kleidet, kann als Risiko für die öffentliche Sicherheit angesehen werden. Die Kleidung wird zum Bezugspunkt von Bedrohungsszenarien. Nationale Gesetzgeber in Europa machen bei der Einschätzung von Gefahren und Risiken für die öf-

oder religiösen Gründen getragen werde und nicht mit der primären Absicht verbunden sei, sein Gesicht unkenntlich zu machen. Vgl. Consiglio di Stato No 3076/08, S. 6.

<sup>8</sup> Die BT-Drs. 19/289 dokumentiert diese Entkopplung.

<sup>9</sup> Vgl. die Begründung zu BT-Drs. 19/289.

<sup>10</sup> Vgl. kritisch dazu *Sally Pei*, *The Yale Law Journal* 2013, 1089.

fentliche Sicherheit vor dem äußeren Erscheinungsbild der Bürger nicht mehr Halt, erst recht nicht, wenn es als Symbol religiöser Überzeugungen dient.<sup>11</sup> Darin mag eine Erweiterung bekannter Kriminalisierungsmuster liegen, die nun unmittelbar an Merkmalen des Fremden, hier an Religion und Kultur geschuldeten Sozialnormen anknüpft.<sup>12</sup> Dabei scheint es nicht vorrangig um die Lösung von durch Religion und Kultur verursachten Normenkonflikten zu gehen, sondern um die Kriminalisierung religiös motivierter sozialer Verhaltensnormen, die dem subjektiven Sicherheitsgefühl der Mehrheitsgesellschaft abträglich werden könnten.<sup>13</sup> Strafrecht, das Leitbild einer homogenen Gesellschaft und öffentliche Sicherheit erscheinen als Teile eines kraftvollen Konzepts populistischer Politik, das sich als Gegensatz zum Modell freiheitlichen Rechtsstaats etablieren will. Historisch führt das in die Zeit vor der Säkularisierung von Staat und Gesellschaft zurück.

## 2. Religionsfreiheit – Kern der Aufklärung

2018 erinnert an den Beginn und das Ende des Dreißigjährigen Krieges. Er verwüstete Europa, wurde für Jahrhunderte zum Trauma von willkürlicher Gewalt und Rechtlosigkeit. Neben den machtpolitischen Zielen konfligierender europäischer Staaten und Dynastien, beruhte seine Dynamik auf einem Zusammenspiel von Glaube, seinen Fundamentalismen, irrationaler Herrschaft und Gewalt.<sup>14</sup> Die Lehren, die schon im Westfälischen Frieden von 1648 sichtbar werden sind klar: Der europäische Friede wird nur durch die gegenseitige Anerkennung der Glaubensfreiheit des jeweils anderen gesichert. Am Beginn der Entwicklung staatlicher Souveränität steht die Idee, dass nur ein säkularisierter Staat, der sich religiös und weltanschaulich neutral zeigt und seinen Bürgern die Freiheit der Religionsausübung gewährt, seinen inneren und äußeren Frieden bewahrt.<sup>15</sup> In der Geschichte des Westens ist die Säkularisierung Vorbedingung für den demokratischen Rechtsstaat.<sup>16</sup> Die Religionsfreiheit, wie sie sich heute darstellt, gehört mithin zum Kern allen Grundrechtsschutzes. Die Hürden, um Eingriffe in diese Freiheit zu rechtfertigen, sind daher hoch. Wären sie es nicht, drohte ein

<sup>11</sup> Zum Teil abgesichert durch die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Vgl. etwa Cour Constitutionnelle Belge, Arrêt n° 145/2012 du 6.12.2012, Rn. B. 20.3: „Ce n'est pas non plus parce qu'un comportement n'aurait pas encore pris une ampleur de nature à mettre l'ordre social ou la sécurité en péril que le législateur ne serait pas autorisé à intervenir. Il ne peut lui être reproché d'anticiper en temps utile un tel risque en réprimant des comportements lorsqu'il est établi que la généralisation de ceux-ci entraînerait un danger réel“.

<sup>12</sup> So zum Beispiel die Stellungnahme der belgischen Regierung in EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 37.

<sup>13</sup> Vgl. zum Beispiel die Position des niederländischen Gesetzgebers, referiert in EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 50.

<sup>14</sup> Vgl. Winkler, Geschichte des Westens, 2016, S. 119 ff.

<sup>15</sup> Winkler (Fn. 14), S. 122.

<sup>16</sup> Winkler (Fn. 14), S. 125.

Rückfall in Zeiten, als der Glaube mit den dunklen Seiten gesellschaftlichen Zusammenlebens verknüpft war: gewaltsame Unterdrückung auf der einen Seite, verzweifelter Widerstand auf der anderen.

In der französischen Verfassung spiegelt das Prinzip der Laizität auch diese historische Einsicht wider: Die Legitimation des Staates und dessen innere Ordnung und Stabilität hängen untrennbar an der Garantie individueller Freiheit. Das Prinzip der Laizität hat eine Trias zum Gegenstand, deren Elemente – Neutralität des Staates, individuelle Religionsfreiheit und gesellschaftlicher Pluralismus – die Balance zwischen der freiheitlichen Souveränität des Staates und den religiösen Überzeugungen seiner Bürger garantieren soll.<sup>17</sup> Mithin hat das Prinzip der Laizität zwei Adressaten – den Staat und den Bürger. Den Staat insofern, als er die Glaubens- und Gewissensfreiheit eines jeden Bürgers schützt, woraus im französischen Verfassungsdiskurs auch die religiöse Neutralität des öffentlichen Dienstes und seiner Bediensteten folgt. Den Bürger insofern, als es den Vorrang eines Glaubens ausschließt und niemand sich aufgrund seines Glaubens allgemeinen Regeln entziehen kann.<sup>18</sup> Laizität verpflichtet: den Staat zum gleichberechtigten Schutz einer jeden religiösen Überzeugung, den Bürger zur gegenseitigen Toleranz des jeweils Andersgläubigen.

Die Kriminalisierung sozialer Verhaltensnormen, die Ausdruck religiöser Freiheit sind, trifft mithin auf einen festen, aus historischer Einsicht gewachsenen normativen Rahmen. Sie unterliegt hohen Maßstäben – den Erfordernissen eines allgemeinen Gesetzes (II.), eines sachlichen Grundes für einen Grundrechtseingriff (III.), nicht zuletzt der Schranke der Verhältnismäßigkeit (IV.) und sie wirft schließlich die kriminal- und rechtspolitische Frage auf, welche Risiken wir eingehen, wenn wir diese Maßstäbe – erneut – vergessen.

## II. Das Burkverbot als allgemeines Gesetz

Wer straft, bedarf eines Gesetzes. Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit setzt ein in seinem Inhalt und in seinen Rechtsfolgen klar bestimmtes Gesetz voraus. Bürgerinnen und Bürger müssen erkennen können, was verboten und was erlaubt ist. Es muss vorhersehbar sein, welche Rechtsfolgen im Falle eines Normenverstößes verhängt werden können. Das Verbot analoger Auslegung von Strafgesetzen und das Rückwirkungsverbot sichern das Bestimmtheitserfordernis (lex certa) der Strafgesetzlichkeit ab. Über diese Anforderungen hinaus aber hatte das Prinzip der Strafgesetzlichkeit vor allem einen materiellen Kern, der den Maßstab bildete, ob die inkriminierte Handlung auch Strafe verdient hat. Dieser materielle Kern der Strafwürdigkeit bildete die legitimatorische Voraussetzung jeglicher strafrechtlicher Norm. Wie man diesen Kern definierte, hing von der Legitimationskonzeption des Strafrechts ab, derer man folgte. Das Strafrecht war legitime Antwort auf die Verletzung der Rechte Dritter, oder konnte sich zum Schutz personaler Rechtsgüter rechtfertigen, oder

<sup>17</sup> Vgl. Conseil d'Etat français, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, S. 18.

<sup>18</sup> Conseil d'Etat français, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, S. 18.

stellte ein „sozialethisches Unwerturteil“ dar.<sup>19</sup> All diese Konzeptionen begrenzten das Strafrecht in seinem Inhalt – die einen mehr, die anderen weniger.

### 1. Unbestimmter Anwendungsbereich

Lassen sich bereits auf der formellen Ebene der Strafgesetzmöglichkeit Bedenken gegen die Bestimmbarkeit eines Burkaverbots formulieren? Die Regelungen lassen sich in allgemeine und partielle Verhüllungsverbote, die das Tragen von Burka und Niquab als Anwendungsfall enthalten, unterscheiden. Frankreich, Belgien und Österreich haben generelle Verhüllungsverbote erlassen. Deren Anwendungsbereich unterscheidet sich nur in Nuancen. Das französische Gesetz zum Verbot der Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum<sup>20</sup> umfasst solche Bekleidung, die auf eine Verhüllung des Gesichts abzielt (Art. 1) und erstreckt das Verbot auf den öffentlichen Raum, den der französische Gesetzgeber umfassend als jegliche öffentlich zugängliche Räume und öffentliche Einrichtungen definiert (Art. 2 Abs. 1).<sup>21</sup> Das belgische (Art. 563<sup>bis</sup> Code pénal) und österreichische Gesetz<sup>22</sup> statuieren gleichfalls jeweils zwei Voraussetzungen strafbarer Gesichtsverhüllung: Zum einen muss das Gesicht in einer Weise verhüllt sein, dass die Person nicht mehr erkennbar ist.<sup>23</sup> Zum anderen erstreckt sich das Verbot der Gesichtsverhüllung auf Orte, die der Öffentlichkeit zugänglich sind. Der österreichische Gesetzgeber definiert den öffentlichen Ort als solchen, „der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann“ und erwähnt explizit den Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehr.<sup>24</sup> Der belgische Gesetzgeber verweist auf die Akzessorität des Begriffs des öffentlichen Raumes und bildet Querverweise zu weiteren Gesetzen.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Vgl. zu den Prinzipien des Strafrechts als „staatskritische Absolutheitsregeln“, *Albrecht*, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, 2010, S. 953 ff.

<sup>20</sup> Vgl. LOI n° 2010-1192 du 11.10.2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, [www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/10/11/2010-1192/jo/texte](http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/10/11/2010-1192/jo/texte) (19.6.2018).

<sup>21</sup> Art. 1: „Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage“. Art. 2 Abs. 1: „Pour l'application de l'article 1<sup>er</sup>, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.“

<sup>22</sup> Vgl. ÖAGesVG, BGBl. I Nr. 68/2017.

<sup>23</sup> Article 563<sup>bis</sup> Code pénal belge: „Seront punis d'une amende de quinze euros à vingt-cinq euros et d'une emprisonnement d'un jour à sept jours ou d'une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière qu'ils ne soient pas identifiables“. Auf „Erkennbarkeit“ ebenso abstellend Art. 2 Abs. 1 ÖAGesVG.

<sup>24</sup> Art. 2 Abs. 1 ÖAGesVG.

<sup>25</sup> Vgl. dazu Cour Constitutionnelle belge, Arrêt n° 145/2012 vom 6.12.2012, Rn. B. 8.2.2. Es ist bemerkenswert, dass sich

Der Anwendungsbereich dieser allgemeinen Verbote erscheint auf den ersten Blick von bestimmbarer Vagheit oder von vager Bestimmtheit. Er ist so weit gefasst, dass das Tragen solcher Kleidungsstücke, die das Gesicht einer Person bis zur Unkenntlichkeit verhüllen, an jedem öffentlichen Ort sanktioniert werden kann. Für den Rechtsadressaten erscheint mithin vorhersehbar, welcher „Dresscode“ in der Öffentlichkeit sanktionsbewehrt ist. Jedermann, dessen Gesicht nicht identifiziert werden kann, kann sich strafbar machen, wenn er das verhüllende Kleidungsstück nicht entfernt. Die objektive Vorhersehbarkeit der Norm scheint paradoxerweise gerade durch die Universalität des Verbotes gesichert.

Indes zeigt die tägliche Praxis bei der Implementation und Vollstreckung des Verbots ein grundlegendes Problem auf, das zum Kern jeglicher Anwendung von Strafgesetzen zählt, nämlich Alltagsverhalten und strafrechtliches Verbot trennscharf voneinander abzugrenzen. In Österreich wird eine Fahrradfahrerin, die sich aus Schutz vor der Kälte den Schal über das Gesicht gezogen hat, verwarnt. Ein Mann im Hai-fischkostüm wurde angezeigt, als er als Werbefigur für die Neueröffnung eines Computerladens in Wien auftrat. Selbst das Maskottchen des österreichischen Parlaments – ein Hase – wurde während eines Werbespots von der Polizei aufgefordert, sich zu identifizieren.<sup>26</sup> In Frankreich klären Verwaltungsvorschriften darüber auf, dass der Innenraum eines Fahrzeugs nicht zum öffentlichen Raum gehört. Dies könnte sich jedoch ändern, sobald eine Person mit verhülltem Antlitz aus dem geöffneten Fahrzeugfenster hinausblickt. Auch darf das Verbot nicht zwangsweise durch öffentliche Bedienstete – etwa dem Kontrollpersonal eines Museums – durchgesetzt werden. Diese sind vielmehr gehalten, die Polizei zu verständigen.

Wer ein allgemeines Verbot der Gesichtsverhüllung erlässt, kriminalisiert Alltagsverhalten und lässt die Grenzen zwischen straffreiem privatem Raum und strafbarem öffentlichem Verhalten verschwimmen. Er stellt zudem Anforderungen an Exekutivbehörden, die bei der Vollstreckung eines solchen allgemeinen Verbots entweder scheitern oder ein jederzeit und an jeder Stelle wirksames System von Sittenpolizei etablieren müssen. Wer sich das Bestimmtheitsgebot als triviale formelle Hürde vorstellt – irgendein Gesetz genügt –, verkennt, dass mit der Kriminalisierung sozialer Verhaltensnormen das Prinzip der Strafgesetzmöglichkeit seiner begrenzenden Funktion beraubt wird.

Das Problem gesetzlicher Bestimmtheit von Anti-Gesichtsverhüllungsgesetzen wird unterstrichen, betrachtet man partielle Verbote, also solche, die sich nicht auf den gesamten öffentlichen Raum, sondern nur auf einzelne Teilbereiche der Öffentlichkeit beziehen. Art. 1 des niederländischen Gesetzes untersagt die Gesichtsverhüllung im öffentlichen Personennahverkehr, in öffentlichen Lehranstalten,

in Belgien mithin der Anwendungsbereich der Gesichtsverhüllung mit dem des öffentlichen Rauchverbots deckt.

<sup>26</sup> Noch mehr Beispiele finden sich auf <http://www.bento.de/today/oesterreich-warum-das-anti-gesichtsverhuellungsgesetz-fuer-irritationen-sorgt-1753431/> (19.6.2018).

öffentlichen Gebäuden und Pflegeeinrichtungen.<sup>27</sup> Der luxemburgische Gesetzesentwurf differenziert innerhalb dieser Begriffe weiter, etwa im Hinblick auf die erfassten Lehranstalten (Grundschulen, Sekundarschulen, Universitäten).<sup>28</sup> Ausdrücklich erhebt der luxemburgische Staatsrat Bedenken gegen das Verbot<sup>29</sup> und sieht eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips.<sup>30</sup> Das ist zum Teil luxemburgischen Besonderheiten geschuldet, betrifft aber vor allem die Frage, inwiefern sich öffentlicher Personennahverkehr und andere private Formen des Transports objektiv vorhersehbar voneinander abgrenzen lassen. So bleibt in den Gesetzen bzw. in deren Entwürfen unklar, ob sich der Anwendungsbereich des Verbots nun auch auf Transporte im Flexibus oder im Uber-Taxi erstreckt<sup>31</sup> und ob Kulturveranstaltungen von Privatpersonen in öffentlichen Gebäuden erfasst sind.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber begegnete diesen Bedenken nicht durch Präzisierung, sondern mithilfe eines ausgedehnten Anwendungsbereichs<sup>33</sup> und unterliegt somit denselben Problemen des Bestimmtheitsgebots wie die allgemeinen Verbote der Gesichtshüllung: keine juristisch noch so ausdifferenzierte Terminologie vermag mit der hinreichenden Rechtssicherheit zu klären, an welchen Orten und in welchem gesellschaftlichen Zusammenhang die Verhüllung des Gesichts, also das Tragen einer Burka, strafrechtlich verboten ist.

## 2. Unbestimmte Ziele

Wer Dresscodes kriminalisiert, begibt sich folglich in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebots. Das Problem liegt aber noch tiefer. Die Strafgesetzmäßigkeit in ihrer inhaltlich begrenzenden Funktion ist seit langem erodiert. Das Strafgesetz erscheint als Hülle, die für jeden politisch opportunen Inhalt offen zu stehen scheint. Es überrascht daher nicht, dass auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das allgemeine Verbot der Gesichtshüllung nicht als Problem der Strafgesetzmäßigkeit begreift, da der Gesetzgeber das Verbot auf ein allgemeines Gesetz stütze.<sup>34</sup> Weder strafwürdige Rechtsverletzung, noch personaler Rechtsgüterschutz stellen sich noch als taugliche materielle Begrenzungskriterien des Strafrechts dar. Jedes von einer vermeintlichen gesellschaftlichen Mehrheit als störend oder unangemessen skandalisierte

Verhalten, jede als „fremd“ empfundene Abweichung von sozialen Normen, eröffnet einer populistischen Rechtspolitik den Griff zur – auch strafrechtlichen – Sanktion. Längst scheint diese politische Beliebigkeit des Strafrechts kein Problem mehr zu sein. Trifft dieses in seinen Grenzen unsichere, politisch instrumentalisierbare Strafrecht aber auf eine Sicherheitspolitik, die bereits an soziale Verhaltensnormen wie Kleiderordnungen anknüpft, hat das bestenfalls folkloristische Züge, führt schlimmstenfalls aber zu einer exekutiv verstärkten – oftmals willkürlichen – Kontrolle der „guten Sitten“. Burkaverbote können symbolische Sicherheitspolitik oder auch Instrumente machtvoller Kontrolle von Bürgerinnen sein, die – sind sie einmal als Risiko definiert – der gesellschaftlichen Exklusion anheimgestellt sind, wenn sie sich den Vorstellungen der Mehrheit von einer homogenen Gesellschaft entziehen.

## III. Burkaverbote – Legitimationsversuche exkludierender Sicherheitspolitik

Nicht nur in Österreich erreicht die neue Kleiderordnung längst die Praxis. Und diese zeigt, dass das Burkaverbot tief in den Status der betroffenen Frauen als Bürgerinnen einer Gesellschaft eingreift, vor allem aber deren Alltagsleben nachhaltig berührt. In Frankreich wird eine Burka tragende Demonstrantin während einer Demonstration gegen die Gesichtshüllung festgenommen, danach zu einer Geldbuße und Sozialarbeit verurteilt.<sup>35</sup> Eine andere Frau wird im Supermarkt von der Polizei angehalten und später gleichfalls gerichtlich zu Geldbuße und Sozialarbeit verurteilt.<sup>36</sup> Es entstehen Situationen, in denen in der Mitte der Gesellschaft, sichtbar für alle, Abweichungen von tradierten Verhaltensnormen als „fremd“ öffentlich stigmatisiert werden. Juristisch geht es um Eingriffe in gesicherte Rechtspositionen, politisch – in den Folgewirkungen – um die Auswirkungen auf das Integrationsmodell einer Gesellschaft:

Das Verbot der Verschleierung als Unterfall verbotener Gesichtshüllung bedarf als Eingriff in die Religionsfreiheit eines sachlichen Grundes. Während das Grundgesetz, wie auch die EU-Grundrechtecharta, die Religionsfreiheit vorbehaltlos gewähren<sup>37</sup> und deren Schranken sich nur aus den Grundrechten selbst ableiten lassen, ergeben sich sowohl im europäischen Verfassungsrecht als auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention weitere mögliche Rechtfertigungsgründe für den Eingriff in die Religionsfreiheit. Art. 9 Abs. 2 EMRK statuiert den europarechtlichen Rahmen, an dem sich die im jeweiligen staatlichen Kontext vorgetragenen Argumente messen lassen müssen. Die drei Rechtfertigungsgründe aus Art. 9 Abs. 2 EMRK ergeben eine rechtliche Struktur, in der sich die politischen Legitimationsversuche der Burkaverbote einordnen lassen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diskutiert diese unter den Aspekten der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung sowie den Rechten und Freiheiten anderer. Hinzu kommt ein Argument, das im jeweiligen staatlichen Kontext angeführt

<sup>27</sup> Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 2015-2016, 34 349, Nr. 2.

<sup>28</sup> Chambre des Députés, N° 7179, Projet de loi portant modification de l'article 563 du Code pénal en créant une infraction d'interdiction de dissimulation du visage dans certains lieux publics.

<sup>29</sup> Avis du Conseil d'Etat (21.11.2017), N° 52.410.

<sup>30</sup> Avis du Conseil d'Etat (21.11.2017), N° 52.410, S. 5 und 8.

<sup>31</sup> Avis du Conseil d'Etat (21.11.2017), N° 52.410, S. 5.

<sup>32</sup> Avis du Conseil d'Etat (21.11.2017), N° 52.410, S. 8.

<sup>33</sup> Der neue Vorschlag erstreckt zum Beispiel das Verbot der Gesichtshüllung nicht mehr nur auf den öffentlichen Personennahverkehr, sondern auf alle gemeinschaftlich genutzten Verkehrsmittel. („Tout moyen collectif de transport de personnes“ statt „les services de transport publics“).

<sup>34</sup> Vgl. zum Beispiel EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 112.

<sup>35</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, Arrêt 12 – 80891.

<sup>36</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, Arrêt 14 – 80873.

<sup>37</sup> Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 GRC.

wird: der Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot.

### 1. Gleichheitsgrundsatz und Diskriminierungsverbot

Die Gleichheit zwischen den Geschlechtern wird auch von an liberalen Schutzstandards orientierten Akteuren als Argument für das Verbot der Gesichtshüllung angeführt. Eine Frau, die Burka trägt, entspricht demnach nicht dem durch europäische Verfassung geschützten Modell der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Sie werde durch die vollständige Verhüllung ihres Äußeren diskriminiert, genauer: sie diskriminiere sich selbst, stelle sich außerhalb des geschützten Modells der Gleichberechtigung.<sup>38</sup> Das Tragen der Burka sei ein religiöses Symbol mit Zwangswirkung, das die Frauen bei der Entfaltung ihrer Persönlichkeit hindere.<sup>39</sup> Das Verbot der Gesichtshüllung wird mithin als Notwendigkeit begriffen, vermeintlich religiösen Zwängen durch die Kriminalisierung der ihnen zugrundeliegenden Verhaltensnormen zu begegnen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellt klar, dass die Gleichberechtigung von Mann und Frau grundsätzlich nicht per se unter die Rechtfertigungsgründe des Art. 9 Abs. 2 EMRK fällt.<sup>40</sup> Er stellt die Problematik vielmehr in den Zusammenhang der Rechte und Freiheiten Dritter.<sup>41</sup> Geht man so vom Schutz der Freiheitsrechte Dritter aus, ist es in den oben genannten Fällen unstrittig, dass das Tragen der Burka frei von äußerem Zwang war, sondern vielmehr einer selbstbestimmten Entscheidung im Rahmen der Religionsfreiheit entsprang. Es entspricht der Schutzfunktion des Gleichheitssatzes, Frauen ein aktives einklagbares Grundrecht zu vermitteln, das auf die Herstellung von Gleichbehandlung in Staat und Gesellschaft gerichtet ist und gegebenenfalls Grund zur Entschädigung bei erlittener Diskriminierung bietet.<sup>42</sup> Als grund- und menschenrechtlich ausgestalteter verbürgter Anspruch, kann es sich nicht gegen die Grundrechtsträger selbst wenden.<sup>43</sup> Der Gleichheitsgrundsatz taugt mithin nicht als sachlicher Grund, wenn die betroffenen Frauen in der Ausübung eines anderen Grundrechts, der Religionsfreiheit, handeln. Gleichwohl: In diesem Argumentationsmuster deutet sich bereits ein problematischer Gedanke an, der auch den übrigen Legitimationsdiskurs der Gesichtshüllung kennzeichnet: Bürgerinnen und Bürgern scheinen einer mittels Zwang abgesicherten Pflicht zu unterliegen, sich selbst bei der Ausübung eigener individueller Rechte zu

schützen oder sich schützen zu lassen. Anhand der übrigen Legitimationsversuche verdeutlicht sich diese Problematik.

### 2. Öffentliche Sicherheit und „ordre public“

Bekleidungsregeln können sich als Maßnahmen öffentlicher Sicherheit und Ordnung rechtfertigen. Schon die Debatte um Kopftuchverbote zeigte, dass die Religionsfreiheit Schranken unterliegen kann, die sich aus der weltanschaulichen Neutralität des Staates ableiten. Bei der Ausübung hoheitlicher Funktionen oder in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis kann auf gesetzlicher Grundlage die Glaubens- und Religionsfreiheit gegenüber den Interessen des säkularen Staates an Diversität und Toleranz gegenüber verschiedenen Glaubensrichtungen zurücktreten.<sup>44</sup> Eine solche Beschränkung kann dann aber jedenfalls nur bereichsspezifisch wirken, etwa an Schulen, Universitäten, in der Justiz oder generell im öffentlichen Dienst und dort auch nur dann, wenn die Träger oder Trägerinnen religiöser Symbole als Vertreter dem demokratischen Staat zurechenbar sind. Darüber hinaus gelten selbstverständlich bereichsspezifische Bekleidungsregeln:<sup>45</sup> eine Gesichtshüllung ist etwa dann untersagt, wenn sie die Identifizierung der Person unmöglich macht,<sup>46</sup> freilich auch nur dann, wenn ein eng gefasster Bereich der Gefahrenabwehr diese Identifizierung verlangt, so zum Beispiel bei Grenzkontrollen oder anlässlich der Sicherheitskontrollen an Flughäfen.<sup>47</sup> Erwägungen öffentlicher Sicherheit mögen bereichsspezifische Regeln selbst dann noch als gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn die Gesichtshüllung wie in Frankreich dazu führen kann, den Zugang zur Staatsangehörigkeit zu verweigern.<sup>48</sup>

### 3. „Vivre Ensemble“ – „Leitkultur“ als strafrechtliche Legitimationsvokabel?

Die aktuellen Legitimationsversuche der Gesichtshüllung im öffentlichen Raum gehen jedoch über diese bereichsspezifischen Erwägungen öffentlicher Sicherheit hinaus. Vor allem in Frankreich und Belgien wird klar, dass sich die Motive des jeweiligen Gesetzgebers auf einen stark erweiterten – imma-

<sup>38</sup> Vgl. Cour Constitutionnelle belge, Arrêt n° 145/2012 du 6.12.2012, Rn. B. 23.

<sup>39</sup> Vgl. für Frankreich Conseil Constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC du 7.10.2010, Rn. 4.

<sup>40</sup> EGMR, Ur. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 117.

<sup>41</sup> EGMR, Ur. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. ?.

<sup>42</sup> EGMR, Ur. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 119.

<sup>43</sup> EGMR, Ur. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. ?. Vgl. darüber hinaus Conseil d'Etat français, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, S. 20.

<sup>44</sup> So der Kern des so genannten „Kopftuch-Urteils“ des Bundesverfassungsgerichts. Siehe BVerfG, Ur. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02. Vgl. aber auch die Rechtsprechung des EGMR, Ur. v. 10.11.2005 – 44774/98 (Sahin v. Türkei). Siehe auch Conseil d'Etat français, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, S. 18.

<sup>45</sup> Wie etwa im Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtshüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 8.6.2017, BGBl. I 2017, S. 1570.

<sup>46</sup> Art. 6 des in Avis du Conseil d'Etat (21.11.2017), N° 52.410 genannten Gesetzes; § 47a AufenthG.

<sup>47</sup> Vgl. auch Conseil d'Etat français, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, S. 9 ff.

<sup>48</sup> Conseil d'Etat français, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, S. 10.

teriellen – Begriff des „ordre public“ stützen.<sup>49</sup> Darin sind Konzepte öffentlicher Moral, der guten Sitten oder der guten Ordnung umfasst. Bekleidungsregeln ergeben sich als Teil eines gemeinsamen Fundaments gegenseitiger Pflichten und Grundprinzipien gesellschaftlichen Zusammenlebens.<sup>50</sup> Sichtbar wird ein Topos, in dem zum einen populäre politische Argumente kumulieren, der aber auch zum anderen moralische Erwägungen so verdichtet, dass sich normative Folgen daraus zwingend abzuleiten scheinen. Grundprinzipien gesellschaftlichen Zusammenlebens sind hier nicht als Schutz von Bürgerinnen und Bürgern formuliert, sondern als Anspruch, kulturelle Leitbilder der Mehrheitsgesellschaft zum Maßstab zu erheben. Die individuelle Freiheit darf sich nur dann entfalten, wenn sie der gesellschaftlichen „Leitkultur“ entspricht.

Diese politische Rechtfertigung allgemeiner Verbote der Gesichtshüllung in Europa enthält das Potential eines entgrenzten Rechtsbegriffs, der politische Macht – vor allem in ihren populistischen Zügen – stärkt statt sie zu kontrollieren.<sup>51</sup> Indem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Topos des „Vivre ensemble“ als sachlichen Grund eines Eingriffs unter die Rechte und Freiheiten anderer subsumiert,<sup>52</sup> leistet er nolens volens einer Argumentationsfigur Vorschub, die bald über Bekleidungsregeln hinaus Bedeutung erlangen könnte:

Die Rechte und Freiheit des anderen verweist auf das gegenseitige Anerkennungsverhältnis. Die Freiheit des einen findet ihre Grenzen in dem Respekt vor der Freiheit des anderen – nach einem allgemeinen Gesetz. Das Strafrecht insbesondere legitimiert sich als Reaktion auf die Rechtsverletzung, die sich nur als Eingriff in elementare Freiheitsrechte sinnvoll definieren lässt. Die gegenseitige Anerkennung ihrerseits stützt sich auf die Person, auf ihre Würde und – darauf aufbauend – ihre Autonomie.<sup>53</sup> Die Annahme, ein verhülltes Gesicht verletze die Freiheit des anderen, ist nur dann möglich, wenn das gegenseitige Anerkennungsverhältnis von der Person abgekoppelt wird und eine gesellschaftspolitische Dimension erhält.

Aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe sich die Verpflichtung zu einem offenen äußeren Erscheinungsbild, folge gleichsam ein Verbot, sich offener Kommunikation zu ent-

ziehen.<sup>54</sup> Nur das unverhüllte Gesicht konstituiere das Individuum als Person, was die gegenseitige Anerkennung erst ermögliche.<sup>55</sup> Mithin sei die Verweigerung dieser Kommunikation auch eine Verletzung der Freiheit des anderen. Mehr noch: Ein Dresscode erscheint als das Ergebnis eines gesellschaftlichen Konsenses zwischen individueller Freiheit und gesellschaftlicher Interaktion. Wer sein Gesicht verhülle, verweigere die gesellschaftliche Partizipation und beraube sich selbst seiner Würde. Der Grundwert des gesellschaftlichen demokratischen Zusammenlebens als solches aber sei der *aktive* Austausch zwischen Personen.<sup>56</sup>

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verwirft diesen Begriff nicht. Er macht ihn sich auch nicht zu eigen. Das Gericht erkennt ihm aber einen Grad an Plausibilität zu, der den nationalen Gesetzgeber berechtigt, das Tragen einer Burka im Rahmen seines gesetzgeberischen Ermessens als Verletzung der Freiheit und der Rechte anderer anzusehen.<sup>57</sup> Justizielle Kontrolle aber müsste die Argumentationsfigur des gesellschaftlichen Zusammenlebens als sachlichen Grund für Grundrechtseingriffe inhaltlich prüfen – und verwerfen. Zu sehr richtet sich dieser Begriff gegen die konstitutiven Elemente der Person, zu weitreichend könnten die politischen Folgewirkungen dieses Begriffs – gerade im Strafrecht – sein. So wird die Freiheit auf die Konzeption einer zu Kommunikation willigen Person gestützt. Deren Freiheit vermittelt sich nur dann und scheint auch nur dann geschützt, wenn sie konkret in Beziehung zu anderen und zu der Gesellschaft insgesamt tritt.<sup>58</sup> Verweigerung solcher Kommunikation hat die Ausgrenzung zur Folge. Der Gebrauch der Freiheit soll nur dann schützenswert sein, wenn er sich auf Leitbilder einer als homogen gedachten Gesellschaft verpflichtet. Gegenseitige Anerkennung aber in moralischen oder rechtlichen Verhältnissen setzt die Würde der Person a priori voraus, weil sie an sich autonom und frei ist – frei auch darin, nicht zu kommunizieren.<sup>59</sup> Anderenfalls bestimmt die Gesellschaft, wer als frei gilt und wer nicht. Kommunikationsbereitschaft als notwendige Bedingung gegenseitiger Anerkennung wäre nur ein Schlüssel der Mehrheitsgesellschaft, ihre Moral-, Wert- und

<sup>49</sup> Kritisch gegen den Gebrauch dieses Begriffs Conseil d'Etat français, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, S. 25 ff. (insbesondere S. 26 f.).

<sup>50</sup> Der Conseil Constitutionnel in Frankreich leitet die Legitimation des allgemeinen Burkaverbots gar aus Art. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte aus dem Jahre 1789 her. Das Tragen der Burka stelle eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar und missachte die Minimalanforderungen gesellschaftlichen Zusammenlebens: vgl. Conseil Constitutionnel, Décision no 2010-613 DC du 7.10.2010, Rn. 3 und 4.

<sup>51</sup> Kritisch *Fateh-Moghadam*, recht 2017, 225 (229).

<sup>52</sup> EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 121 f.

<sup>53</sup> *Albrecht*, (Fn. 19), S. 959.

<sup>54</sup> Conseil Constitutionnel, Décision no 2010-613 DC du 7.10.2010, Rn. 3; vgl. auch für Belgien Cour Constitutionnelle Belge, Arrêt n° 145/2012 du 6.12.2012, Rn. B. 21.

<sup>55</sup> Vgl. Cour Constitutionnelle belge, Belge, Arrêt n° 145/2012 du 6.12.2012, Rn. B. 23; vgl. auch die Stellungnahme der belgischen Regierung referiert in EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 87 und 88.

<sup>56</sup> Belgische Regierung referiert in EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 88.

<sup>57</sup> EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 122. Vgl. auch EGMR, Urt. v. 11.7.2017 – 37798/13 (Belcemi et Oussar v. Belgien), Rn. 50 ff. Ebenso EGMR, Urt. v. 11.7.2017 – 4619/12 (Dakir v. Belgien).

<sup>58</sup> Ähnlich argumentiert *Dunlap*, Fordham International Law Journal, 968 (1019).

<sup>59</sup> Vgl. dazu das Minderheitenvotum der Richterinnen Nußberger und Jäderblom in EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S. v. Frankreich), Rn. 8: „le droit d'être un outsider“.

Sittenvorstellungen durchzusetzen. Denkt man das zu Ende, hätten vollverschleierte Frauen gar keine Personeneigenschaft und ließen sich mithin rechtlos stellen.

Aus der Verletzung einer scheinbaren Pflicht zu „unverhüllter“ Kommunikation einen Rechtsgrund zu Eingriffen in Freiheitsrechte abzuleiten, entkoppelt die Freiheit von der Person, unterwirft sie dem politischen Druck der Mehrheit zur Anpassung und kreierte einen Rechtstopos, der sich in der Abwägung von individuellen Rechten und Allgemeininteressen stets zu Lasten des Einzelnen wenden lässt.<sup>60</sup> Er erinnert an Begriffe wie die „objektive Werteordnung“ des Grundgesetzes oder an das „Grundrecht auf Sicherheit“, Begriffe die stets das staatliche oder gesellschaftliche Interesse an Schutz von Systemen oder staatlicher Ordnung zum Gegenstand haben und in juristischer Abwägung die Gewichtung in der Waagschale zwischen Freiheit, Ordnung und Sicherheit zu Lasten individueller Freiheitsrechte verschieben. Justizielle Kontrolle muss sich dieses Begriffs annehmen und ihn als Rechtsbegriff dekonstruieren, da er machtpolitische Diskurse zu nationalen Leitkulturen in rechtsverbindliche, mithin auch zwangsbewehrte Topoi verwandeln will. Leitkulturen, national verengt, können zum normativen Ausgangspunkt von Kriminalisierung werden. Wer in Vollverschleierung und Gesichtsverhüllung eine Verletzung der Gesellschaft selbst erblickt, öffnet der Kriminalpolitik neue Räume. Jede tradierte Norm, die sich der Zustimmung der Mehrheitsgesellschaft sicher sein kann, lässt sich auch dem Schutz des Strafrechts unterstellen.<sup>61</sup> Hinter der Formel des „vivre ensemble“ verbirgt sich die Konzeption des Fremden als Feind der Gesellschaft.<sup>62</sup>

Das strafbewehrte Verbot der Gesichtsverhüllung, das sich vor allem gegen die Vollverschleierung richtet, stellt einen Eingriff in die Religionsfreiheit dar, der sich durch keinen sachlichen Grund rechtfertigen lässt. Verweist man auf die Grundregeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens, aus der sich scheinbar eine Verletzung der Rechte und Freiheiten anderer ableiten lässt, verschafft man einer Argumentationsfigur zur Geltung, die politische Leitkulturen in juristische Argumentation übersetzt und die integrative Kraft des Rechts zu zerstören geeignet ist.

#### IV. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gewährt dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum.<sup>63</sup> Dies gilt gerade auch für Erwägungen, ob sich die strafbewehrte Gesichtsverhüllung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegt. Es gehört zur juristischen Tradition dieses Gerichts und ist Teil seiner überstaatlichen Legitimation,

Zurückhaltung bei der justiziellen Kontrolle politischer Maßnahmen der Unterzeichnerstaaten zu üben. Wenn, wie im Falle S.A.S. gegen Frankreich, keine Verletzung der in der EMRK verbürgten Rechte erkannt wird, ist dies eher ein Ausdruck dieser Zurückhaltung als inhaltliche Billigung des gesetzgeberischen Handelns.<sup>64</sup> Beleg dieser Zurückhaltung ist eine nur begrenzte Inhaltskontrolle, ob die Kriterien der Verhältnismäßigkeit gewahrt sind. Geprüft wird lediglich, ob die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion an sich unverhältnismäßig wäre. Eine eigentlich an Tatsachen, empirisch substantiierte Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips findet gar nicht statt, obgleich sie als Teil einer Rationalitätskontrolle gesetzgeberischen Handelns unverzichtbar wäre.<sup>65</sup> Angesichts der gesetzgeberischen Motive, die die Kriminalisierung der Vollverschleierung tragen, wird erkennbar, dass diese Rationalitätskontrolle notwendiger ist denn je, die europäische Rechtsprechung die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verdichten müsste.<sup>66</sup>

Für die jeweiligen Gesetzgeber ist die Gesichtsverhüllung, insbesondere die Vollverschleierung, eine Gefahr für die Funktionstüchtigkeit der Gesellschaft selbst. Unabhängig davon, dass dies keinen sachlichen Grund für einen Grundrechtseingriff darstellen kann, werden Erwägungen der Verhältnismäßigkeit unterminiert. Wer den zu verteidigenden Zweck so hoch ansetzt, dem ist fast jedes Mittel zu dessen Verteidigung Recht und das Strafrecht erscheint von vornherein als das geeignete, erforderliche und angemessene Mittel die Gesellschaft als Ganze gegen mehrheitlich unerwünschte religiöse Symbole und Praktiken zu schützen. Nimmt man aber die Komponenten des Verhältnismäßigkeitsprinzips ernst, wird man zu einem anderen Ergebnis gelangen müssen, das der Rationalität empirischer Argumente gegenüber offen ist und diese sachgerecht widerspiegelt.

Schon auf der Ebene der Geeignetheit des Verbots stellt sich die Frage nach der numerischen Relevanz der Vollverschleierung. Für ganz Frankreich scheint die französische Regierung von ungefähr 1.900 Frauen auszugehen<sup>67</sup> – eine vernachlässigenswerte empirische Größe. Empirische Studien – etwa in Belgien – stützen sich gleichfalls auf eine eher geringe Anzahl vollverschleierter Frauen.<sup>68</sup> Dagegen sind die

<sup>60</sup> Vgl. *Marshall*, *Human Rights Law Review*, 377.

<sup>61</sup> Vgl. dazu auch die „Opinion Concordante“ der Richterinnen Spano und Karakas, in EGMR, Urt. v. 11.7.2017 – 37798/13 (*Belcacemi et Oussar v. Belgien*), Rn. 6 und 7. Vgl. dazu auch das Working Paper von *Hunter-Henin*, *Oxford Journal of Law and Religion* 2015, 11.

<sup>62</sup> Kritik auch bei *Fateh-Moghadam*, *ZRP* 2016, 214.

<sup>63</sup> EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (*S.A.S. v. Frankreich*), Rn. 155.

<sup>64</sup> Vielmehr weist der EGMR auf die Risiken des Topos „vivre ensemble“ hin: vgl. EGMR, Urt. v. 11.7.2017 – 37798/13 (*Belcacemi et Oussar v. Belgien*), Rn. 52.

<sup>65</sup> Vgl. *Pei*, *The Yale Law Journal* 2013, 1089 (1101).

<sup>66</sup> In diesem Sinne auch das Sondervotum der Richterinnen Spano und Karakas, Urt. v. 11.7.2017 – 37798/13 (*Belcacemi et Oussar v. Belgien*), Rn. 8 f.

<sup>67</sup> *Assemblée Nationale*, *Rapport sur la pratique du voile intégral sur le territoire national*, zitiert nach EGMR, Urt. v. 1.7.2014 – 43835/11 (*S.A.S. v. Frankreich*), Rn. 16.

<sup>68</sup> Vgl. dazu die Studie von *Brems/Janssens/Lecoyer/Ouald/Chaib/Vandersteen*, *Wearing the Face Veil in Belgium: Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium Concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, *Centre des Droits de l'homme de l'Université de Gand*, 2012. Vgl. auch *Brems*, *Nottingham Law Journal* 2016, 4.

qualitativen Erkenntnisse empirischer Studien und Analysen umso bedeutender: sie belegen, dass bei den befragten Frauen die Burka ein Symbol religiöser Überzeugung ist, das freiwillig getragen wird.<sup>69</sup> Verstörend mag dabei sein, dass bei jungen Musliminnen mitunter die Vollverschleierung eher als ein Symbol der Befreiung als der Unterdrückung betrachtet wird.<sup>70</sup> Dies erfordert jedoch nicht den Griff zum Strafrecht, sondern die verstärkte und ungeschminkte, politische und kulturelle Auseinandersetzung mit den Gründen von Radikalisierung.<sup>71</sup>

Dies wäre politisch angemessen. Die juristische Angemessenheit des Verbots der Vollverschleierung hängt davon ab, ob die genannten Ziele – wie die öffentliche Sicherheit oder das gesellschaftliche Zusammenleben – tatsächlich die Rechte der betroffenen Frauen wesentlich überwiegen könnten. Ein strafbewehrtes Verbot zeitigt Folgewirkungen, die das Strafrecht insgesamt charakterisiert: Es exkludiert! Die an letztlich äußeren Merkmalen anknüpfende Sanktion manifestiert den Ausschluss aus der Gesellschaft.<sup>72</sup> In der Auseinandersetzung mit dem Islam, gerade auch mit einer scheinbar zunehmenden Attraktivität radikaler salafistischer Strömungen, raten moderate Muslime zwar zu klarer konturierten präventiven Reaktionen der Gesellschaft, um die Reformkräfte des Islam und mithin religiöse Toleranz selbst zu bewahren.<sup>73</sup> So berechtigt diese vor allem auch innerhalb der Religionsgemeinschaft des Islam bestehende Sorge auch sein mag, so verfehlt wäre es, auf das Strafrecht als Mittel der Bewältigung religiöser Fehlentwicklungen zu setzen. Hinter einem von Sozialarbeitern und Psychologen konstatierten Trend der Entfremdung junger Muslime von den Werten und Prinzipien der Aufklärung, stehen unter anderem sozio-ökonomische Problemlagen und die Suche nach gesellschaftlicher Anerkennung,<sup>74</sup> die nur durch politischen Dialog, nicht aber mit Sanktionen überwunden werden können. Im Gegenteil: Ein Verbot wäre nur der Ausgangspunkt für Stereotypisierung und weitere Diskriminierung.<sup>75</sup> Frauen, die in der Öffentlichkeit sistiert und mit Sanktionen belegt werden, erfahren sich als von der Gesellschaft negierte Fremde. Statt selbst – rational – zu kommunizieren, reagieren Staat und Gesellschaft mit Dialogverweigerung und reflexhaftem Populismus.<sup>76</sup> Der in Abgrenzung zur Mehrheitsgesellschaft, deren

Normen in Frage gestellt werden, gewählte Status wird so durch die Strafdrohung bestätigt. Anstelle eines Dialoges über Fragen der Religion und die mit liberaler Demokratie verbundenen Grundwerte zu führen, tritt das Strafrecht und seine Zuschreibungen, die das gewählte Rollenmodell nur verfestigen. Das Strafrecht als Mittel der Exklusion muss sich zur Lösung von Konflikten, die sich aus religiöser Diversität ergeben, als kontraproduktiv erweisen – das ist weder politisch noch juristisch angemessen und mithin unverhältnismäßig.

Insgesamt: Die Europäischen Burkaverbote illustrieren, dass es der Kriminalpolitik nicht darauf ankommt, religiöse und soziale Konflikte einzuhegen. Das strafbewehrte Burkaverbot ist vielmehr Teil einer Sicherheitspolitik, die einem Modell gesellschaftlicher Integration folgt, das auf der Ablehnung des Fremden beruht und die Illusion einer homogenen, auf Leitkulturen gründenden Gemeinschaft pflegt. Sicherheit ergibt sich aus dieser Perspektive durch den Zwang zur Homogenität. Das Strafrecht ist das politische Instrument, Verhaltensnormen zu kriminalisieren, die sich der Homogenitätsidee der Mehrheit entziehen. Damit weist das Verbot der Vollverschleierung über sich und die Tagespolitik hinaus. Seine populistischen Legitimationsmuster gefährden das, was sie zu schützen vorgeben: die Prinzipien liberaler Demokratie.

---

<sup>69</sup> Vgl. *Brems*, Nottingham Law Journal 2016, 4 (6).

<sup>70</sup> Vgl. *Mansour*, Generation Allah – Warum wir im Kampf gegen religiösen Extremismus umdenken müssen, 2015, S. 131.

<sup>71</sup> *Mansour* (Fn. 70), S. 189 ff.

<sup>72</sup> Vgl. dazu *Albrecht*, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, 2010, S. 396. Vgl. auch *Cremer-Schäfer/Steinert*, Straflust und Repression – Zur Kritik der populistischen Kriminologie, 2014, S. 16 ff.

<sup>73</sup> Vgl. *Mansour* (Fn. 70), S. 130 ff.

<sup>74</sup> *Mansour* (Fn. 70), S. 93 ff.

<sup>75</sup> Siehe *Brems*, Nottingham Law Journal 2016, 4 (13). Sie weist auf empirische Studien hin, wonach sich Frauen in Folge des Burkaverbots öffentlicher Beleidigungen und Nötigung ausgesetzt sehen.

<sup>76</sup> *Brems*, Nottingham Law Journal 2016, 4 (15).

# Definitionsmacht und ambivalente justizielle Entscheidungen

## Der Dialog der europäischen Gerichte über Grundrechtsschutzstandards und Belange der nationalen Verfassungsidentität

Von Prof. Dr. Sabine Swoboda, Bochum

*Die folgende Darstellung des Dialogs der europäischen Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte mit dem Europäischen Gerichtshof („EuGH“) um die Grundrechtssystematik der EU-Grundrechtecharta („GRC“) überbrückt einen Zeitraum von fünf Jahren. Die Darstellung beginnt mit den Urteilen Åkerberg Fransson<sup>1</sup> und Melloni<sup>2</sup> und endet mit der Rechtsprechung des EuGH in M.A.S. und M.B.<sup>3</sup> Es geht um folgende Fragen: Gibt es jetzt einen europäischen ordre public? Wenn ja, wie ist er gestaltet und welche Bedeutung haben nationale Ordre-Public-Vorbehalte in diesem europäischen Raum der (straf-)justiziellen Zusammenarbeit? Die Darstellung konzentriert sich im Wesentlichen auf die Urteile des EuGH zu den Justizgrundrechten der GRC im Geltungsbereich des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung<sup>4</sup> und auf den Streit darum, wer eigentlich bestimmt, wann ein Staat in Grundrechtsfragen den Vorbehalt „nationaler Identität“ erheben kann.*

### I. Der zentrale Akteur: Der EuGH als widerwilliges Grundrechtsschutzgericht

Der EuGH sichert gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV i.V.m. Art. 267 AEUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Dadurch ist er auch ausschließlich zuständig für die Auslegung der Grundrechte der Grundrechtecharta („GRC“), die nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV gleichrangig mit EUV und AEUV zum Primärrecht der EU zählt. Dem EuGH fällt damit auch die Aufgabe zu, den Mindestgrundrechtsstandard der einzelnen Rechte der GRC zu definieren. Mithilfe einer sehr extensiven Interpretation des Anwendungsbereichs der GRC nach Art. 51 GRC hat sich der EuGH in der Entscheidung Åkerberg Fransson<sup>5</sup> dabei eine raumgreifende Interpretationszuständigkeit und damit zugleich einen raumgreifenden Interpretationsvorrang für die Festlegung von Grundrechtsmindeststandards nach Maßgabe des Unionsrechts gesichert. Für die nationalen Verfassungsordnungen kann diese vorrangige Zuständigkeit des EuGH für die Definition grundrechtlicher Mindeststandards dann zum Problem werden, wenn die Mindeststandards, wie sie die Grundrechtecharta vorgibt, anders oder niedriger sind als die Grundrechtsstandards des nationalen Verfassungsrechts, denn die Interpretation des EuGH

über die Vorrangzuständigkeit der GRC beinhaltet einen (kontroversen) Verdrängungsaspekt: Neben den Mindeststandards der GRC dürfen häufig keine höheren nationalen Verfassungsmindeststandards zur Anwendung kommen. Bewirkt wird diese Verdrängung durch eine besondere Interpretationsmethode des EuGH, mit der er sicherstellt, dass die effektive Umsetzung von Unionsrecht nicht durch (hohe) nationale Grundrechtsschranken behindert wird. Unionsrecht soll nur durch die Mindeststandards der GRC eingeschränkt werden.

#### 1. Die Grundrechteverdrängungsrechtsprechung des EuGH

Wie diese Interpretationsmethode arbeitet, lässt sich am besten aus Gutachten 2/13 vom 18.12.2014 ersehen. Der EuGH erklärt darin, „[d]ie Autonomie, über die das Unionsrecht im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten sowie zum Völkerrecht verfügt, gebietet es, dass die Auslegung dieser Grundrechte im Rahmen der Struktur und der Ziele der Union gewährleistet ist.“<sup>6</sup> Der EuGH stellt die GRC also in die Dienste der Ziele der Europäischen Union und damit in die Dienste der europäischen Integration, wie sie z.B. über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung betrieben wird. Das hat Folgen für die Auslegung von Art. 53 GRC. Mit Art. 53 GRC sollte eigentlich sichergestellt werden, dass die Mindestgrundrechtsstandards der Europäischen Menschenrechtskonvention („EMRK“) und der nationalen Verfassungsordnungen parallel zum Mindeststandard der GRC weitergelten dürfen, gegebenenfalls auch mit höherem Gewährleistungsstandard. Der EuGH interpretiert Art. 53 GRC aber nun (überraschenderweise) ganz anders, als es der Wortlaut von Art. 53 GRC nahelegt. Gewährleistet werden sollen auf einmal nicht mehr möglichst hohe Schutzstandards, sondern nur noch Schutzstandards, durch die der „Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts [nicht] beeinträchtigt werden“ dürfe.<sup>7</sup> Wenn die Anwendung eines höheren nationalen Grundrechtsstandards dazu führt, dass EU-Primär- oder Sekundärrecht nicht zur Anwendung kommen kann, dann darf ein nationales Gericht diesen höheren nationalen Grundrechtsschutzstandard nicht anwenden. Das Unionsrecht hat Vorrang vor dem nationalen Verfassungsrecht oder – anders gewendet – es ist unzulässig, über nationale Verfassungsstandards den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu unterlaufen. Würde man Art. 53 GRC anders interpretieren, so der EuGH, würde Art. 53 GRC selbst „gegen den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen“. Art. 53 GRC würde „einem Mitgliedstaat erlauben [...], die Anwendung von mit der Charta vollständig im Einklang stehenden Unionsrechtsakten zu verhindern, wenn sie den in der Verfassung

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åklagare/Hans Åkerberg Fransson) = EuZW 2013, 302 (303, Rn. 25 ff.).

<sup>2</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (Melloni).

<sup>3</sup> EuGH wistra 2018, 117 (M.A.S. und M.B.).

<sup>4</sup> Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von justiziellen Entscheidungen gilt seit 1999 als „Eckstein“ der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Seine Entwicklung geht auf die Sondertagung des Europäischen Rates 1999 im finnischen Tampere zurück.

<sup>5</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (303, Rn. 25 ff. – Åkerberg Fransson).

<sup>6</sup> EuGH JZ 2015, 773 (776, Rn. 170 – Gutachten 2/13); EuGH EuZW 2013, 305 (307, Rn. 60 – Melloni); EuGH EuZW 2013, 302 (303, Rn. 29 – Åkerberg Fransson).

<sup>7</sup> EuGH JZ 2015, 773 (777, Rn. 188 – Gutachten 2/13).

dieses Staats garantierten Grundrechten nicht entsprechen.“ Ein solches Ergebnis sei mit den gefestigten Grundsätzen des Unionsrechts, v.a. mit dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs, nicht zu vereinbaren.<sup>8</sup> Deswegen räumt Art. 53 GRC den Mitgliedstaaten auf der einen Seite zwar die Befugnis ein, höhere Schutzgewährleistungen vorzusehen, aber gewährleistet werden darf nur, „was erforderlich ist, um eine Beeinträchtigung des in der Charta vorgesehenen Schutzniveaus sowie des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts zu verhindern.“<sup>9</sup>

Im Ergebnis gelingt es dem EuGH auf diesem Weg, nationales Verfassungsrecht und nationale Grundrechtsmindeststandards durch Anwendung der Grundrechtecharta zu verdrängen. Dort, wo die GRC gilt, werden nationale Grundrechtsstandards häufig unanwendbar.<sup>10</sup> Sie bleiben nur dort nutzbar, wo die GRC im Einzelfall einmal nicht gilt – z.B. weil nur nationales Recht betroffen ist und keinerlei Unionsinteressen berührt sind, da keinerlei Zusammenhang zwischen EU-Recht und nationalem Rechtsakt hergestellt werden kann<sup>11</sup> – und dort, wo der EuGH meint, dass die Anwendung des nationalen Schutzniveaus „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch de[n] Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt“.<sup>12</sup>

Das Bundesverfassungsgericht („BVerfG“) hat dieses Interpretationsvorgehen relativ deutlich in die Nähe eines *Ultra-vires*-Handelns gerückt.<sup>13</sup> Der EuGH gefährde Rechtsgewährleistungen, die zum Kernbereich der nationalen Verfassungsidentität zählen; und für einen solchen Schritt fehle dem

EuGH die Kompetenz.<sup>14</sup> Diese Kritik soll sogleich vertieft werden. Vorab aber ist zum Akteur „EuGH“ vorauszuschicken, dass sein Vorgehen, dieses An-Sich-Reißen der ausschließlichen Kompetenz zur Grundrechtsinterpretation, vermutlich nicht halb so viel Kritik hervorgerufen hätte, wenn der EuGH endlich beginnen würde, sich wie ein Menschenrechtsgericht zu verhalten, also wie ein Gericht, das für die Belange des Einzelnen streitet, das Grundrechte systematisch interpretiert und ausarbeitet, das sie in ihrer Abwehr- und Leistungsdimension weiterentwickelt und eine intensive rechtliche Kontrolle der Gewährleistung grundrechtlicher Standards gegenüber staatlichen und behördlichen Eingriffen garantiert.<sup>15</sup> Doch leider erweckt die Rechtsprechung des EuGH auch mehr als fünf Jahre nach den Paukenschlägen in den Urteilen „Melloni“<sup>16</sup>, „Radu“<sup>17</sup> und „Åkerberg Fransson“<sup>18</sup> und der Ablehnung im Gutachten 2/13, sich an die Menschenrechtsstandards der EMRK zu binden und die eigene Rechtsinterpretation dem Richtspruch des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte („EGMR“) zu unterwerfen,<sup>19</sup> nicht den Eindruck, als wäre es die Priorität des Gerichts, eine Grundrechtsperspektive zu entwickeln.<sup>20</sup> Der EuGH setzt seine Priorität weiter darauf, „Motor der Integration“<sup>21</sup> zu sein. Er will nicht unbedingt individuelle Rechts-

<sup>8</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (309, Rn. 58 f. – Melloni); in der Sache so bereits im Zusammenhang mit Art. 4a des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl durchgesetzt in EuGH NJW 2013, 1145 (1147 Rn. 36 – Radu); bespr. bei Safferling, NStZ 2014, 545 (549 ff.); Gaede, wistra 2016, 89 (91).

<sup>9</sup> EuGH JZ 2015, 773 (777, Rn. 189 – Gutachten 2/13).

<sup>10</sup> Gaede, wistra 2016, 89 (91).

<sup>11</sup> Zum Anwendungsbereich der Grundrechtecharta nach der Entscheidung in Åkerberg Fransson ausführlich F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 51 AEUV Rn. 8 ff.; Safferling, NStZ 2014, 545.

<sup>12</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (309, Rn. 60 – Melloni).

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei): „Im Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem BVerfG und dem EuGH [...] darf dieser Entscheidung keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als *Ultra-vires*-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte [...]“. „[D]ie europäischen Grundrechte der Charta [dürfen] nur in ‚unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden‘.“

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2016, 1149 (1150 f., Rn. 41 – Italienischer Haftbefehl): „Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird im Wesentlichen durch die in Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt [...]. Zu deren Sicherstellung dient die Identitätskontrolle durch das BVerfG“. Mit dieser Ankündigung nimmt das BVerfG auch in Anspruch, für die weit überwiegende Zahl der anderen Verfassungs- und Obergerichte in der EU mit zu sprechen, die ebenfalls deutlich gemacht hätten, dass der Identitätskern der von ihnen interpretierten nationalen Verfassungen nicht der Dispositionsbefugnis der EU überantwortet worden wäre; siehe BVerfG NJW 2016, 1149 (1152, Rn. 47).

<sup>15</sup> Swoboda, ZIS 2015, 361.

<sup>16</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (Melloni).

<sup>17</sup> EuGH NJW 2013, 1145 (Radu).

<sup>18</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (Åkerberg Fransson).

<sup>19</sup> EuGH JZ 2015, 773 (781, Rn. 258 – Gutachten 2/13) m. krit. Anm. Schorkopf.

<sup>20</sup> Vgl. zu EuGH StV 2017, 65 (Taricco), Gaede, wistra 2016, 89 (95).

<sup>21</sup> Der Begriff entstammte ursprünglich der medialen und sozialwissenschaftlichen Wahrnehmung des EuGH in seiner Akteursrolle; vgl. z.B. Höpner, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203. Er hat sich inzwischen aber auch im juristischen Sprachgebrauch eingebürgert, allerdings begleitet von der Kritik, dass der EuGH häufig sehr nahe daran ist, *ultra vires* zu agieren, und nach Ansicht vieler in manchen Entscheidungen die eigenen Kompetenzgrenzen mit seiner Rechtsfortbildung auch überschritten hat; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 19 EUV Rn. 18; Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 19 EUV Rn. 25 m.w.N.

positionen gegen Maßnahmen der EU verteidigen, sondern umgekehrt die Maßnahmen der Union effektiv durchsetzen.

„Motor der Integration“ zu sein, das bedeutet für den EuGH, alles im Rahmen der Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung Mögliche zu tun, damit der Vorrang und die Einheitlichkeit des Unionsrechts effektiv durchgesetzt werden.<sup>22</sup>

„Motor der Integration“ zu sein, das bedeutete für den EuGH und seine Generalanwälte auch ein anderes Rollenverständnis, als man es sonst bei Grundrechts- und Menschenrechtsgerichten findet. Dieses Rollenverständnis beinhaltet den Willen, bei Anrufung durch ein nationales Gericht, diesem Gericht bei der Durchsetzung von Unionsrecht zu „helfen“, gegen den nationalen Gesetzgeber und notfalls auch gegen nationales Verfassungsrecht,<sup>23</sup> und dies jedenfalls bis zum Kern dessen, was die nationalen Verfassungsordnungen als ihren Verfassungskern betrachten.<sup>24</sup> Das Selbstverständnis, „Motor der Integration“ zu sein, setzt den Fokus also ausschließlich auf die Durchsetzung von Unionsrecht, gerade

<sup>22</sup> Vgl. bereits *v. Danwitz*, EuR 2008, 769 (771), mit der Frage, „ob angesichts der erreichten Integrationstiefe“ nicht doch endlich „ein Paradigmenwechsel anzumahnen ist, der die Rechtsprechung künftig am Leitbild eines ehrlichen Maklers zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ausrichtet“. Zum Selbstverständnis der EuGH-Richter siehe *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (214, 216, 220) m. zahlr. Nachw.; krit. zu diesem Rollenverständnis äußerte sich bereits das BVerfG im Maastrichturteil in BVerfGE 89, 155 (210), mit dem Hinweis: „in Zukunft [wird] bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften zu beachten sein, dass der Unionsvertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.“ Positiver aber wieder im „Honeywell-Beschluss“ in BVerfGE 126, 286, wo die Rechtsfortbildungsbemühungen im supranationalen Verbund bei Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung insgesamt begrüßt werden.

<sup>23</sup> So übersieht der EuGH z.B., dass Gerichte nicht einfach darüber entscheiden können, wann etwas verjährt; diese Entscheidung ist eine Entscheidung des Gesetzgebers; vgl. zur Entscheidung des EuGH *wistra* 2018, 117 (M.A.S. und M.B.), die krit. Anm. *F. Meyer*, JZ 2018, 304 (308).

<sup>24</sup> *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (412): „Konkret ging es [im Verfahren M.A.S. und M.B.] darum, ob der Kern der italienischen Verfassung die Einordnung der Verjährung als materiell-rechtliche Bestimmung erfasst und wer das zu beurteilen hat.“ Gibt es also einen integrationsfesten Verfassungskern und kann die Einordnung strafrechtlicher Verjährungsvorschriften dazu gehören? Dann könnte der Gerichtshof den italienischen Gerichten nicht *helfen* (sic!), wenn sie sich fragen, ob eine Weiterbearbeitung einer Akte angesichts der Tatsache lohnt, dass die Verjährung vor Rechtskraft einer zu erwartenden Verurteilung eintreten wird“ (*Hervorhebung durch die Verf.*).

auch bei einer Kollision mit nationalen Verfassungspositionen. Darüber kommt die die Idee der Abwehrfunktion von Grundrechten zu kurz. Dass da vielleicht auch ein Einzelner mit seinen verfassungsbegründeten Rechten unglücklich zwischen die Fronten des Konflikts geraten ist, wird vom EuGH gerne übersehen.<sup>25</sup>

Dieses Selbstverständnis hat seine Ursache in der Richterauswahl. Soziologische Untersuchungen deuten darauf hin, dass das Richterkollegium des EuGH vorrangig aus Personen besteht, die sich durch ein bestimmtes „integrationswilliges Vorverständnis“ von Europarecht und durch eine Affinität zur Vision eines integrierten Europas auszeichnen.<sup>26</sup> Diese Personen werden schon bei ihrer Ernennung so vorselektiert, dass sie die selbstgegebene Rolle des EuGH, durch Rechtsfortbildung als „Motor der Integration“ zu wirken, bereitwillig übernehmen, und dies selbst dann, wenn diese Realisierung einer Vision einer besseren Zukunft für eine Übergangszeit Grundrechtsverletzungen mit sich bringt.<sup>27</sup> Angesichts dieser Vorselektion und eines im Amt gepflegten Korpsgeists<sup>28</sup> sowie der Tatsache, dass weiteres Bemühen um mehr Integration beim EuGH mit der Zuerkennung von Status belohnt wird,<sup>29</sup> wird man ein schnelles Umdenken des EuGH bzw. eine Neuinterpretation der eigenen Rolle momentan nicht erwarten können.

## 2. Zur Systematik der Grundrechtsprüfung nach der GRC

Zwei Dinge fallen beim jetzigen Stand der Entwicklung ins Auge. Zum einen hält sich der EuGH seit dem Aufschrei, der auf die Urteile *Melloni* und *Radu* folgte,<sup>30</sup> in der Konfrontati-

<sup>25</sup> EuGH StV 2017, 65 (Taricco), m. im Erg. zust. Anm. *Kubicel*, weil unzureichende Regelungen zur Verjährungsdurchbrechung in Italien de facto dafür sorgten, dass auch schwerste Steuerstraftaten immer straffrei bleiben; kritischer *Wegener*, *wistra*, 2018, 107; *Gaede*, *wistra* 2016, 89 (94 f.).

<sup>26</sup> *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (220 f., 225).

<sup>27</sup> Zu dieser Vorselektion, die im Laufe der Tätigkeit als EuGH-Richter noch durch in der Gruppe der Richter festzustellende Sozialisierungseffekte verstärkt wird siehe *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (215 f., 218 ff.); die Vorselektion wird dadurch begünstigt, dass nach Art. 253, 255 AEUV die Regierungen der Mitgliedsstaaten im Rahmen der Richterwahl durch einen Ausschuss beraten werden, der sich selbst wiederum aus europaaffinen Juristen zusammensetzt, insbesondere aus Personen aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, außerdem aus Mitgliedern der höchsten einzelstaatlichen Gerichte und anderen besonders befähigten Juristen, von denen einer vom Europäischen Parlament vorgeschlagen wird.

<sup>28</sup> *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (216 ff.).

<sup>29</sup> *Höpner*, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 203 (221 ff.).

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2016, 1149 (1150 ff., 1156 f. – Italienischer Haftbefehl), m. krit. Anm. *Brodowski*, JR 2016, 415, und m. krit. Anm. *Schönberger*, JZ 2016, 422, und *Nettesheim*, JZ

on mit nationalen Verfassungsgerichten zurück, und er versucht, Grundrechte prominenter in seine Prüfung zu integrieren.<sup>31</sup>

Systematisch haben die Grundrechte der GRC zunächst Abwehrfunktion. Sie können sowohl Eingriffe von Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht als auch Eingriffe von EU-Institutionen abwehren, denn nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRC haben alle Stellen, die mit der Ausführung und Durchführung von europäischem Recht betraut sind, die Rechte der GRC zu beachten.

Die Abwehrfunktion der Grundrechte ist in Art. 52 Abs. 1 GRC angelegt.<sup>32</sup> In Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC heißt es, Einschränkungen der Grundrechte müssten gesetzlich vorgesehen sein müssen und es sei in jedem Fall der Wesenskern der Grundrechte zu wahren. In Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC heißt es weiter, dass „[u]nter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [...] Einschränkungen [der Grundrechte] nur vorgenommen werden [dürfen], wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“ Systematisch sind die absoluten Grundrechtsmindeststandards der GRC also „Schranken-Schranken“.

Entsprechend dieser Vorgaben müsste der EuGH nun in seiner Rechtsprechung definieren, was zum Wesensgehalt der Grundrechte der GRC gehört. Er müsste Abwägungsmaßstäbe dafür entwickeln, wie man im Konfliktfall die Balance zwischen dem Prinzip vom Anwendungsvorrang, also zwischen den Effektivitätserfordernissen und entgegenstehenden Grundrechtspositionen wahrt. Dabei bräuchte die Praxis insbesondere Abwägungsmaßstäbe dazu, wie man das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit den entgegenstehenden justiziellen Rechten von Einzelpersonen austariert. Noch fehlen hierzu aber vielerorts Leitvorgaben und der EuGH neigt bisweilen auch dazu, bei einer Kollision zwischen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit Rechten aus der GRC auf praktische Lösungen auszuweichen, dank derer sich die Ausarbeitung des Wesensgehalts der Art. 47 ff. GRC für den Einzelfall erübrigt.<sup>33</sup>

Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC gibt vor, dass die Rechte der GRC grundsätzlich die gleiche Bedeutung und Tragweite haben sollen wie die entsprechenden Rechte der EMRK. Aber nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRC könnte die Union auch mehr Schutz gewährleisten. Man kann also auch nicht einfach die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte („EGMR“) auf die GRC übertragen. Zudem betrachtet der EuGH die EMRK nur als Rechtserkenntnis-

quelle, hält es sich also offen, ob er ihren Gehalt vollständig übernimmt. Auch ist umstritten, ob das Gebot, den Gewährleistungsgehalt der Grundrechte der EMRK anzugleichen, nur für die Definition des Schutzbereichs gilt oder auch für die Auslegung auf Eingriffs- und Rechtfertigungsebene.<sup>34</sup> Aus all dem ergibt sich, dass man über Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC den Inhalt eines GRC-Grundrechts nur ungefähr erraten kann. Zahlreiche Grundrechte, vor allem soziale Grundrechte, gibt es zudem nur in der GRC.

Der EuGH hat ferner mit folgender Komplikation zu kämpfen: Er muss bei der Durchsetzung von Unionsrecht Rücksicht auf das nehmen, was nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV als „nationale Identität“ bezeichnet wird bzw. als die „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ der Mitgliedstaaten. Da nationale Grundrechtsstandards häufig dem jeweiligen verfassungsrechtlichen Identitätskern sehr nahe stehen oder sogar dessen Bestandteil sind, muss der EuGH Kollisionslösungen entwickeln, entweder indem er das Schutzniveau der Grundrechte der GRC für den Einzelfall erhöht<sup>35</sup> oder indem er dem betroffenen Staat verbietet, eine bestimmte Grundrechtsposition als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Identitätskerns zu definieren. Dabei ist leider unklar, ob der EuGH zu letzterem überhaupt die Kompetenz besäße.<sup>36</sup>

Wie gelingt es nun also, den EuGH, der allein zuständig ist, Ausgleichsmaßstäbe für den Konflikt zwischen dem Vorranganspruch des Unionsrechts und den Mindeststandards der GRC zu entwickeln, zu einer proaktiveren Grundrechtsrechtsprechung zu drängen? Lohnt es sich, mit Identitätskontrollverfahren zu drohen? Lässt sich Druck ausüben, indem man fortlaufend Fragen zu Mindeststandards der GRC nach Art. 267 AEUV vorlegt?<sup>37</sup>

Der Beitrag beobachtet, wie sich der Dialog zwischen dem EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bisher entwickelt hat. Dabei liegt der Fokus weniger auf der Frage, ob die einzelnen Entscheidungen, über die der Dialog geführt

2017, 424; siehe auch die Kritik bei *F. Meyer*, HRRS 2016, 532; *Sachs*, JuS 2016, 373; *Sauer*, NJW 2016, 1134; *F. Meyer*, NJECL 2016, 277.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH JR 2016, 472 (475 ff. – Aranyosi und Căldăraru) m. Anm. *Schwarz*, NJW 2016, 421.

<sup>32</sup> *Kingreen* (Fn. 11), Art. 51 GRC Rn. 23; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 51 GRC Rn. 4.

<sup>33</sup> Z.B. im Verfahren EuGH NJW 2018, 923 (Ardic) m. krit. Anm. *F. Meyer*.

<sup>34</sup> Nachweise bei *Kingreen* (Fn. 11), Art. 52 GRC Rn. 33 f., 36.

<sup>35</sup> So geschehen in EuGH wistra 2018, 117 (M.A.S. und M.B.) m. krit. Anm. *F. Meyer*, JZ 2018, 304; *Wegener*, wistra 2018, 107; *Viganò*, NJECL 2018, 18; zur Vorlagestrategie des italienischen Corte Costituzionale *Viganò* EuCLR 2017, 103 (109 ff.); zuvor noch anders entschieden in EuGH NZWiSt 2015, 390 (Taricco) = wistra 2016, 65, m. krit. Anm. *Gaede*, wistra 2016, 98 (95); *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242 f.); *Weidemann*, wistra 2016, 49 (51).

<sup>36</sup> Insbesondere kann der autonome europäische Begriff der nationalen Identität nur vom EuGH mit den Staaten gemeinsam mit Inhalt gefüllt werden; dazu *v. Bogdandy/Schild*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 63. Lfg., Stand: Dezember 2017, Art. 4 EUV Rn. 13.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2018, 686 (687 ff.) = JZ 2018, 309 (311 ff.) m. zust. Anm. *Edenharter*; z.T. mit Bedenken bzgl. dieser Lösung bei eilbedürftigen Verfahren *Böhm*, NStZ 2017, 197 (199).

wird, inhaltlich überzeugen. Zentrales Augenmerk ist vielmehr zu sammeln, mit welchen Strategien die Gerichte im Dialog arbeiten.

## II. Zum Dialog über die Grundrechtsmaßstäbe und in chronologischer Abfolge

### 1. Die Position des EGMR

Der Dialog mit dem EuGH wird vorrangig von den nationalen Verfassungsgerichten geführt, weniger vom EGMR, zumal der EuGH mit der Ablehnung eines Beitritts zum System der EMRK im Gutachten 2/13 implizit auch jede Menschenrechtsdiskussion mit dem EGMR abgelehnt hat. Er hat sich vor allem geweigert, den EGMR als eine in Grundrechtsfragen übergeordnete Instanz zu akzeptieren.<sup>38</sup>

Der EGMR hat auf das Gutachten des EuGH 2/13 besonders reagiert und im Urteil *Avotiņš v. Lettland* angekündigt, weiterhin die sog. Bosphorus-Vermutung auf den institutionellen Rahmen der EU anzuwenden.<sup>39</sup> Als Bosphorus-Vermutung bezeichnet man die Vermutung, dass die EU einen der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Diese Vermutung bewirkt, dass der EGMR staatliche Maßnahmen, die mittelbar auf Akte der EU zurückgehen und im Einklang mit EU-Vorgaben umgesetzt werden, nur einer reduzierten Kontrolle unterwirft. Geprüft wird nur, ob der Grundrechtsschutz „offensichtlich unzureichend“ ist („manifest deficiencies“).<sup>40</sup> Aber auch wenn der EGMR weiter dabei bleibt, dass er einen äquivalenten Grundrechtsschutz durch die EU vermutet, so hat er die Vermutung in *Avotiņš v. Lettland* doch deutlich eingeschränkt. Uneins sind sich EuGH und EGMR insbesondere bezüglich der Bedeutung der Grundrechte im Bereich der gegenseitigen Anerkennung. Der EGMR etwa hält daran fest, dass die Unionsmechanismen auf

der Basis des gegenseitigen Vertrauens bzw. die Mechanismen zur gegenseitigen Anerkennung Grundrechte nicht beeinträchtigen dürfen. Grundrechte treten nicht automatisch zurück, nur um den Vorrang des Unionsrechts zu wahren. Genau das aber hat der EuGH im Gutachten 2/13 mit seiner (fragwürdigen) Interpretation von Art. 53 GRC zumindest von den nationalen Grundrechten verlangt.<sup>41</sup> Der EGMR dagegen will, dass die Gerichte der EU-Staaten dann, wenn sie um „Anwendung eines im EU-Recht vorgesehenen Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung ersucht werden, diesem Mechanismus [nur] zu voller Wirkung verhelfen, sofern der Schutz der Konventionsrechte nicht als offensichtlich mangelhaft angesehen werden kann. Wird vor [den nationalen Gerichten] jedoch in ernstlicher und substantiierte Weise gerügt, dass der Schutz eines durch die Konvention verbürgten Rechts offensichtlich mangelhaft sei und dieser Situation durch das Recht der Europäischen Union nicht abgeholfen werden könne, dürfen sie eine Prüfung dieser Rüge nicht allein deswegen unterlassen, weil sie das EU-Recht anwenden.“<sup>42</sup> Kurzum, der EGMR besteht darauf, dass die nationalen Gerichte auch bei der Umsetzung der Mechanismen der gegenseitigen Anerkennung die EMRK-Mindeststandards durchsetzen, gegebenenfalls auch gegen Unionsrecht. Das ist eine ziemlich deutliche Positionierung gegen den EuGH, soweit dieser meint, dass Grundrechte, deren Schutzniveau über das der GRC hinausragt, zur Wahrung des Anwendungsvorrangs von EU-Recht automatisch eingeschränkt oder verdrängt werden müssten.

Nun hat der EGMR aber keine Gelegenheit zum direkten Dialog mit dem EuGH. Er kann nur die Gegenwehr der staatlichen Gerichte gegen die Grundrechteverdrängungsrechtsprechung des EuGH rhetorisch und moralisch unterstützen. Deswegen ist die Reaktion der nationalen Verfassungsgerichte auf die Urteile des EuGH in Grundrechtsfragen so bedeutsam geworden.

### 2. Die Position der nationalen Verfassungsgerichte

In den Dialog sind mehrere Verfassungsgerichte verwickelt. Neben dem BVerfG z.B. auch das spanische Tribunal Constitucional<sup>43</sup> und der italienische Corte Costituzionale<sup>44</sup>. Dabei spielen zwei „Hebel“ eine zentrale Rolle.

a) Über den ersten Hebel verfügt allein der EuGH. Es geht um das Prinzip des Anwendungsvorrangs von Unionsrecht, durch das nach Ansicht des EuGH auch (nationale) Grundrechte bis zu einer Minimalgewährleistungsgrenze verdrängt werden. Dabei nimmt der EuGH für sich in Anspruch, diesen Mindeststandard selbst zu bestimmen. Er hat die Definitionsmacht über das Primärrecht und damit über die GRC; – nur hat er leider bisher noch wenig Definitionsarbeit in diesem Bereich geleistet.

<sup>38</sup> EuGH JZ 2015, 773 (Gutachten 2/13) m. krit. Anm. *Schorckopf*, JZ 2015, 781 (783 f.); *Breuer*, EuR 2015, 330; siehe auch die krit. Kommentare auf der Webseite „verfassungsblog“, darunter die von *Michl*, „Thou shalt have no other courts before me“, *VerfBlog* v. 23.12.2014, online unter: <https://verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts-2/> (27.6.2018); *Douglas-Scott*, „Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice“, *VerfBlog* v. 24.12.2014, online unter: <https://verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice-2/> (27.6.2018); *Wendel*, „Mehr Offenheit wagen! Eine kritische Annäherung an das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt“, *VerfBlog* v. 21.12.2014, online unter: <https://verfassungsblog.de/mehr-offenheit-wagen-eine-kritische-annaehderung-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt/> (27.6.2018).

<sup>39</sup> EGMR BeckRS 2016, 13748, Rn. 112 (*Avotiņš*) m. krit. Anm. *Ress*, EuZW 2016, 800, der darauf verweist, dass diese neue Entscheidung nicht mehr einstimmig erging, d.h. nicht mehr alle Richter des EGMR bereit waren, die Bosphorus-Vermutung zugunsten der EU anzuwenden.

<sup>40</sup> EGMR NJW 2006, 197 (202 f., Rn. 155 ff., 166 – Bosphorus).

<sup>41</sup> EGMR BeckRS 2016, 13748, Rn. 116 (*Avotiņš*); dazu *Spielmann*, IWRZ 2017, 147 (152).

<sup>42</sup> EGMR BeckRS 2016, 13748, Rn. 116 (*Avotiņš*), übersetzt nach *Spielmann*, IWRZ 2017, 147 (152).

<sup>43</sup> EuGH EuZW 2013, 305 (Melloni).

<sup>44</sup> EuGH *wistra* 2018, 117 (M.A.S. und M.B.).

b) Der zweite Hebel liegt in den Händen der nationalen Verfassungsgerichte, wenn diese versuchen, die Grundrechtverdrängungsrechtsprechung des EuGH als *ultra vires* darzustellen. Sie treten der Entscheidung des EuGH also nicht konkret mit Argumenten auf der Ebene des Unionsrechts entgegen (zu dessen Auslegung sie keine Kompetenz hätten), sondern sprechen dem EuGH vielmehr bereits im Vorfeld jeder Sachdiskussion die Kompetenz ab, solche weitreichenden Entscheidungen zu treffen.<sup>45</sup> Diese Brandmarkung der Grundrechtverdrängungsrechtsprechung des EuGH als *ultra vires* hat zur Folge, dass sich die nationalen Gerichte dort, wo diese Stigmatisierung erfolgt, nicht nach den Vorgaben des EuGH richten dürften.<sup>46</sup> Sie müssten auf Anweisung ihrer eigenen nationalen Verfassungsgerichte den Anwendungsvorrang des Unionsrechts ignorieren, solange nationale Grundrechtminimumstandards dadurch gefährdet erscheinen. Das *Votum ultra vires* bewirkt aus Sicht des nationalen Rechts, dass der EuGH (in Einzelfällen) die Kompetenz „verliert“, nationale Gerichte durch seine Rechtsauslegungen bei der Lösung eines Falles „anzuleiten“. Die Gerichte würden zwar immer noch nach Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV zuerst seine Rechtsauslegung zum Unionsrecht erfragen, aber der Richtspruch des EuGH dürfte von ihnen nicht oder nur eingeschränkt befolgt werden. Konkret soll der Hebel der Stigmatisierung von Entscheidungen des EuGH als *ultra vires* immer dann zur Anwendung kommen, wenn die Durchführung von Unionsrecht auf der Basis der Grundrechtverdrängungsrechtsprechung des EuGH nach Ansicht der nationalen Verfassungsgerichte den Identitätskern einer nationalen Verfassungsordnung zu beeinträchtigen droht.<sup>47</sup>

Diese Hebel sind beide sehr mächtig. Der EuGH hat sich im Wege der kompetenzrechtsfortbildenden Auslegung von EU-Recht eine enorme Zugriffs- und Definitionsmacht erarbeitet. Doch im Konfliktfall würden die nationalen Gerichte dem eigenen Verfassungsgericht Folge leisten. Der eigenen Verfassung schulden sie zuvörderst Gehorsam (vgl. für Deutschland Art. 1 Abs. 3 GG). Der EuGH riskiert also tatsächlich erhebliche Autoritätseinbußen, wenn er auf seinem Kurs beharrt. Der im Folgenden nachgezeichnete Dialog ist daher davon gezeichnet, dass die Akteure in seinem Verlauf

<sup>45</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei) = JZ 2013, 621 m. Anm. Gärditz; BVerfG NVwZ 2014, 501 (502 ff., Rn. 36 ff. – OMT-Beschlüsse), dazu krit. Klement, JZ 2015, 753 (755 f.); BVerfG JR 2016, 456 (459, Rn. 41 ff. – Italienischer Haftbefehl) m. krit. Anm. Brodowski, JR 2016, 415; Schönberger, JZ 2016, 422; Nettesheim, JZ 2016, 424.

<sup>46</sup> BVerfG NVwZ 2014, 501 (503, Rn. 44 f. – OMT-Beschlüsse).

<sup>47</sup> Zur Aufzählung der entsprechenden Verfassungsgerichtsurteile in EU-Staaten siehe BVerfG NJW 2016, 1149 (1152, Rn. 47 – Italienischer Haftbefehl); krit. zu dieser „Vereinbarung“ fremder Verfassungsgerichte Classen, EuR 2016, 304 (312), der daran erinnert, dass sich mehrere Staaten im OMT-Verfahren vor dem EuGH gegen diese Einvernahme des eigenen Verfassungsgerichts durch andere verwahrt haben.

ihre Haltung und Rhetorik verändern, ohne in der Sache von ihren Ausgangspositionen abzugehen. Die Drohgebärden bleiben, aber die Suche nach Kompromissen erhält ab einem bestimmten Zeitpunkt Vorrang.

### III. Die Chronologie des Dialogs

#### 1. Die Grundbausteine der Verdrängungsrechtsprechung: Åkerberg Fransson und Melloni

Die Auseinandersetzung in ihrer jetzigen Gestalt begann mit dem Urteil der großen Kammer des EuGH im Fall Åkerberg Fransson.<sup>48</sup> Es ging um die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 GRC, genauer gesagt um die Frage, wann die GRC auf einen rein innerstaatlichen Kriminal Sachverhalt bzw. wann sie generell zur Anwendung kommt. Der Angeklagte hatte u.a. Mehrwertsteuern über eine längere Zeit in großer Höhe hinterzogen. Dafür waren ihm nach Aufdeckung der Steuerhinterziehung zunächst von den schwedischen Steuerbehörden Steuerzuschläge auferlegt worden. Gegen die nachfolgende Anklage wegen Steuerhinterziehung wehrte sich der Angeklagte mit der Behauptung, ein Steuerstrafverfahren würde gegen das Doppelverfolgungsverbot des Art. 50 GRC verstoßen. Das zuständige Strafgericht leitete daraufhin ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV ein, u.a. mit der Frage, ob die GRC auf diesen rein nationalen Sachverhalt Anwendung finden könnte, bei dem rein nationales, nicht auf eine EU-Richtlinie zurückgehendes Steuerstrafrecht zur Anwendung kommt. Zur Bestürzung vieler<sup>49</sup> bejahte der EuGH, dass auch ein solcher Sachverhalt als „Durchführung von Unionsrecht“ im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRC gelten könnte und begründete dies mit Argumenten, die auch als das Prinzip: „Wo Unionsrecht hinreicht, gelten die Unionsgrundrechte“, zusammengefasst wird.<sup>50</sup> Art. 51 Abs. 1 GRC findet immer dann Anwendung, wenn eine Rechtsvorschrift (gleichgültig ob EU-Norm oder nationale Rechtsnorm) in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. Der Geltungsbereich des Unionsrechts war im Fall Åkerberg Fransson allein deswegen eröffnet, weil die hinterzogenen Mehrwertsteuermittel zu den Eigenmitteln des EU-Haushalts zählen. Daher – so der EuGH – ergebe sich einerseits aus der RL 2006/12/EG des Rates vom 28.11.2006 und aus Art. 4 Abs. 3 EUV, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, die Erhebung der geschuldeten Mehrwertsteuer zu gewährleisten und Betrug zu bekämpfen; und andererseits seien die Mitgliedstaaten aus Art. 325 AEUV verpflichtet, Betrug zulasten der finanziellen Interessen der EU mit effek-

<sup>48</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (Åkerberg Fransson); Safferling, NSTZ 2014, 545 (547 ff.).

<sup>49</sup> U.a. hatte auch der Generalanwalt Cruz Villalón die Anwendbarkeit der GRC in seinem Gutachten verneint; vgl. die Zusammenfassung bei Gstrein/Zeitmann, ZEuS 2013, 239 (249 f.).

<sup>50</sup> Bergmann, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, Kommentar, 12. Aufl. 2015, Art. 51 GRC Rn. 5; zu EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 19–22 – Åkerberg Fransson).

tiven strafrechtlichen Sanktionen zu bekämpfen.<sup>51</sup> Der EuGH stellte weiterhin klar, dass die GRC auch dann gilt, wenn das Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht determiniert ist. Dass es einen nationalen Ermessensspielraum für die Durchführung von Unionsrecht gibt, dass es also um keinen unionsrechtlich abschließend harmonisierten Rechtsbereich geht, sei nur insoweit relevant, als in diesen Rechtsbereichen neben dem Schutzniveau der GRC auch nationale Schutzstandards für Grundrechte angewandt werden könnten. Letzteres gelte aber mit der Einschränkung, dass durch die Anwendung der nationalen Standards „weder das Schutzniveau der Charta, [...] noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“ dürften.<sup>52</sup>

An dieser Stelle verweist die Große Kammer auf das von ihr am selben Tag erlassene Urteil in der Rechtssache Melloni.<sup>53</sup> Im Fall Melloni ging es um die Frage, ob spanische Gerichte die Auslieferung einer Person von Spanien nach Italien auf der Basis eines Europäischen Haftbefehls von Fairnessbedingungen abhängig machen dürfen, die der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl 2002/583/EU<sup>54</sup> eigentlich nicht vorsieht, die aber nach Art. 24 Abs. 2 der Spanischen Verfassung unerlässliche Bedingung zur Sicherung eines fairen Verfahrens wären. Herr Melloni war in Florenz in Abwesenheit verurteilt worden und konnte belegen, dass er dieses Urteil nicht mehr würde anfechten können. Das veranlasste das spanische Tribunal Constitucional, beim EuGH nachzufragen, ob die Vorschriften über Abwesenheitsurteile in Art. 4a Abs. 1 lit. a, b des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl 2002/584/EU abschließend zu verstehen seien oder ob die spanischen Gerichte die Auslieferung von Herrn Melloni über die im Rahmenbeschluss festgehaltenen Mindestgarantien hinaus an weitere Fairnessbedingung knüpfen dürften, eben daran, dass ihm ein weiteres effektives Rechtsmittel gegen seine Verurteilung zur Verfügung gestellt wird, wie es die

spanische Verfassung nach Art. 24 Abs. 2 für ein faires Verfahren gebietet. Der EuGH befand, dass die Bedingungen für eine Auslieferung nach einem Abwesenheitsverfahren im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl abschließend sind.<sup>55</sup> Im Fall des Verurteilten Melloni sei entsprechend den Vorgaben aus Art. 4a Abs. 1 lit. a und b des Rahmenbeschlusses daher davon auszugehen, dass Melloni aus freien Stücken darauf verzichtet habe, dem Florentiner Verfahren beizuwohnen. Eine Berufung auf nationale Grundrechtstandards, mit denen höhere Fairnessstandards eingefordert werden könnten, als im Rahmenbeschluss von den Mitgliedstaaten festgelegt wurde (dort übrigens im Einklang mit Art. 47, 49 GRC), sei nicht zulässig. Aus Art. 53 GRC ergebe sich nichts anderes. Die Norm erlaubt es nicht, nationale Verfassungsstandards gegen die Durchführung von Europäischem Recht ins Feld zu führen, denn eine solche „Auslegung von Art. 53 GRC würde [...] gegen den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen, da sie es einem Mitgliedstaat erlauben würde, die Anwendung von mit der Charta vollständig im Einklang stehenden Unionsrechtsakten zu verhindern, wenn sie den in der Verfassung dieses Staats garantierten Grundrechten nicht entsprechen.“<sup>56</sup>

Die Entscheidungen Åkerberg Fransson und Melloni bilden bis heute die Basis für die Definitionsvorrangs- und Grundrechteverdrängungsrechtsprechung des EuGH. Geschickt hat der EuGH hier zwei Bausteine zusammengefügt, über die er für die praktische Umsetzung von Unionsrecht Sorge tragen kann, ohne weiter Rücksicht auf nationale Grundrechtsstandards nehmen zu müssen, während er gleichzeitig sicherstellt, dass nur er das Grundrechtsschutzniveau in der Union definiert. Die GRC ist damit zugleich Grundrechtsgewährleistungsdokument wie auch Grundrechteverdrängungsdokument. Im strafjustiziellen Bereich erhebt die GRC zwar EMRK-Standards zum europäischen Mindestgehalt an Grundrechtsschutz (vgl. Art. 52 Abs. 3 GRC)<sup>57</sup>, aber gleichzeitig ist sie auch „Schutzwall“ gegen weiterreichende integrationshinderliche Grundrechtsgarantien der nationalen Verfassungen. So interpretiert reflektiert die GRC als Dokument mit gleichsam konträren Funktionen den Rollenkonflikt des EuGH, der sich in seiner Rolle als „Motor der Integration“ wiederholt selbst ausmanövrieren müsste, wenn er seinen Grundrechtsschutzauftrag ebenso ernst nähme.

<sup>51</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 25–28 – Åkerberg Fransson); Safferling, NStZ 2014, 545 (547 f.).

<sup>52</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 29 – Åkerberg Fransson); krit. Safferling, NStZ 2014, 545 (547 f., v.a. 548 a.E.). Im Widerspruch hierzu steht aber dann das Vorgehen des EuGH im Verfahren „M.A.S. und M.B.“. Dort lässt der EuGH von seiner ursprünglich im Verfahren Taricco erhobenen Forderung, Italien müsse Art. 325 Abs. 4 AEUV zur Durchsetzung zu verhelfen, indem die Gerichte in bestimmten italienischen Strafverfahren die Verjährungsfristen unangewendet bleiben, mit der Begründung ab, das italienische Verfassungsrecht dulde dies nicht; zur Diskussion um diese systematische Ungereimtheit siehe Burchardt, EuR 2018, 248 (252 ff., insbes. 255), mit der These, der EuGH wolle seine Melloni- und Fransson-Rechtsprechung modifizieren; dagegen Viganò, NJECL 2018, 18 (20 ff.); Wegner, wistra 2018, 107 (108 f.).

<sup>53</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (Melloni).

<sup>54</sup> In der konsolidierten Fassung nach der Änderung durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26.2.2009, ABl. EU L 81/24 vom 27.3.2009.

<sup>55</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (1217 f., Rn. 40–44 – Melloni); alle Fragen, die im Rahmenbeschluss 2002/584 geregelt wurden, gelten dem EuGH als von den Mitgliedstaaten dort abschließend normiert; vgl. zuvor bereits EuGH NJW 2013, 1145 (1147, Rn. 39–42 – Radu).

<sup>56</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (Melloni).

<sup>57</sup> Die Schutzniveaunklausel des Art. 53 GRC sorgt dafür, dass die Grundrechte, die auch in der EMRK als Menschenrechte verbürgt sind, zumindest den Mindestgehalt haben müssen, welche diese Rechte durch die Rechtsprechung des EGMR zur EMRK erfahren haben; F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089.

2. Die Reichweite der Grundrechtecharta Åkerberg Fransson und Melloni

Wie weit reicht die Grundrechtecharta nun also? Die GRC war von vornherein darauf angelegt, möglichst weitreichende Geltung zu entfalten; und das war dringend notwendig, denn bis zum Inkrafttreten der GRC gab es auf Unionsebene kein verbindliches Grundrechtsdokument, das den Bürger „transnational-vertikal“ gegenüber der Ausübung supranationaler Hoheitsgewalt durch Organe und Einrichtungen der EU (beim direkten Vollzug von Unionsrecht) schützte<sup>58</sup> bzw. das den Grundrechten eine „transnational-horizontale“ (grenzübergreifende) Dimension verschaffte, so dass der Bürger nun auch gegen die kumulierte Wirkung mehrerer Eingriffe geschützt ist, die ihn infolge einer Durchführung von Unionsrecht betreffen. Das können multiple Eingriffe in verschiedenen Mitgliedstaaten sein oder multiple Eingriffe von Unionsakteuren oder staatlichen Akteuren, die jeweils EU-Recht durchsetzen.<sup>59</sup> Insoweit ist die Existenz der GRC auch immer noch mehr Gewinn denn Gefahr, denn die nationalen Verfassungen und die EMRK schützen den Bürger weiterhin nur bei Hoheitsausübung eines (Mitglied-)Staates.

Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GRC gilt die GRC zunächst „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips“.<sup>60</sup> Die GRC gilt dann für sämtliche ihrer Aktivitäten. Es gibt in der EU keinen grundrechtsfreien Bereich.<sup>61</sup> Umstritten ist aber seit Åkerberg Fransson, was in Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRC mit der „Durchführung“ von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten gemeint ist. Der EuGH legt diese Formulierung weit aus. Mitgliedstaaten führen seiner Ansicht nach Unionsrecht durch, wenn ihr Handeln 1. europarechtlich direkt veranlasst und vom Europarecht vollständig determiniert ist. Sie füllen es aber auch aus, wenn 2. sie bei der Implementierung oder Durchführung von Unionsrecht die von diesem Recht für die Staaten eröffneten Umsetzungs- und Ermessensspielräume ausfüllen. Und sie füllen es aus, wenn 3. die Mitgliedstaaten durch nationale Maßnahmen Grundfreiheiten einschränken.<sup>62</sup> Zuletzt soll die GRC anwendbar

sein, wenn 4. der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist.<sup>63</sup>

Bereits die in 2. und 3. genannten Kategorien werden heftig angegriffen.<sup>64</sup> So wird – gerade auch mit Blick auf die Gefahr einer Verdrängung nationaler Grundrechtstandards im Anwendungsbereich der GRC – z.B. geltend gemacht, dass dann, wenn ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung oder Durchführung von Unionsrecht Umsetzungs- oder Ermessensspielräume ausfüllt, er also Unionsrecht in nationales Recht gießt oder nach dem nationalen Rechtsverständnis zielgerichtet gestaltet, auf dieses nationale Recht dann auch das ausdifferenzierte nationale Grundrechtssystem Anwendung finden sollte, wozu insbesondere auch die nationalen Rechtsschutzsysteme zählen, die im Zweifel adäquatere Schutzlösungen bereithalten als ein unitarisierendes Grundrechtsschutzsystem.<sup>65</sup>

Inwieweit es genügt, dass 4. der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist, ob es zum Beispiel genügt, wenn nur generell finanzielle Interessen der Union betroffen sind, ist ein zentraler Streitpunkt zwischen dem EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten. Der EuGH hat in Siragusa<sup>66</sup> (nur) einen hinreichenden Zusammenhang zwischen nationaler Maßnahme/Rechtsnorm und einer unionsrechtlichen Bestimmung verlangt und dafür den folgenden Prüfungskatalog vorgeschlagen:

„Um festzustellen, ob eine nationale Regelung die Durchführung des Rechts der Union i.S.v. Art. 51 der Charta betrifft, ist u.a. zu prüfen, ob mit ihr eine Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden, selbst wenn sie das Unionsrecht mittelbar beeinflussen kann, sowie ferner, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann [...]“<sup>67</sup> GRC-Grundrechte seien nicht anwendbar „wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den [...] fraglichen Sachverhalt schaffen“.<sup>68</sup>

Relevant sein könne ferner, dass die Anwendung der GRC notwendig ist, um den Mindeststandard an Grundrechtsschutz im Tätigkeitsbereich der Union zu sichern. In Siragusa folgt auf diese Feststellung dann die kryptische Formulierung, dass das Ziel des Grundrechtsschutzes innerhalb der Union „in der Notwendigkeit begründet [liege], zu verhindern, dass der Grundrechtsschutz, der je nach dem betreffenden nationalen Recht unterschiedlich sein kann, den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt.“<sup>69</sup> Insbesondere sollten die Grundrechtsschutzlevel, die für europäische Institutionen und Behörden gelten, mit denen, die bei Durchsetzung von Europarecht

<sup>58</sup> F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1090).

<sup>59</sup> F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1090).

<sup>60</sup> Gemeint ist das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 3 EUV, das die Akteure der EU verpflichtet, in den Bereichen, in denen die EU keine ausschließlichen Handlungskompetenzen erhalten hat, dennoch nur nach den Grundsätzen „der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ tätig zu werden, also nur dann, wenn eine dezentralisierte Regelung durch die Mitgliedstaaten nicht gleich effektiv wäre. Der Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip im Grundrechtsbereich soll zur Rücksichtnahme auf die Mitgliedstaaten mahnen, z.B. zur Rücksichtnahme auf die Sozialmodelle der Mitgliedstaaten, wenn soziale Grundrechte in Frage stehen; Jarass (Fn. 32), Art. 51 Rn. 8.

<sup>61</sup> Jarass (Fn. 32), Art. 51 Rn. 14.

<sup>62</sup> Überblick bei F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1092) m. zahlr. Nachw.; noch weiter differenzierend in die Kategorien der administrativen, normativen und judikativen Durchführung Jarass (Fn. 32), Art. 51 Rn. 21 ff.

<sup>63</sup> Ausführlich F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1098).

<sup>64</sup> Nachweise bei F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1093).

<sup>65</sup> Einschränkend F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1093).

<sup>66</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (Siragusa).

<sup>67</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (576, Rn. 25 – Siragusa).

<sup>68</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (576, Rn. 26 – Siragusa).

<sup>69</sup> EuGH NVwZ 2014, 575 (576, Rn. 31–32 – Siragusa).

durch staatliche Stellen Anwendung finden, identisch bleiben.<sup>70</sup> Der Grundrechtsschutz nach der GRC spielt insoweit dann wieder eine ambivalente Rolle, denn die GRC kann höhere Schutzstandards gewährleisten, aber auch höhere nationale Standards verdrängen, wenn dies zur Sicherung der Einheitlichkeit und Effektivität der Durchführung von Unionsrecht notwendig erscheint.

Praktisch bedeutsam sind für die Fallgruppe 4., wonach die GRC bereits dann anwendbar ist, wenn der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist, vor allem Sachverhalte, die (auch) die finanziellen Interessen der Union betreffen. Die finanziellen Interessen der Union eröffnen dann den Anwendungsbereich der GRC, wenn konkrete Unionsregelungen für den Fall relevant werden, insbesondere wenn Art. 325 AEUV relevant wird, der in Absätzen 1 und 2 die effektive Strafverfolgung von Betrügereien zulasten der finanziellen Interessen der EU fordert.<sup>71</sup> Wie intensiv nun aber die Berührungspunkte mit Unionsinteressen sein müssen, wenn es einmal nicht um Delikte zulasten der Finanzen der EU geht, ist unklar. Deswegen bietet Fallgruppe 4. angesichts ihrer Unbestimmtheit auch die meisten Angriffspunkte für Kritik an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 Abs. 1 GRC.

### 3. Die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts

Wie antwortet man nun als nationales Verfassungsgericht auf diese Interpretationsvorlage des EuGH? Dreh- und Angelpunkt der durch die Urteile Åkerberg Fransson und Melloni entstandenen Problematik ist die Interpretation von Art. 51, 53 GRC. Doch ein nationales Verfassungsgericht darf keine Normen der GRC auslegen. Die Deutungshoheit über EU-Primärrecht liegt gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV i.V.m. Art. 267 AEUV allein beim EuGH. Damit war es dem BVerfG z.B. von vornherein verwehrt, in seiner Rechtsprechung den Hebel der Kritik direkt am zentralen Streitpunkt, als an der Interpretation von Art. 51, 53 GRC, anzusetzen und die Auslegung des EuGH diesbezüglich anzufechten. Stattdessen war das BVerfG darauf verwiesen, einen Hebel zu finden, für den die eigene Interpretationskompetenz nicht in Frage steht oder zumindest nicht eindeutig widerlegt ist.

#### a) Der „Identitätskern“ der Verfassung als „Hebelpunkt“

Unanfechtbar ist das BVerfG in seiner Rolle als Hüter der deutschen Verfassung. Nur ihm allein kommt die Kompetenz zu, den Identitätskern der deutschen Verfassung, wie er sich aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1, 20 GG ergibt, zu bestimmen und damit auch festzulegen, welche grundgesetzlichen Kompetenzen überhaupt an die EU übertragen werden konnten. Im Gegenschluss behält sich das BVerfG natürlich auch vor zu bestimmen, welche Kompetenzen aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts auf keinen Fall in die Verfügungsmacht der EU überwechseln durften

und welche Handlungen der EU-Organe daher aus nationaler Sicht Handlungen *ultra vires* sind.<sup>72</sup> Dass dieser Überprüfungsansatz mit Europarecht vereinbar ist, wird vom BVerfG aus Art. 4 Abs. 2 EUV abgeleitet. Gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV „achtet“ die Union die „jeweilige nationale Identität“ der Mitgliedstaaten so, wie sie „in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Für das BVerfG belegt dieser Artikel, dass es auch europarechtlich zulässig ist, unter „eng begrenzten Voraussetzungen die Maßnahme eines Organs oder einer Stelle der Europäischen Union für in Deutschland ausnahmsweise nicht anwendbar“ zu erklären. Das hätte die Herren der Verträge so vorgesehen.<sup>73</sup> Allerdings lässt das BVerfG bei dieser Argumentation die Frage offen, wer eigentlich zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 EUV berufen ist. Art. 4 Abs. 2 EUV zählt zum Primärrecht und fällt damit in die Auslegungskompetenz des EuGH. Der Begriff der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV ist ein unionsrechtlicher Begriff und sein Inhalt muss autonom gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestimmt werden.<sup>74</sup> Dabei muss der EuGH aber natürlich rezipieren, was die einzelnen Mitgliedstaaten als nationale Identität definieren und welche Normen sie zur Bestimmung ihrer nationalen Verfassungsidentität als wesentlich erachten.<sup>75</sup> Deswegen ist der Identitätsbegriff auch dann, wenn die Interpretationshoheit beim EuGH liegt, tatsächlich weitestgehend unter Rekurs auf die Rechtsprechung nationaler Verfassungs- und Höchstgerichte zu ermitteln, und unter Rekurs darauf, was aus mitgliedstaatlicher Perspektive als integrationsfester Bestandteil der eigenen Verfassungsordnung gilt.<sup>76</sup> Gleichzeitig aber bleibt die Auslegung dessen, was europarechtlich als Bestandteil nationaler Verfassungsidentität anerkannt wird, auch nicht vollständig den nationalen Verfassungsgerichten überlassen. Die Bestimmung des Identitätsbegriffs ist Sache des EuGH, für den dies nun natürlich zum justiziellen Balanceakt gerät,<sup>77</sup> denn er muss einen Mittelweg finden, der den europäischen Interessen an einer einheitlichen und effektiven Rechtsanwendung ebenso Raum lässt wie dem Gebot, auf nationale Identitätsinteressen Rücksicht zu nehmen. Für die Mitgliedstaaten gilt zugleich das Gebot der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV. Sie dürfen

<sup>70</sup> Zu dieser Notwendigkeit *Viganò*, NJECL 9 (2018), 18 (22).

<sup>71</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (305, Rn. 26 – Åkerberg Fransson); *Jarass* (Fn. 32), Art. 51 Rn. 22.

<sup>72</sup> BVerfGE NJW 2010, 3422 (3423 ff., Rn. 55 ff. – Honeywell); BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei) = JZ 2013, 621 m. krit. Anm. *Gärditz*; BVerfG NVwZ 2014, 501 (502 ff., Rn. 36 ff. – OMT-Beschlüsse); BVerfG JR 2016, 456 (459, Rn. 41 ff. – Italienischer Haftbefehl); bereits angelegt in BVerfG NJW 1993, 3047 (3052 – Maastricht-Urteil).

<sup>73</sup> BVerfG JR 2016, 456 (459, Rn. 45 – Italienischer Haftbefehl); vgl. zur Geschichte des Art. 4 Abs. 2 EUV und den Interpretationsansätzen der nationalen Verfassungsgerichte *Mayer*, EuZW 2014, 473 (494 f.).

<sup>74</sup> v. *Bogdandy/Schill* (Fn. 36), Art. 4 EUV Rn. 13.

<sup>75</sup> v. *Bogdandy/Schill* (Fn. 36), Art. 4 EUV Rn. 22; *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1137).

<sup>76</sup> v. *Bogdandy/Schill* (Fn. 36), Art. 4 EUV Rn. 23.

<sup>77</sup> *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (288).

diesen Balanceakt des EuGH nicht schon im Vorfeld der Entscheidung dadurch unmöglich machen, dass sie bestimmte eigene Verfassungspositionen ohne innereuropäische Diskussion für sakrosankt erklären und ohne Rücksicht auf europäische Interessen dem Identitätskern der eigenen Verfassungsordnung zuschlagen.<sup>78</sup> Selbst Verfassungsprinzipien, die aus nationaler Sicht zum Identitätsbestand der eigenen Verfassung zählen, könnten angesichts des Gebots europafreundlicher Rechtsauslegung im Einzelfall hinter dem Integrationsziel zurückzutreten haben.<sup>79</sup> Für die nun folgenden Ausführungen zum bundesverfassungsgerichtlichen Hebel, bestimmte Handlungen des EuGH als *ultra vires* darzustellen, gilt daher: Es mag zwar zur Kompetenz des BVerfG nach nationalem Verfassungsrecht gehören, den Normbereich zu definieren, der nach Art. 79 Abs. 3 GG zum Kernbestand der deutschen Verfassung gehört und damit für den deutschen Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht verfügbar ist und folglich auch nicht durch Übertragung an die EU für diese inhaltlich verfügbar hätte gemacht werden dürfen. Doch damit ist noch nicht geklärt, ob ein EU-Organ, das eine Maßnahme trifft, die in den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Ewigkeitsbestand der deutschen Verfassung eingreift, allein wegen dieses Zugriffs auf den Identitätskern europarechtlich *ultra vires* handelt.<sup>80</sup> D.h. der „Hebel“, mit dem die Verfassungsgerichte gegen die unliebsame Grundrechtsverdrängungsrechtsprechung des EuGH ins Feld ziehen, weist eine zentrale Schwachstelle auf: Die nationalen Verfassungsgerichte sind über den Hebel nicht allein verfügungsbefugt.<sup>81</sup>

Das alles ist zu berücksichtigen, wenn die nachfolgenden Urteile von BVerfG und Corte Costituzionale besprochen werden, denn die Prämisse aller Urteile ist, dass nur die nationalen Verfassungsgerichte die Definitionskompetenz darüber besitzen, was der EuGH als unantastbaren Identitätskern der jeweiligen nationalen Verfassung zu akzeptieren hat. Das BVerfG ist mit seinen Urteilen sogar ein hohes Risiko eingegangen, als es die Aufmerksamkeit des EuGH mit einem Vortrag zum Schuldprinzip erzwang, der in der nationalen Rechtsordnung nachwirken und den verfassungsrechtlichen Zugriff auf das Strafrecht verändern könnte. Aber auch den Beschwerdeführern verlangt das BVerfG mit dem Identitätskonstrukt einiges ab, denn das, was früher als einfacher Grundrechtsverstoß gerügt werden konnte, muss heute vielleicht den erhöhten Rügeanforderungen für die Geltendmachung einer Verletzung des Identitätskerns aus Art. 79 Abs. 3 GG genügen.<sup>82</sup> Mit der Identitätskontrollkonstruktion tritt das

<sup>78</sup> F. Meyer, NJECL 2016, 277 (289).

<sup>79</sup> F. Meyer, NJECL 2016, 277 (289).

<sup>80</sup> Vgl. auch Sauer, NJW 2016, 1134 (1136): „ein nach innerstaatlichem Recht nichtiger Übertragungsakt kann [...] trotzdem völkerrechtliche Rechtsfolgen haben.“

<sup>81</sup> Ausführlich auch zum Unterschied zwischen *Ultra-vires*-Akt und i.S.v. Art. 4 Abs. 2 EUV identitätsverletzendem Akt Mayer, EuZW 2014, 473 (495 f.); Zweifel hinsichtlich der Zuständigkeit des BVerfG zur Identitätskontrolle auch bei Satzger, NStZ 2016, 514 (517).

<sup>82</sup> Krit. Brodowski, JR 2016, 415 (422 f., 424); anders Kühne, StV 2016, 299 (300): „Mit dem erneuten Hinweis auf beson-

BVerfG also zwar nach außen hin fordernd gegenüber dem EuGH auf, aber nach innen hat es zugleich die Kontrolldichte für Verletzungen von Garantien jenseits des Bestands der Rechte aus Art. 79 Abs. 3 GG reduziert.<sup>83</sup>

#### b) Die Chronologie der BVerfG-Urteile

Als erste „Kampfansage“<sup>84</sup> gegen die Rechtsprechungsbau- steine des EuGH aus den Urteilen Åkerberg Fransson<sup>85</sup> und Melloni<sup>86</sup> gilt das BVerfG-Urteil<sup>87</sup> zur Antiterrordatei. Das BVerfG erklärte dort unter Bezugnahme auf die zwei Monate zuvor ergangene Entscheidung Åkerberg Fransson, es dürfe der Entscheidung Åkerberg Fransson „[i]m Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem BVerfG und dem EuGH [...] keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als *Ultra-vires*-Akt zu beurteilen wäre“, bzw. keine Lesart, die „Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährde (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte [...]“. Zur Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC durch den EuGH merkte das BVerfG an: Es könne nicht „jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche[n]“ um, wie vom EuGH behauptet, die Anwendung der in der Grundrechte-Charta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union zu begründen. Die GRC finde weiterhin nur in „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, [...] nicht außerhalb derselben Anwendung“.<sup>88</sup> Weiter geht das BVerfG auf die Grundrechtsverdrängungsrechtsprechung des EuGH dann aber nicht ein. Die Antiterrordatei bot hierzu mangels europäischen Bezugs einfachen Anlass.<sup>89</sup>

Allerdings nutzte das BVerfG dann die nächste sich bietende Gelegenheit, um noch einmal darauf hinzuweisen, dass es geneigt und rechtlich in der Lage ist, *Ultra-vires*-Akte von

ders strenge Zulässigkeitsanforderungen [...] will das BVerfG wiederum Europarechtsfreundlichkeit demonstrieren.“

<sup>83</sup> Kühne, StV 2016, 299.

<sup>84</sup> Garcia, „Kampfansagen gegen den EuGH – aus Karlsruhe und München“, De legibus-Blog v. 12.5.2013, online unter: <https://blog.delegibus.com/2013/05/12/kampfansagen-gegen-den-eugh-aus-karlsruhe-und-munchen/> (27.6.2018).

<sup>85</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (Åkerberg Fransson).

<sup>86</sup> EuGH NJW 2013, 1215 (Melloni).

<sup>87</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (Antiterrordatei).

<sup>88</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 91 – Antiterrordatei).

<sup>89</sup> Bereits die Bezugnahme auf Åkerberg Fransson wirkte künstlich. Sie war in die Fragestellung verpackt, ob der Sachverhalt der Antiterrordatei dem EuGH nach Art. 267 AEUV hätte vorgelegt werden müssen. Das BVerfG vertritt dabei eine enge Lesart von Art. 51 Abs. 1 GRC bevorzugt, weil es nur danach sucht, ob der Sachverhalt von Unionsrecht „determiniert“ ist (BVerfG NJW 2013, 1499 (1501, Rn. 90 – Antiterrordatei). Zurückgewiesen wird also die Fallgruppe 4., wenn nur der Kontext der Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist.

Unionsorganen, einschließlich des EuGH selbst, in den von Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen zu überprüfen. Im Vorlagebeschluss zu den sog. OMT-Beschlüssen des Rates der Europäischen Zentralbank vom 6.9.2012<sup>90</sup> aktivierte es dazu die 1993 im Maastricht-Urteil entwickelte Ultra-Vires-Doktrin mit der Behauptung, eine Kontrollbefugnis über die Kompetenzzusübung der EU zu besitzen, sofern eine qualifizierte Kompetenzüberschreitung durch Unionsorgane zugleich zu einer Verletzung der nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützten deutschen Verfassungsidentität führt.<sup>91</sup>

Die Vorlage ist in erstaunlich herausforderndem Ton formuliert,<sup>92</sup> so als müsste das BVerfG zeigen, dass es ab jetzt mit der Ultra-vires- und der Identitätskontrolle Ernst macht. Zuvor hatte das BVerfG die an es herangetragenen Identitätsrügen eher europafreundlich abgehandelt. Im Honeywell-Beschluss etwa, in dem die Mangold-Entscheidung des EuGH zu überprüfen war, die vielen als Paradebeispiel für ein Ultra-vires-Handeln des EuGH gilt,<sup>93</sup> hatte das BVerfG die Anforderungen an eine Ultra-vires-Rüge sogar noch verschärft und so die eigenen Kontrollbefugnisse zugunsten eines kooperativen Miteinanders von EuGH und BVerfG sehr eng definiert. Eine Identitäts- und Ultra-vires-Rüge sollte nur möglich sein, wenn „die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG)“. Der Kompetenzverstoß müsse „hinreichend qualifiziert“ sein, also offenkundig und schwerwiegend und im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung von Gewicht.<sup>94</sup> Aufgrund des Verstoßes muss es zu einer „strukturelle[n] Verschiebung im System konstitutioneller Macht und Einflussverteilung“ kommen.<sup>95</sup>

Beim OMT-Vorlagebeschluss nun, der die Ankündigung des EZB-Rates zum Gegenstand hatte, notfalls unbegrenzt Staatsanleihen von Euro-Krisenländern am Sekundärmarkt aufzukaufen, um den Euro zu stabilisieren, war weder eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung noch eine strukturelle Verschiebung im System konstitutioneller Macht zu

erkennen.<sup>96</sup> Da das BVerfG aber nominell an den anspruchsvollen Kriterien für eine Identitätsrüge nach dem Honeywell-Beschluss festhielt, musste die Behauptung eines Ultra-vires-Aktes der EZB, also die Darstellung, warum die OMT-Beschlüsse so evident außerhalb der Kompetenz der EZB lagen, mit besonderem Nachdruck erfolgen. Das mag erklären, warum das BVerfG in seinem Vorlagebeschluss einerseits eine Ultra-vires-Feststellung trifft, es aber andererseits dann doch erst noch eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV einfordert, um die Frage der Kompetenzüberschreitung durch die EZB vom EuGH klären zu lassen.<sup>97</sup> Dabei gibt aber der Vorlagebeschluss fast diktathaft vor, wieso das OMT-Programm (nach Ansicht des BVerfG) das europäische Kompetenzgefüge sprengt und unter welchen einschränkenden Voraussetzungen es überhaupt nur denkbar wäre, dass das OMT-Programm den Demokratiekerne der deutschen Verfassung nicht beeinträchtigt.<sup>98</sup> Dieses Vorgehen des BVerfG wurde von den Kritikern so gelesen, dass sich das BVerfG auf einen Konflikt mit dem EuGH vorbereitet und testet, wie der EuGH auf die Geltendmachung des verfassungsgerichtlichen Kontrollanspruchs mit der Ultra-vires-Doktrin reagiert.<sup>99</sup> Dass die OMT-Beschlüsse selbst gar nicht das Problem waren, belegt auch die spätere Reaktion des BVerfG auf die Vorabentscheidung des EuGH. Der EuGH befand, dass die OMT-Beschlüsse vom Mandat der EZB gedeckt seien und auch nicht gegen das Verbot der monetären Staatsfinanzierung oder gegen das Umgehungsverbot aus Art. 123 Abs. 1 AEUV verstoßen würden.<sup>100</sup> Dabei ging er auf zahlreiche Bedenken BVerfG gar nicht erst ein,<sup>101</sup> und auch nicht auf dessen provokante Andeutung, eine Kontrollkompetenz nach der bundesverfassungsgerichtlichen Ultra-vires-Doktrin zu besitzen.<sup>102</sup> Anstatt nun aber das Urteil des EuGH selbst zum Ultra-vires-Akt zu erklären, was eigentlich die konsequente Antwort des BVerfG hätte sein müssen, wenn man bedenkt, dass das BVerfG bzgl. der OMT-Beschlüsse im Vorlagebeschluss bereits eine Ultra-vires-Feststellung getroffen und zugleich eine Verletzung des Demokratiekerne der Verfassung geltend gemacht hat, stellte das BVerfG in der Folge nur fest, dass sich die Deutsche

<sup>90</sup> BVerfG NVwZ 2014, 501 (OMT-Beschlüsse), m. krit. Anm. Gött, EuR 2014, 514; Mayer, EuR 2014, 473.

<sup>91</sup> BVerfG NJW 1993, 3047 (3052 – Maastricht-Urteil); vert. Mayer, EuR 2014, 473 (480); Gött, EuR 2014, 514 (516).

<sup>92</sup> Herausfordernd deswegen, weil die Begründung des Beschlusses dem EuGH gleichsam vorgibt, wie zu entscheiden ist, damit die vom BVerfG ins Feld geführte Verfassungsidentität gewahrt bleibt, also keine echte Frage stellt; Mayer, EuR 2014, 473 (483); Ludwig, NVwZ 2015, 537 (540).

<sup>93</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981.

<sup>94</sup> BVerfG NJW 2010, 3422 (3424); Calliess, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 24 Abs. 1 Rn. 139; Gött, EuR 2014, 514 (517).

<sup>95</sup> BVerfG NJW 2010, 3422 (3425); Calliess (Fn. 94), Art. 24 Abs. 1 Rn. 139.

<sup>96</sup> Abweichende Meinung des Verfassungsrichters Gerhard in BVerfG NJW 2014, 907 (919, Rn. 16 f. – OMT-Beschlüsse); Ludwig, NVwZ 2015, 537 (539, 540); Mayer, EuR 2014, 473 (504).

<sup>97</sup> Zu den Hintergründen dieser in sich widersprüchlichen Strategie siehe Mayer, EuR 2014, 473 (478 f.).

<sup>98</sup> Dazu Mayer, EuR 2014, 473 (482 ff.); Herrmann/Dornacher, EuZW 2015, 579 (582).

<sup>99</sup> Zu den Zweifeln an der Zulässigkeit einer Vorlage unter Art. 267 AEUV, wenn es dem vorlegenden Gericht eigentlich nur darum geht, einen eigenen Letztentscheidungsanspruch geltend zu machen Mayer, EuR 2014, 473 (483 f.).

<sup>100</sup> EuGH NJW 2015, 2013 (Gauweiler); m. Anm. Klement, JZ 2015, 754; Herrmann/Dornacher, EuZW 2015, 579.

<sup>101</sup> Zu den Sachargumenten des BVerfG, mit denen sich der EuGH nicht oder nicht hinreichend auseinandersetzt siehe Klement, JZ 2015, 754 (759 f.).

<sup>102</sup> Herrmann/Dornacher, EuZW 2015, 579 (582).

Bundesbank an einer künftigen Durchführung des OMT-Programms doch beteiligen dürfte, wenn und soweit die vom EuGH aufgestellten (Verhältnismäßigkeits-)Maßgaben für dieses Programm erfüllt sind.<sup>103</sup> Das Urteil des EuGH wird also trotz der früheren Drohgebärden als bindend akzeptiert.<sup>104</sup> Allerdings lässt sich das BVerfG zugleich nicht nehmen, noch einmal über mehrere Seiten hinweg ausführlich zu erklären, wie es selbst das Kooperationsverhältnis mit dem EuGH in der Europäischen Rechtsgemeinschaft versteht und dass es an der eigenen Befugnis zur Identitätskontrolle und einer (davon abzugrenzenden) Ultra-vires-Kontrolle festhält.<sup>105</sup>

Die nächste „Identitätskontrolle“, die das BVerfG ankündigte, betraf eine Auslieferung aufgrund eines europäischen Haftbefehls („EuHB“), also einen Sachverhalt, bei dem nationale Gerichte EU-Sekundärrecht – genauer die Bestimmungen des Europäischen Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl 2002/583/EU<sup>106</sup> – anzuwenden hatten, so dass – ähnlich wie im Fall Melloni – die Verdrängung identitätsbestimmender nationaler Grundrechtsstandards aufgrund Bindung an den Anwendungsvorrang des EU-Sekundärrechts im Raum stand. Zu diesem Zeitpunkt warteten die nationalen Gerichte zudem sehnlichst auf Klärung der mit den Urteilen Melloni und Radu aufgeworfenen Frage, ob der Anwendungsvorrang des EU-Rechts, konkret der Anwendungsvorrang des EU-Rahmenbeschlusses über den EuHB, dazu führen konnte, dass § 73 S. 2 IRG unanwendbar wird, also die Norm, die für Auslieferung im EU-Raum ein Auslieferungsverbot bei Beeinträchtigung des europäischen ordre public vorsieht.<sup>107</sup> Wenn ja, so würde dies bedeuten, dass die Gerichte Personen aufgrund eines EuHB selbst dann ausliefern müssten, wenn nicht garantiert werden kann, dass diesen Personen im Ausstellerstaat des EuHB die Mindestbedingungen von Fairness und menschenwürdiger Behandlung zuteilwerden, die für die deutsche Verfassungsordnung nach Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG identitätsrelevant sind.

Das BVerfG lieferte die Antwort: § 73 S. 2 IRG bleibt anwendbar.<sup>108</sup> Der europäische Ordre-public-Vorbehalt gilt

auch im Fall der richterlichen Umsetzung von Unionsrecht, selbst wenn damit die effektive Umsetzung dieses Unionsrechts eingeschränkt oder gar unmöglich gemacht werden sollte. Den europäischen ordre public zu wahren, so das BVerfG, sei sogar unionsrechtliche Pflicht.<sup>109</sup>

Das Ganze hatte allerdings einen Schönheitsfehler: Der dem BVerfG vorliegende Fall eignete sich gar nicht dazu, eine so grundlegende Entscheidung unter Berufung auf den Identitätskern der deutschen Verfassung zu treffen. Tatsächlich hätte es genügt festzustellen, dass das OLG Düsseldorf, um dessen Auslieferungsbewilligung es ging, bei seiner Auslieferungsentscheidung, d.h. beim Ausfüllen der durch das Unionsrecht eingeräumten Beurteilungsspielräume, Grundrechte missachtet hatte. Eine Identitätsbedrohung durch Unionsrecht lag gar nicht vor. Es gab nur ein nationales Urteil, das Grundrechte ignorierte bzw. das § 83 Nr. 3 IRG a.F. (= § 83 Abs. 4 IRG n.F.) fehlerhaft anwendete.<sup>110</sup>

Zum Ausgangspunkt: In Melloni und Radu hatte der EuGH mit großer Deutlichkeit zum EuHB entschieden, dass die Vollstreckung eines EuHB ausschließlich wegen der in Art. 3, 4 oder 4a des Rahmenbeschlusses zum EuHB genannten Gründe abgelehnt werden darf bzw. dass die Ausführung eines EuHB nur unter die von Art. 5 des Rahmenbeschlusses vorgegebenen Bedingungen gestellt werden darf. Weitergehende Ausschlussgründe oder Ausführungsbedingungen, egal ob durch nationales Verfassungsrecht begründet oder durch europäische Menschenrechtsstandards, die der Rahmenbeschluss nicht anerkennt, wurden damit inzident für unzulässig erklärt. Daraus schloss man in der Folge, dass der EuGH § 73 S. 2 IRG de facto die europarechtliche Legalität entzogen habe.<sup>111</sup>

Konkret ging es im Verfahren des BVerfG um eine Auslieferung nach Italien. Der Beschwerdeführer sollte auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils ausgeliefert werden, obwohl er glaubhaft vortrug, in Abwesenheit und ohne seine Kenntnis verurteilt worden zu sein, und dass es nach aktueller Gesetzeslage in Italien nicht gesichert sei, dass er im Anschluss an seine Überstellung ein neues Verfahren würde beantragen

<sup>103</sup> BVerfG NJW 2016, 2473 (2483, Rn. 174 ff. – Verfassungsmäßigkeit des OMT-Programms).

<sup>104</sup> BVerfG NJW 2016, 2473 (2483 ff., Rn. 176 ff. – Verfassungsmäßigkeit des OMT-Programms).

<sup>105</sup> BVerfG NJW 2016, 2473 (2477 ff., Rn. 136 ff. – Verfassungsmäßigkeit des OMT-Programms); „lehrbuchhaft“ *Ruffert*, JuS 2016, 756 (759).

<sup>106</sup> In der konsolidierten Fassung nach der Änderung durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26.2.2009, ABl. EU L 81/24 vom 27.3.2009.

<sup>107</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (420); *Brodowski*, HRRS 2013, 54; *Vogel*, in: Grützer/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Kommentar, 2007, § 73 IRG Rn. 138; *Satzger*, NStZ 2016, 514 (515); implizit auch *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1280).

<sup>108</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (416, Rn. 83 – Italienischer Haftbefehl): „Diese Vorgaben [des EuHB] entbinden deutsche Behörden und Gerichte jedoch nicht von der Verpflichtung,

auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls die Grundsätze des Art. 1 Abs. 1 GG sicherzustellen (Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) [...]. Insoweit wird der den europäischen Auslieferungsverkehr beherrschende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens durch die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG begrenzt.“

<sup>109</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (417 f., Rn. 85, 91–94 – Italienischer Haftbefehl); *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518); krit. zur Behauptung einer europarechtlichen Pflicht *Brodowski*, JR 2016, 415 (422 f.).

<sup>110</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (421, 422); *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (279, 282 f.); *ders.*, HRRS 2016, 552 (553 f.); *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423).

<sup>111</sup> *Brodowski*, HRRS 2013, 54 (56); *Ambos/Poschadel*, in: *Ambos/König/Rackow* (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 2015, Kap. 1 Rn. 70 ff.; *Satzger*, NStZ 2016, 514 (517 f.).

können. Nun lässt der Rahmenbeschluss über den EuHB in Art. 4a Abs. 1 lit. d i) den Mitgliedstaaten die Freiheit, die Vollstreckung eines EuBH zu verweigern, wenn der Betroffene in Abwesenheit verurteilt wurde (ohne davon zu wissen) und es nicht gesichert ist, dass er nach seiner Auslieferung von einem „Recht auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder auf ein Berufungsverfahren in Kenntnis gesetzt werden wird, an dem die Person teilnehmen kann und bei dem der Sachverhalt, einschließlich neuer Beweismittel, erneut geprüft werden und die ursprünglich ergangene Entscheidung aufgehoben werden kann“. Der deutsche Gesetzgeber hat diese europäische Vorgabe in § 83 Abs. 4 IRG n.F. (= § 83 Nr. 3 IRG a.F.) so umgesetzt, dass eine Auslieferung dann, wenn eine neue umfassende Verhandlung nicht garantiert ist, unzulässig ist.<sup>112</sup> Die Ausführung des Haftbefehls also abgelehnt werden „muss“ (nicht nur „kann“). Für das OLG Düsseldorf kam es insoweit eigentlich nur darauf an zu klären, ob der Betroffene nach seiner Auslieferung in Italien auf jeden Fall eine neue Verhandlung mit umfassender Beweisaufnahme einfordern würde können. Doch anstatt von den italienischen Strafverfolgungsbehörden konkrete Garantien zu fordern, gab sich das OLG mit vagen Angaben der Generalstaatsanwaltschaft Florenz zufrieden, wonach ein Verfahren mit erneuter Beweisaufnahme jedenfalls nicht ausgeschlossen erschien, sofern der Beschwerdeführer über den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Art. 175 CPP eine Wiedereinsetzung in die Rechtsmittel- oder Einspruchsfristen erreichen könnte.<sup>113</sup> Was das OLG Düsseldorf dann tat, war gemessen an § 83 Nr. 3 IRG a.F. schlicht rechtsfehlerhaft. Es gab sich mit den vagen Angaben zufrieden und räumte der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und der justiziellen Zusammenarbeit in der EU generell den Vorrang vor den menschenrechtlichen Gefahren für den Betroffenen ein.<sup>114</sup> Das aber hätte der Rahmenbeschluss über den EuHB gar nicht verlangt. Der Rahmenbeschluss belässt den Mitgliedstaaten die Option, im Fall eines Abwesenheitsurteils eine Auslieferung unter die Bedingung einer erneuten Verhandlung in der Sache mit vollständiger Beweisaufnahme zu stellen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Option in § 83 Nr. 3 IRG a.F. (bzw. § 83 Abs. 4 IRG n.F.) mit Blick auf sein Verständnis von einem fairen Verfahren zur Pflicht erklärt. Kurzum: Eine Auslieferung darf bei einer Abwesenheitsverurteilung, die ohne Wissen des Betroffenen erging, nur bewilligt werden, wenn sicher feststeht, dass eine neue vollständige Beweisverhandlung eingefordert werden kann. Indem das OLG Düsseldorf die vagen Angaben der italienischen Generalstaatsanwaltschaft zur Möglichkeit einer Wiedereinsetzung als Garantie für eine neue Verhandlung genügen ließ, verletzte es § 83 Nr. 3 IRG a.F. (heute

§ 83 Abs. 4 IRG)<sup>115</sup> und missachtete implizit die gemäß Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG im Auslieferungsverfahren zu gewährleistenden justiziellen Fairnessgarantien.<sup>116</sup> Damit lag eigentlich ein Normalfall einer Verfassungsbeschwerde gegen eine (in grundrechtsrelevanter Form fehlerhafte) Gerichtsentscheidung vor und kein Sachverhalt, der zu einer Identitätskontrolle taugte. Hier kollidierte kein europäisches (Sekundär-)Recht mit deutschem Recht. Das europäische Recht gebot keine Auslieferung, was mit § 83 Nr. 3 IRG a.F. vereinbar war, der unter den festgestellten Umständen die Auslieferung verbot.<sup>117</sup> Damit mussten hier keine deutschen Rechtsgarantien anderslautenden Bestimmungen des europäischen Sekundärrechts weichen, und vor allem wurden keine für die Verfassungsidentität relevanten Justizgrundrechte durch vorrangig anwendbare Bestimmungen des Unionsrechts verdrängt.<sup>118</sup> Dass das BVerfG dennoch die Chance nutzte, anlässlich des Sachverhalts ein Identitätskontrollverfahren einzuleiten, erntete viel Kritik.<sup>119</sup> Diese setzt an folgenden Punkten an:

aa) Grundrechtsverstöße im Rechtshilfeverfahren scheinen dort, wo Unionsrecht im Hintergrund steht, nun generalisiert nach dem (reduzierten) Schutzmaßstab der Identitätskontrolle überprüft zu werden, was für den Beschwerdeführer zugleich bedeutet, dass seine Verfassungsbeschwerde nur mit den besonderen Darlegungs- und Begründungsanforderungen einer Identitätsrüge zulässig ist.<sup>120</sup> Er kann nicht einfach nur den Grundrechtsverstoß in der Anwendung der deutschen Normen des Rechtshilfeverfahrens darlegen, sondern muss, wenn der Sachverhalt Berührung mit EU-Rechtshilfeinstrumenten aufweist, zusätzlich dartun, dass auch der Identitätskern der Verfassung bedroht ist, so wie er sich aus Art. 79 Abs. 3 GG (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) und zentralen Vorgaben des Prinzips der Achtung der Menschenwürde und daraus abgeleiteter grundlegender Verfahrensprinzipien nach Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG definiert. Zu rügen ist die Verletzung eines unabdingbaren Maßes an Grundrechtsschutz, basierend auf einer substantiierten Darlegung, dass im konkreten Fall die Würde des Menschen tatsächlich beeinträchtigt wird.<sup>121</sup> Das BVerfG hat so durch die Verknüpfung der Grundrechtsprüfung mit einer Identitätskontrolle die Rügeanforderungen

<sup>115</sup> *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (279).

<sup>116</sup> *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423).

<sup>117</sup> *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423); *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518).

<sup>118</sup> *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (283); *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423).

<sup>119</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (421 ff.); *Kühne*, StV 2016, 299 (302); *F. Meyer*, NJECL 2016, 277; *ders.*, HRRS 2016, 552; *Satzger*, NStZ 2016, 514 (519); *Schönberger*, JZ 2016, 422; Übersicht bei *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 10 Rn. 158, Fn. 883.

<sup>120</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (424); als „fundamentale tektonische Verschiebung mit weitreichenden Konsequenzen“ wird das Vorgehen des BVerfG bezeichnet bei *F. Meyer*, HRRS 2016, 552 (554, 556 ff.).

<sup>121</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 = JZ 2016, 410 (411, Rn. 36).

<sup>112</sup> *F. Meyer*, in: *Ambos/König/Rackow* (Fn. 111), 2015, Kap. 2 Rn. 912 f.

<sup>113</sup> BVerfG JZ 2016, 410 f. (Italienischer Haftbefehl); krit. *Satzger*, NStZ 2016, 514 (519 ff.).

<sup>114</sup> Das Gericht muss die volle richterliche Überzeugung gewinnen, dass auf Antrag des Betroffenen ein neues Verfahren mit hinreichenden Teilnahmerechten zugestanden wird; *F. Meyer* (Fn. 112), Kap. 2 Rn. 913.

im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde erheblich verschärft und zugleich den Schutzstandard für den Betroffenen abgesenkt.<sup>122</sup> Das ist ein hoch ambivalentes Vorgehen, durch das es dem BVerfG zum einen gelingt, entschlossen zum Ausdruck zu bringen, dass es sich weiter eine Kompetenz zur Ultra-vires- und Identitätskontrolle auf Basis von Art. 4 Abs. 2 AEUV zuschreibt (die der EuGH so nie bestätigt hat), und gleichzeitig wirkt die Verschärfung der Rügeanforderungen europarechtsfreundlich, weil die grundrechtliche Überprüfung des Rechtshilfeakts auf das beschränkt wird, was das BVerfG für den Maßstab eines europäischen ordre public nach Art. 6 EUV hält, gelesen i.V.m. den Vorgaben von EMRK und GRC.<sup>123</sup> Das BVerfG fordert mehr europäischen Grundrechtsschutz und liefert zugleich weniger eigenen Grundrechtsschutz; diesen aber dann mit mehr Kampfgeist.<sup>124</sup>

bb) Deutliche Kritik wurde weiterhin daran geübt, wie das BVerfG den Bezug zur Verfassungsidentität nach Art. 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 3 und Art. 79 Abs. 3 GG begründet. Das BVerfG entwickelt mit hohem Begründungsaufwand, dass die Ermittlung des wahren Sachverhalts bzw. eine Verurteilung aufgrund eines Sachverhalts, der in streitiger, die Teilhaberechte des Betroffenen während der Verhandlung festgestellt wurde, konstituierend für das Schuldprinzip ist. Letzteres wiederum ist Ausfluss der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG, so dass eine Auslieferung aufgrund eines (in Unkenntnis des Betroffenen ergangenen) Abwesenheitsurteils ohne Garantie eines neuen Verfahrens die „nach dem Grundgesetz unabdingbaren und von der Garantie der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 2 GG umfassten Verteidigungsrechte“ verletze.<sup>125</sup> Kritisiert wird hier vor allem, dass das Schuldprinzip mit prozessualen Gewährleistungsinhalten „aufgebläht“ und zugleich „ausgefranst“ und seinem eigentlichen Kerngehalt entfremdet wird.<sup>126</sup> Das BVerfG setze die Tendenz fort, die Schutzgehalte der Grundrechte aus Art. 2 bis 19 GG in Art. 1 GG hineinzulesen. Diese „Hochzonung“ einfacher Grundrechtsfragen zum Menschenwürdeproblem verdränge die vorhandene ausdifferenzierte Grundrechtsrechtsprechung zum Auslieferungsrecht.<sup>127</sup> Nicht ausgeschlossen sei zudem, dass der Trend zum Verdrängen ausdifferenzierter Grundrechtsdogmatik auf andere Rechtsbereiche übergreift. Erwartet wird daher, dass die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 1 Abs. 1 GG im innerstaatlichen Bezug un-

vorhersehbarer, sprunghafter wird.<sup>128</sup> Für das Strafrecht wird konkret befürchtet, dass mit einem derart überhöhten Schuldgrundsatz die Bedeutung der schuldangemessenen Strafe verabsolutiert und durch die Betonung, Kriminalstrafe sei „sozial-ethisches Unwerturteil“, diejenigen, die eine Strafe trifft, zusätzlich stigmatisiert werden.<sup>129</sup> Für die Praxis der Auslieferung aufgrund eines EuHB stellt sich zudem die Frage, ob Auslieferungen nun nicht generell verweigert werden müssten, wenn die Menschenwürde des Betroffenen im Aufnahmestaat in irgendeiner Form beeinträchtigt werden könnte, z.B. weil dort andere Verfahrens- oder Sanktionierungsmaßstäbe gelten.<sup>130</sup> Wenn sich solche Probleme ergeben, so werden die mit Auslieferungen befassten Gerichte in Zukunft auch immer zu entscheiden haben, ob im Aufnahmestaat „nur“ eine „normale“ Grundrechtsverletzung droht oder ob durch das Risiko der Rechtsverletzung „schon“ der Anwendungsbereich der Menschenwürde berührt ist. Auch befinden sie sich in der Zwickmühle entscheiden zu müssen, ob zur Klärung dieser Frage das BVerfG oder der EuGH über Art. 267 Abs. 3 AEUV bemüht wird.<sup>131</sup>

Das BVerfG hat diese zweite Frage zwischenzeitlich so beantwortet, dass es den Fachgerichten aufgetragen hat, erst einmal den EuGH zum europäischen Grundrechtsstandard zu befragen, bevor das BVerfG angerufen wird.<sup>132</sup> Dies gilt zumindest, solange der Schutzzumfang der Unionsgrundrechte der GRC in ihrer spezifischen Auslegung durch den EuGH noch unklar ist.<sup>133</sup>

All diese Folgekosten hätten für die konkrete Fallentscheidung, wie dargelegt, gar nicht eingegangen werden müssen, denn auch der Rahmenbeschluss über den EuHB gebietet keine Auslieferung, wenn das Risiko besteht, dass im Ausstellerstaat essentielle Verfahrensgarantien missachtet werden. Art. 1 Abs. 3 und der 12. Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses fordern vielmehr, die Grundrechte zu beachten, wie sie sich aus den in Art. 6 EUV anerkannten Grundsätzen und aus der GRC, v.a. aus den Justizgrundrechten der Art. 47 ff. GRC ergeben.<sup>134</sup> Hieran anknüpfend legt das BVerfG im Urteil in einer Aufzählung von Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK dar, welche Teilhaberechte zu den anerkannten Mindestfairnessgarantien aus Art. 6 EMRK zählen und damit auch über Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC das Mindestschutzniveau an justizieller Teilhabe nach Art. 47 GRC und damit auch den Schutzstandard eines europäischen ordre public nach Art. 6 Abs. 3 EUV definieren.<sup>135</sup> Aus dieser

<sup>122</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (424).

<sup>123</sup> *Kühne*, StV 2016, 299 (300).

<sup>124</sup> Diese Ambivalenz macht in der Folge auch die Einordnung der Entscheidung schwierig. Verfassungsrechtler sehen hierin das „Ende der Solange-Rechtsprechung“, während andere eine „Solange-III“-Entscheidung noch nicht erkennen können; vgl. *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (428); a.A. *Satzger*, NSTZ 2016, 514 (519); *Schönberger*, JZ 2016, 422 (424): „Es geht hier allein um judikative Kommunikationspolitik“.

<sup>125</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (411, Rn. 34; 413 f., Rn. 53 ff. – Italienischer Haftbefehl).

<sup>126</sup> *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (427 f.); *Brodowski*, JR 2016, 415 (423 f., 427); *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (281).

<sup>127</sup> *Schönberger*, JZ 2016, 422 (424).

<sup>128</sup> *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (427 f.).

<sup>129</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (427 f.).

<sup>130</sup> *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (427); *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1137); Beispiele bei *F. Meyer*, NJECL 2016, 277 (293); *ders.*, HRRS 2016, 552 (557 f.); *Satzger*, NSTZ 2016, 514 (522).

<sup>131</sup> *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1137).

<sup>132</sup> BVerfG NJW 2018, 686 (Rn. 37 ff.).

<sup>133</sup> BVerfG NJW 2018, 686 (688, Rn. 48 f.).

<sup>134</sup> Vgl. BVerfG JZ 2016, 410 (418, Rn. 93 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>135</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (418 f., Rn. 96 ff. – Italienischer Haftbefehl).

Rechtsprechungsübersicht ergibt sich für das BVerfG, dass „die unionsrechtlichen Anforderungen an die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nicht hinter denjenigen zurück[-bleiben], die das Grundgesetz als von Art. 1 Abs. 1 GG gebotene Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten enthält.“<sup>136</sup> Deswegen könne es im konkreten Fall auch offen bleiben, inwieweit bei der Auslegung des Rahmenbeschlusses zusätzlich noch auf Art. 4 Abs. 2 EUV zurückzugreifen ist mit dem Gebot der Berücksichtigung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten.<sup>137</sup> Die Grundrechte missachtet hatten also weder der europäische Gesetzgeber noch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den EuHB im IRG, sondern allein das OLG Düsseldorf, das den Sachverhalt bezüglich der möglichen Rechtsbehelfe des Betroffenen nicht ausreichend aufgeklärt hatte.<sup>138</sup> Im Ergebnis erweist sich der Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015 als reine Drohgebärde, ohne dass eine echte Konfrontation mit dem EuGH gesucht wird.<sup>139</sup> Nur die Art und Weise, wie das BVerfG für sich in Anspruch nimmt, eigene Identitätskontrollbefugnisse aus Art. 4 Abs. 2 EUV heraus- und das Grundrechtsschutzniveau aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK in die Normen des Rahmenbeschlusses über den EuHB hineinzulesen, könnten einen Konflikt mit dem EuGH begründen. Diesen aber vermeidet das BVerfG durch einen Rückgriff auf die „acte-clair“-Doktrin. Die richtige Anwendung des Unionsrechts sei hier derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts (und damit für eine Vorlage zum EuGH) kein Raum bleibe.<sup>140</sup>

#### 4. Die Früchte des Dialogs – die EuGH-Urteile in *Aranyosi*, *Taricco* und *M.A.S* und *M.B.*

Die (für den EuGH ungefährliche) Konfrontationsstrategie des BVerfG war jedenfalls insoweit erfolgreich, als der EuGH in den Folgeurteilen Wert darauf legte, in Auslieferungsfragen mehr Rücksicht auf innereuropäische Grundrechtsschutzstandards zu nehmen.

##### a) Zum EuGH-Urteil *Aranyosi* und *Căldăraru*

Im Urteil *Aranyosi* und *Căldăraru* stellte er z.B. fest, dass die Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls nicht zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung des Betroffenen in der Haft im Aufnahmestaat führen darf.<sup>141</sup> Bestehe eine echte Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung aufgrund der Haftbedingungen im Aufnah-

mestaat, so sei es nach Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 GRC und Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses über den EuHB geboten, eine Auslieferung zu unterlassen.<sup>142</sup> Unter „außergewöhnlichen Umständen“ seien Beschränkungen der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten möglich, vor allem, wenn die Verletzung eines Grundrechts droht, das „eng mit der Achtung der Würde des Menschen verbunden“ und „absolut“ gewährleistet ist, wie eben das Recht aus Art. 4 GRC.<sup>143</sup> Eine echte Kehrtwende in dem Sinne, dass der EuGH allgemein einen europäischen *ordre public* als Grenze der Auslieferungsverpflichtung anerkennen würde, der jenseits der im Rahmenbeschluss über den EuHB aufgezählten Gründe Auslieferungen verbieten kann, vollzog der EuGH in *Aranyosi* und *Căldăraru* nicht. Er beschrieb die im Rahmenbeschluss aufgezählten Ablehnungsgründe weiterhin als grundsätzlich abschließend.<sup>144</sup> Das Urteil gibt also auch § 73 S. 2 IRG keine europäische Legitimation und lässt offen, ob bei anderen (menschenwürdebezogenen) Grundrechtsverletzungen ebenfalls Ausnahmen vom Vollstreckungszwang anerkannt werden könnten.<sup>145</sup> Dennoch zeigt der EuGH hier den guten Willen, einen Schritt auf das BVerfG zuzugehen und seine Sorge um die Wahrung der Menschenwürde im Rechtshilfeverfahren bei Umsetzung von Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung zu besänftigen.<sup>146</sup>

##### b) Die EuGH-Urteile *Taricco et al.* und *M.A.S.* und *M.B.*

Im Urteil *M.A.S.* und *M.B.* hat sich der EuGH ferner bereit gezeigt, den Anwendungsvorrang des Europarechts zurückzunehmen, wenn (substantiiert) vorgebracht wird, dass durch Verdrängung der nationalen Regeln ein Kerngrundsatz der nationalen Verfassungsordnung verletzt würde.<sup>147</sup> Dabei gesteht der EuGH den nationalen Verfassungsgerichten aber weiterhin nicht die Kompetenz zu, den Kern der nationalen Identität, die er nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu berücksichtigen hätte, selbst zu definieren. Das Urteil *M.A.S.* und *M.B.* ist insoweit zwar Ausdruck von Dialogbereitschaft des EuGH, aber nicht mehr.<sup>148</sup> Gleichzeitig ist es in systematischer Hinsicht so konfus, dass in der Folge ein Streit um die Grenzen des Prinzips des Anwendungsvorrangs entbrannt ist.

Ausgangspunkt des Urteils *M.A.S.* und *M.B.* war das zwei Jahre zuvor ergangene EuGH-Urteil in *Taricco et al.*<sup>149</sup>

<sup>136</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419, Rn. 106 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>137</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419, Rn. 106 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>138</sup> Zu den Aufklärungsanforderungen BVerfG JZ 2016, 410 (414 f., Rn. 63 ff.; 419 f., Rn. 109 – Italienischer Haftbefehl).

<sup>139</sup> *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518).

<sup>140</sup> BVerfG JZ 2016, 410 (419 f., Rn. 109 – Italienischer Haftbefehl); krit. *Satzger*, NStZ 2016, 514 (519).

<sup>141</sup> EuGH NJW 2016, 1709 (*Aranyosi* und *Căldăraru*) m. Anm. *Böhm*.

<sup>142</sup> EuGH NJW 2016, 1709 (1712, Rn. 88 – *Aranyosi* und *Căldăraru*); zum Gefahrenbegriff des EuGH *Satzger*, NStZ 2016, 514 (520).

<sup>143</sup> EuGH NJW 2016, 1709 (1712, Rn. 82, 85 f. – *Aranyosi* und *Căldăraru*).

<sup>144</sup> *Böhm*, NJW 2016, 1713 (1714), zu EuGH NJW 2016, 1709 (1711, Rn. 80 – *Aranyosi* und *Căldăraru*).

<sup>145</sup> *Brodowski*, JR 2016, 415 (431).

<sup>146</sup> So *Satzger*, NStZ 2016, 514 (521).

<sup>147</sup> EuGH NJW 2018, 217 (219, Rn. 46 f. – *M.A.S.* und *M.B.*) m. Anm. *Pilz*, JZ 2018, 300, m. krit. Anm. *F. Meyer*.

<sup>148</sup> Diese Dialogbereitschaft betont der EuGH NJW 2018, 217 (218, Rn. 22 ff. – *M.A.S.* und *M.B.*).

<sup>149</sup> EuGH StV 2017, 65 (*Taricco*) m. im Erg. zust. Anm. *Kubiciel*; krit. *Bülte*, NZWiSt 2015, 396; *Wegener*, wistra,

Das Tribunale di Cuneo hatte den EuGH darin gleichsam um Hilfe gebeten,<sup>150</sup> einen Weg zu finden, die viel zu knapp berechneten Verjährungsregeln des italienischen Strafrechts unangewendet zu lassen, um den Abschluss eines sehr komplexen Strafverfahrens wegen schweren Mehrwertsteuerbetrugs zu ermöglichen.<sup>151</sup> Das italienische StGB sah für schwere und organisierte Mehrwertsteuerbetrügereien nur eine relativ kurze Verjährungsfrist vor. Problematisch war aber vor allem eine prozessuale Regelung, die festlegte, dass selbst im Fall der Unterbrechung der Verjährung durch ein Strafverfahren die Verjährungsfrist lediglich um ein Viertel der ursprünglichen Dauer verlängert werden dürfe. Das reichte oft nicht aus und infolge dieser Regeln blieben viele schwere Mehrwertsteuerstraftaten de facto straffrei.<sup>152</sup> Für die EU war dieser Zustand natürlich besonders misslich, da die Mehrwertsteuereinnahmen zu den Eigenmitteln der EU zählen. Es verwundert also wenig, dass der EuGH auf Anrufung des Tribunale di Cuneo hin diesem „half“, das Strafverfahren zum Abschluss zu bringen. Das Unionsrecht, so der EuGH, gebiete es, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten bestimmte Vorschriften ihres innerstaatlichen Rechts zur Verjährung von Straftaten unangewendet lassen, wenn es nur so möglich ist, eine wirksame Ahndung von Steuerdelikten sicherzustellen.<sup>153</sup> Abgeleitet wurde diese Verpflichtung aus Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten die Pflicht haben, rechtswidrige Handlungen, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, mit abschreckenden und wirksamen Maßnahmen zu bekämpfen. Sollten nationale Verjährungsregeln dafür sorgen, dass die Mitgliedstaaten dieser „Ergebnispflicht“ nicht genügen, so hätten die Bestimmungen aus Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV unmittelbar Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht. Entgegenstehende nationale Regeln würden ohne Weiteres unanwendbar.<sup>154</sup> Einzige Ausnahme: Wenn eine Verjährung schon eingetreten ist, sei mit Blick auf die Gebote von Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 49 GRC) jede weitere Strafverfolgung unzulässig.<sup>155</sup>

Wegen der allbekannten systemischen Mängel der italienischen Justiz hat das Urteil Taricco im Ergebnis durchaus Zustimmung erfahren.<sup>156</sup> Aber in der Begründung ist es an-

greifbar. Zunächst bleibt offen, warum eine Norm wie Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV nationales Recht verdrängen kann. Die dafür in *Costa/E.N.E.L.* entwickelte Kollisionsregel gilt nur für unmittelbar anwendbares Unrechtsrecht, und unmittelbar anwendbar sind nur solche Regeln, die klar und unbedingt sind, die auf einen Sachverhalt unmittelbar, ohne einen weiteren Vollzugsakt eines nationalen oder europäischen Organs anwendbar sind.<sup>157</sup> Unmittelbar anwendbar sind nur solche Normen, die den Mitgliedstaaten keine Ermessensspielräume in der Normumsetzung zugestehen. Aber Art. 325 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV gestehen Ermessensspielräume zu. Art. 325 Abs. 1 AEUV verlangt, dass die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung von Straftaten zulasten der finanziellen Interessen der Union Maßnahmen ergreifen, die „abschreckend sind“ und „effektiven Schutz bewirken“. Was für Maßnahmen dies sind, erklärt der Absatz nicht. Art. 325 Abs. 2 AEUV gebietet, dass die Mitgliedstaaten Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, mit den gleichen Maßnahmen bekämpfen, wie Betrügereien, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten. Nichts hiervon begründet unmittelbar anwendbares Straf- oder Strafverfahrensrecht. Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV können nationales Strafrecht also gar nicht verdrängen.

Für den Dialog um Menschenrechtsstandards in der Union noch viel interessanter sind die Ausführungen des EuGH zum Grundrechtsschutzniveau aus Art. 49 GRC bei nachträglicher Verlängerung einer noch laufenden Verjährungsfrist. Da es in *Taricco* um das Mehrwertsteuersystem ging, spielte sich der Sachverhalt in einem unionsrechtlich determinierten Kontext ab. Auf diese Fälle ist nach der Åkerberg-Fransson-Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC die Grundrechtecharta anzuwenden.<sup>158</sup> Deren Anwendung kann – wie im Urteil *Melloni* erklärt – dazu führen, dass die Grundrechte der GRC nationale Grundrechte, die ein höheres Grundrechtsschutzniveau bieten, verdrängen, soweit dies erforderlich ist, um den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>159</sup> Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts findet aber wiederum dann seine Grenze, wenn die Minimierung des nationalen Schutzniveaus auf den europäischen Mindeststandard der Grundrechtecharta zu einer Beeinträchtigung dessen führt, was als nationaler Identitätskern der mitgliedstaatlichen Verfassung verstanden wird (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV). Der Fall *Taricco* betraf also genau die Fallkonstellation, die das BVerfG in seinen Verfahren bisher nur künstlich herbeigeredet hatte, um dem EuGH eine Identi-

tuation und die systemischen Mängel in der italienischen Justiz zugeschnitten. Es sei „Ausnahmerecht“.

<sup>157</sup> *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242), unter Verweis auf EuGH NJW 1964, 2371(*Costa/E.N.E.L.*); siehe auch *Viganò*, NJECL 2018, 18 (19); *Weidemann*, wistra 2016, 49 (51); a.A. *Kubiciel*, StV 2017, 69 (70), der meint, es genüge, dass die Ergebnispflicht klar verlangt, dass die Staaten ihr Recht unionskonform auslegen und anwenden. Art. 325 AEUV sei auf jeden Sachverhalt unmittelbar anwendbar.

<sup>158</sup> Ausführlich *F. Meyer*, ZStW 128 (2016), 1089 (1098).

<sup>159</sup> *Bülte*, NZWiSt 2015, 396 (390).

2018, 107; *Gaede*, wistra 2016, 89 (94 f.); *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242 f.); *Weidemann*, wistra 2016, 49 (51).

<sup>150</sup> Vgl. *Kokott*, NZWiSt 2017, 409 (412).

<sup>151</sup> EuGH StV 2017, 65 (66, Rn. 26 – *Taricco*).

<sup>152</sup> Einzelheiten zur Verfahrensrealität in Italien bei *Kubiciel*, StV 2017, 69; *Manacorda*, NJECL 2018, 4 (7 f.); *Gaede*, wistra 2016, 89 (94).

<sup>153</sup> EuGH StV 2017, 65 (68, Rn. 58 – *Taricco*); zuvor bereits Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.4.2015, Rechtssache C-105/14, Rn. 1, 72, 128.

<sup>154</sup> EuGH StV 2017, 65 (67 f., Rn. 50–52, 58 – *Taricco*).

<sup>155</sup> EuGH StV 2017, 65 (68, Rn. 57 – *Taricco*), unter Verweis auf entsprechende Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 EMRK; dazu auch *Hochmayr*, HRRS 2015, 239 (242).

<sup>156</sup> *Kubiciel*, StV 2017, 69 (70), der auch beschwichtigt, die Entscheidungsgründe seien ersichtlich nur auf die Sondersi-

tätskontrolle anzudrohen, ohne dass dies notwendig gewesen wäre.

Weil es um einen italienischen Fall ging, lag es nun am italienischen Corte Costituzionale, eine Verletzung der Verfassungsidentität geltend zu machen und zu begründen, warum die italienischen Gerichte den Anwendungsvorrang des Unionsrechts ignorieren und statt des Unionsrechts die nationalen Verjährungsregeln durchsetzen sollten. Das heißt, der Corte Costituzionale musste die Frage nach den *controlimiti* stellen, und das tat er zwei Jahre später im Vorabentscheidungsverfahren zur Rechtssache M.A.S. und M.B.<sup>160</sup> Auch in M.A.S. und M.B. drohten Straftaten wegen eines schweren Mehrwertsteuerbetrugs nach italienischem Recht zu verjähren, wenn nicht die Verjährungsregeln unter Berufung auf Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV unangewendet blieben. Der italienische Verfassungsgerichtshof trug vor, der vom EuGH in Taricco vorgeschlagenen Weg, Strafgerichte zum Ignorieren von Strafnormen zulasten des Beschuldigten zu verpflichten, sei nicht mit den obersten Grundsätzen der italienischen Verfassung vereinbar, insbesondere nicht mit dem Legalitätsprinzip. Zunächst sind im italienischen Recht Verjährungsregeln im materiellen Strafrecht geregelt. Daher gelten für sie sowohl das Gesetzlichkeitsprinzip als auch der Grundsatz der Bestimmtheit aus Art. 25 der italienischen Verfassung. Der Täter muss vor der Begehung der Tat genau erkennen können, dass die Tat strafbar ist und wie sie strafbar ist. Die Verjährung muss deshalb bereits zum Tatzeitpunkt hinreichend bestimmt im Gesetz geregelt sein.<sup>161</sup> Darüber hinaus merkte der Corte Costituzionale an, dass die Entscheidung, wann eine Verjährungsregel unangewendet bleibt, niemals allein durch ein Gericht getroffen werden dürfe. Die Verjährung festzulegen sei Aufgabe des Gesetzgebers. Es verletze das Prinzip der Gewaltenteilung, diese Aufgabe den Gerichten zu übertragen.<sup>162</sup> Der italienische Verfassungsgerichtshof zweifelte in diesem Zusammenhang auch an, dass der EuGH den Mindestschutzstandard nach Art. 49 GRC richtig festgelegt habe, denn „der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Bestimmtheit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen [sei] Bestandteil der gemeinsamen verfassungsrechtlichen Tradition der Mitgliedstaaten und des Schutzsystems der

EMRK und damit ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts“<sup>163</sup>, also Teil des europäischen *ordre public*.

Auch wenn Verjährungsregeln nicht zwingend materiell-rechtlich geregelt und damit auch nicht zwingend dem Legalitätsgrundsatz unterworfen sein müssen, wird man dem Corte Costituzionale zumindest darin Recht geben, dass die Aufhebung oder Verlängerung von Verjährungsregeln Sache des Gesetzgebers sein sollte. In M.A.S. und M.B. wollte sich der EuGH dazu aber nicht klar bekennen. Er erklärt, dass es zwar in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers sei, europarechtskonforme Verjährungsregeln zu schaffen, jedoch sei es seiner Ansicht nach zugleich auch Sache der nationalen Gerichte, die vorrangigen europäischen Vorgaben gegen die nationale Gesetzeslage durchzusetzen.<sup>164</sup> Man merkt, dass der EuGH weiterhin fest davon überzeugt ist, dass Verjährungsregeln prozessualer Natur sein sollten, womit der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit aus Art. 49 GRC für sie nicht gelten könne, sie also rückwirkend verändert werden dürften.<sup>165</sup> Prinzipiell, so der EuGH, sei es für einen Gesetzgeber zulässig, noch laufende Verjährungsfristen einfach zu verlängern.<sup>166</sup> Der italienische Gesetzgeber habe sich diese Möglichkeit nur zufällig selbst abgeschnitten, indem er als Regelungsort für die Verjährung das materielle Strafrecht regelte (was er bisher auch gedurft habe).

Die weiteren Ausführungen des EuGH geben nun aber Rätsel auf. Der EuGH war ersichtlich bemüht, einen Kompromiss für Italien zu finden, eben weil das italienische Verfassungsgericht die Frage der *controlimiti* aufgeworfen hatte.<sup>167</sup> Zugleich aber wollte der EuGH nicht von seiner Rechtsprechung in Taricco abgehen, insbesondere nicht generell postulieren, dass das Effektivitätsprinzip und der Vorrang des Unionsrechts seine Grenze findet, sobald ein Verfassungsgericht vorträgt, dass seiner Ansicht nach der Kern der nationalen Verfassungsidentität durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts beeinträchtigt wird.<sup>168</sup> Die Kompetenz, die Identitätsgrenzen nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu definieren, sollte nicht allein den Verfassungsgerichten überlassen bleiben. Der EuGH wollte bei der Festlegung des Kernbestands der „nationalen Identität“ Mitspracherecht haben. Generalanwältin Kokott präziserte die in M.A.S. und M.B. zu beantwortenden Frage wie folgt: Zu klären sei 1., „ob der Vorrang des Unionsrechts unbegrenzt gilt und auch sämtliche Verfassungsvorschriften, einschließlich des Kerns und der Identität der Verfassungen der Mitgliedstaaten erfasst“; und 2. ganz konkret für Italien, „ob der Kern der italienischen Verfassung die Einordnung der Verjährung als materiell-rechtliche Bestimmung erfasst und wer das zu beurteilen hat.“ – „Gibt es also einen integrationsfesten Verfassungs-

<sup>160</sup> EuGH JZ 2018, 300 (M.A.S. und M.B.) m. abl. Anm. F. Meyer; zust. Pilz, NJW 2018, 217.

<sup>161</sup> EuGH JZ 2018, 300 (301 – M.A.S. und M.B.); dem italienischen Verfassungsgerichtshof zust. F. Meyer, JZ 2018, 304 (305). Verjährungsregeln müssen nicht materiell-rechtlicher Natur sein. Viele Staaten regeln die Verjährung im Verfahrensrecht. Aber auch wenn dann das Legalitätsprinzip nach Art. 49 GRC für die Verjährung nicht gilt, so gilt doch ein aus dem Fairnessgebot abgeleitetes Bestimmtheitsprinzip nach Art. 47 GRC (i.V.m. der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK); vgl. F. Meyer, ZStW 128 (2016), 1089 (1133, Fn. 182), unter Verweis auf EGMR, Urt. v. 9.1.2013 – Beschwerde Nr. 21722/11, Rn. 137 (Volkov v. Ukraine) = BeckRS 2013, 09628.

<sup>162</sup> EuGH JZ 2018, 300 (301 – M.A.S. und M.B.).

<sup>163</sup> EuGH JZ 2018, 300 (301 – M.A.S. und M.B.).

<sup>164</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 39 f. – M.A.S. und M.B.).

<sup>165</sup> EuGH JZ 2018, 300 (304, Rn. 60 – M.A.S. und M.B.); Viganò, NJECL 2018, 18 (21).

<sup>166</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 42, 45 – M.A.S. und M.B.).

<sup>167</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304.

<sup>168</sup> Pilz, NJW 2018, 221.

kern und kann die Einordnung strafrechtlicher Verjährungsvorschriften dazu gehören?<sup>169</sup>

Der EuGH antwortete diffus. Zunächst gestattete er den italienischen Gerichten, im Einzelfall anhand des Maßstabs des eigenen (also des italienischen) Gesetzlichkeitsprinzips zu entscheiden, ob die Nichtanwendung der Verjährungsvorschriften zu unerträglicher Unsicherheit in der italienischen Rechtsordnung führen und gegen das Gebot der Bestimmtheit von Strafnormen verstoßen würde. Der EuGH gestattete also den Rückgriff auf nationale Grundrechtstandards, obwohl diese ein höheres Schutzniveau bieten als Art. 49 GRC und obwohl dieses höhere Schutzniveau zugleich dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts Grenzen setzt.<sup>170</sup> Das kam so überraschend, dass seither umstritten ist, ob der EuGH eine generelle Ausnahme zur Rechtsprechung Melloni und zum Grundsatz des Anwendungsvorrangs kreiert hat; wenn auch nur für den Fall, dass Identitätsbelange geltend gemacht werden?<sup>171</sup> Dabei vertritt aber wohl die Mehrheit der Kommentatoren die Ansicht, dass der EuGH die Identitätsbelange der italienischen Rechtsordnung nur zum Anlass genommen hat, seine Rechtsprechung zum Schutzniveau der GRC zu präzisieren. Er hat „den Widerstreit“ zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht „auf die Ebene des Unionsrechts“ gehoben und „eine Abwägung zwischen der effektiven Umsetzung des Art. 325 AEUV und dem sowohl in Art. 49 GRC als auch in den nationalen Verfassungen niedergelegten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen“ vorgenommen.<sup>172</sup> Oder anders ausgedrückt: Der EuGH hat das Schutzniveau aus Art. 49 Abs. 1 GRC für den Einzelfall angehoben, eben mit Blick auf das, was der Corte Costituzionale als identitätsstiftenden Gewährleistungsinhalt des Legalitätsprinzips deklariert hat.<sup>173</sup> Dadurch gelingt es dem EuGH, eine Kollision der Rechtsordnungen zu vermeiden. Er kommt dem Corte Costituzionale entgegen, ohne dafür den Vorrang des Unionsrechts in Frage stellen zu müssen. Der Vorrang des Unionsrechts wird weiterhin nur durch die europäischen Grundrechte begrenzt, wie sie in der GRC und Art. 6 Abs. 3 EUV niedergelegt sind. Eine generelle Identitätsausnahme wird nicht anerkannt, aber das Schutzniveau in Art. 49 GRC einzelfallbezogen flexibilisiert. Es richtet sich nun teilweise akzessorisch nach mitgliedstaatlichem Recht.<sup>174</sup>

Diese Kompromisslösung steht dann aber auch noch unter Vorbehalt. Sie gilt nur, wenn der nationale Gesetzgeber nicht schon früher durch (EU-Sekundärrecht) zur Harmonisierung

verpflichtet war, also dazu, die unionswidrigen nationalen Regelungen unionskonform zu gestalten. Nur solange der nationale Gesetzgeber die Regeln noch frei gestalten und sie mit entsprechenden Grundrechtsschutzgewährleistungen ausstatten durfte, lässt es der EuGH zu, dass der Gewährleistungsgehalt der nationalen (identitätsbestimmenden) Grundrechtsnormen über das Schutzniveau der Rechte der GRC hinausreicht bzw. dass der nationale Gewährleistungsgehalt in der Auslegung der GRC Berücksichtigung finden.<sup>175</sup> Leider fehlt an diesem Punkt jede Begründung dazu, warum der Aspekt, dass der Staat bereits früher zu einer Harmonisierung verpflichtet gewesen wäre, als Differenzierungskriterium für das nach Art. 49 GRC anwendbare Schutzniveau taugt. Lässt sich denn begründen, dass das Mindestschutzniveau je nach Grad des Harmonisierungsstandes in der EU variiert? Widerspricht ein variables Schutzniveau nicht schlicht auch der Idee von Grundrechten?<sup>176</sup>

Klar ist nur, dass es der EuGH mit dieser Konstruktion vermeidet, eine Kollision des Prinzips vom Anwendungsvorrang mit zentralen Grundsätzen der nationalen Verfassungen feststellen und für diesen Kollisionsfall dann verbindliche Regeln formulieren zu müssen.<sup>177</sup> Der EuGH beantwortet die vom Corte Costituzionale aufgeworfene Frage, wer eigentlich (bezogen auf Art. 4 Abs. 2 EUV) bestimmen darf, welche Regelungen zum integrationsfesten Kern einer Verfassung gehören, indem er dem nationalen Gesetzgeber „Aufschub“ gewährt. Der nationale Gesetzgeber darf die Bestimmung unter dem Vorbehalt kontextspezifischer Harmonisierung treffen. Er verliert das Bestimmungsrecht an die EU, sobald er diese Bestimmungen getroffen hat. Sobald in den europäischen Harmonisierungsregelungen bestimmte Regelungsbegriffe verwendet werden, sind diese europarechtlich autonom auszulegen und werden so der nationalen Definitionsmacht entzogen.<sup>178</sup> Im konkreten Fall heißt dies: Die Verjährungsregeln durften nur solange als materiell-rechtliche Strafnormen dem Legalitätsgebot der italienischen Verfassung unterworfen werden, bis die Union Vorgaben zur Harmonisierung der Regelungen über die strafrechtliche Bekämpfung von Betrug zulasten der finanziellen Interessen der Union verabschiedet hatte.<sup>179</sup> Ab Inkrafttreten der RL 2017/1371/EU vom 5.7.2017 sind die Verjährungsregelungen hinsichtlich der Straftaten, auf die sich die Richtlinie bezieht, europarechtlich autonom zu interpretieren. Konkret heißt das, dass Verjährung nun entsprechend dem vom EuGH geprägten europäischen Verjährungsbegriff für diese Delikte

<sup>169</sup> Kokott, NZWiSt 2017, 409 (412); vgl. auch F. Meyer, JZ 2018, 304 (306).

<sup>170</sup> EuGH JZ 2018, 300 (304, Rn. 59, 62 f. – M.A.S. und M.B.); vgl. auch Burchard, EUR 2018, 248 (252 f.); Wegener, wistra, 2018, 107 (108, 109); Pilz, NJW 2018, 221.

<sup>171</sup> Vgl. Burchard, EUR 2018, 248 (255): „Taricco II als Modifizierung der Melloni-Systematik“.

<sup>172</sup> Pilz, NJW 2018, 221; F. Meyer, JZ 2018, 304 (306); krit. Wegener, wistra, 2018, 107 (109); Viganò, NJECL 2018, 18 (21).

<sup>173</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (306).

<sup>174</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (306).

<sup>175</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 44 f. – M.A.S. und M.B.).

<sup>176</sup> Abl. Viganò, NJECL 2018, 18 (22); verständlich ist der Ansatz des EuGH aber, wenn man bedenkt, dass er im Ergebnis gar kein Schutzniveau festlegt, sondern nur „gestattet“, dass italienische Gerichte zeitweise ein höheres Schutzniveau anwenden, indem sie entscheiden, die italienischen Verjährungsregeln beizubehalten.

<sup>177</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (306); Manacorda, NJECL 2018, 4 (7).

<sup>178</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (307); unter Verweis auf Manicano, European Law Review 2018, 69 (73 ff.).

<sup>179</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 44 f. – M.A.S. und M.B.).

als prozessrechtliches Institut einzuordnen ist. Der italienische Gesetzgeber und auch die italienischen Gerichte wären folglich gezwungen, die Einordnung der Verjährung als materiell-rechtliches Institut zu „korrigieren“ und das verfassungsrechtliche Schutzniveau für Verjährungsregeln entsprechend zurückfahren. Dadurch würden sich das nationale und das europäische Schutzniveau zum „Gesetzlichkeitsprinzip“ (Art. 49 GRC) wieder angleichen und es wäre für die nationalen Gerichte einfacher, die Nichtanwendung der (europarechtlich autonom auszulegenden) Verjährungsregeln zu verfügen, soweit diese mit der Pflicht zur effektiven Strafverfolgung aus Art. 325 Abs. 1, 2 AEUV kollidieren (vgl. Taricco).<sup>180</sup> Für dieses „Nichtanwenden“ der nationalen Verjährungsregelungen wäre nicht einmal eine Anpassung des nationalen Gesetzes erforderlich. Die Gerichte wären unmittelbar aus dem Prinzip des Anwendungsvorrangs heraus verpflichtet, die autonom-europarechtliche Einordnung der Verjährung als Prozessrechtsinstitut durchzusetzen.

Frank Meyer hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der EuGH mit dieser Lösung über die europarechtlich-autonome Begriffsbildung eine „nur wenig begrenzte Macht zur Rechtserschöpfung und Gestaltung bis tief in das nationale Recht hinein“ erhält, was vor allem deswegen beängstigt, weil es dem EuGH „an Sensibilität und Verständnis für die besonderen Verhältnisse des Strafrechts gebricht.“<sup>181</sup> Unklar bleibt auch, ab wann ein Begriff aufgrund seiner Verwendung im Unionsrecht zum autonomen Begriff mutiert und welche technischen Regeln dann für seine Interpretation und Fortbildung gelten.<sup>182</sup> Auffallend ist auch, dass der Verjährungsbegriff zum autonom interpretierten prozessrechtlichen Institut mutieren soll, ohne dass die RL 2017/1371/EU vom 5.7.2017 dies explizit anordnet.<sup>183</sup> Es bleibt also wirklich allein der Interpretation des EuGH überlassen, welche Gestalt ein infolge der europarechtlichen Harmonisierung nun autonom auszulegender Begriff am Ende erhält. Dafür benötigt der EuGH offenbar auch keine Vorgaben des europäischen Gesetzgebers, sondern nur, dass der betreffende Begriff in dem harmonisierenden Gesetzgebungsakt vorkommt.<sup>184</sup>

Heißt das nun, dass in Zukunft – im Zuge der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft – auch andere straf- und strafverfahrensrechtliche Institute eine Autonomisierung erfahren werden? – mit der Folge, dass es nationalen Gerichten dann freisteht, diese Institute unter Effektivitätsgesichtspunkten anders auszulegen, als vom nationalen Gesetzgeber geplant, oder dass es ihnen aus Unionsrecht heraus gestattet wird, die nationalen Rechtsinstitute einfach nicht anzuwenden?<sup>185</sup> Lassen sich über Effektivitätsgesichtspunkte denn so einfach Aspekte der Gewaltenteilung aushebeln? Der Corte Costituzionale hat hieran in seiner Vorlageentscheidung zu

Recht Zweifel geäußert. Selbst für Prozessnormen gilt ein (abgeschwächtes) Bestimmtheitsgebot, das aus dem Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK und so auch aus Art. 47 GRC abzuleiten ist.<sup>186</sup> Eine Neuinterpretation straf- und strafverfahrensrechtlicher Institute, vielleicht mit der Folge einer „Nichtanwendung“ dieser Institute, kann nicht so einfach durch neue Begriffsbildung erfolgen. Strafrecht und Strafverfahrensrecht müssen vorhersehbar sein. Das verlangt nach einer Rechtsgestaltung durch formalen Gesetzgebungsakt.<sup>187</sup>

*c) Der methodische Fehler in der Grundrechtssystematik des EuGH*

Insgesamt fällt es dem EuGH schwer, Grundrechte aus der eigentlich entscheidenden Perspektive zu betrachten, aus der Perspektive des Grundrechtsträgers, des Individuums. Momentan konzentriert er sich darauf, die Auslegungshoheit oder Definitionsmacht über Grundrechtsgehalte zu erringen. Er betrachtet Grundrechte allein durch das Prisma der Kompetenzzuweisung. Daher ist es kein Wunder, dass bei dem Versuch, den nationalen Instanzen die Definitionsmacht über die nationale Identität zu entwenden, auch die nationalen (und europäischen) Grundrechte inhaltlich aufgerieben werden.

Was die Grundrechtsprüfungsmethodik des EuGH angeht, so kann man in den besprochenen Fällen immer denselben methodischen „Fehler“ finden. In der Abwägung zwischen Anwendungsvorrang und Effektivitätsprinzip auf der einen Seite und den Belangen der nationalen Verfassungsidentität bzw. Grundrechten auf der anderen Seite räumt der EuGH den Belangen der Effektivität und dem Vorrangprinzip von vornherein Priorität ein. Er erkennt, dass den (europäischen und nationalen) Grundrechten in einer solchen Abwägung ein erhöhtes Eingangsgewicht zukommt. Aus diesem erhöhten Eingangsgewicht ergäbe sich eigentlich eine höhere Argumentationslast dafür, warum die Grundrechte ausnahmsweise durch kollidierendes Unionsrechts eingeschränkt werden dürfen.<sup>188</sup> Der EuGH vermeidet aber diese erhöhte Begründungslast, indem er den Abwägungsvorgang bereits im Vorfeld der Abwägung durch „Fehlgewichtung“ der abzuwägenden Belange beeinflusst. Indem er dem Effektivitätsgrundsatz Priorität zuerkennt, den Grundrechten aber kaum Gewicht zumisst, kann er das Abwägungsergebnis von vornherein bestimmen. Methodisch spricht man von einer Ermessensfehlschätzung.<sup>189</sup> Solange diese Ermessensfehlschätzung die Abwägungsvorgänge des EuGH dominiert, wird es auch nicht helfen, wenn der Unionsgesetzgeber (d.h. vor allem die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen des Gesetzge-

<sup>180</sup> EuGH JZ 2018, 300 (303, Rn. 44 f. – M.A.S. und M.B.).

<sup>181</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (307, 308).

<sup>182</sup> F. Meyer, JZ 2018, 304 (307).

<sup>183</sup> Sicurella, NJECL 2018, 24 (29).

<sup>184</sup> Krit. auch F. Meyer, JZ 2018, 304 (307).

<sup>185</sup> F. Meyer (JZ 2018, 304 [307]) schlägt dafür die Begriffe des Strafantrags, des Beweisverbots oder der Verwertungsverbote vor.

<sup>186</sup> Gaede, wistra 2016, 89 (95, 96); F. Meyer, JZ 2018, 304 (308), unter Verweis auf EGMR, Urt. v. 9.1.2013 – Beschwerde Nr. 21722/11, Rn. 137 (Volkov v. Ukraine) = BeckRS 2013, 09628.

<sup>187</sup> Gaede (wistra 2016, 89 [96]) weist insbesondere darauf hin, dass ohne gesetzliche Grundlage die Verteidigung keine faire Teilhabechance am Verfahren haben kann.

<sup>188</sup> Kloska, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht, 2016, S. 630.

<sup>189</sup> Kloska (Fn. 188), S. 630.

bungsverfahrens) darauf besteht, in alle harmonisierenden Rechtsakte Vorbehaltsklauseln einzufügen, etwa einen europäischen Ordre-public-Vorbehalt oder den Vorbehalt der Rücksichtnahme auf nationale Identitätsbelange. Solange der EuGH weiter die Definitionshoheit über die Begriffe der nationalen Identität und des europäischen ordre public für sich reklamiert und gleichzeitig das erhöhte Eigengewicht der Grundrechte in der Abwägung ignoriert und so seiner Argumentationslast bei Grundrechtseinschränkungen nur unzureichend nachkommt, wird kein unionsgesetzgeberischer Vorbehalt besseren Grundrechtsschutz bewirken.

#### IV. Fazit

Es gibt in der Union insgesamt einen hohen Standard an Grundrechtsschutz. Angesichts der strukturellen Mängel im italienischen Justizsystem wären sogar die Entscheidungen Taricco und M.A.S. und M.B. in der Sache nachvollziehbar. Aber es gibt grundlegende methodische Mängel in der Grundrechtsprüfsystematik, die der EuGH anwendet. Gleichzeitig steht die Selbstwahrnehmung des EuGH als Motor der Integration der Entwicklung einer sensibleren Grundrechtsdogmatik entgegen. Problematisch ist zudem, dass der EuGH dazu neigt, an der Fiktion des gegenseitigen Vertrauens als Basis des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung um jeden Preis und auch im Angesicht offenkundiger Missstände festzuhalten. In der Realität aber wurde das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten durch nichts so effektiv zerstört, wie durch das Beharren der Unionsorgane auf der effektiven Durchsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.<sup>190</sup>

Das Vorabentscheidungsverfahren aus Art. 267 AEUV erhält deswegen nun eine ganz neue Bedeutung. Es avanciert zum Medium des Dialogs. Über die Vorlage nach Art. 267 AEUV können die nationalen Gerichte ihr Verständnis von Grundrechtsschutz vor den EuGH bringen und – je nach Vehemenz des Auftretens – auch im Einzelfall verteidigen. Womöglich dringt man auf diesem „sanften“ Weg des Dialogs mit rechtlichen „Identitätseinwänden“ sogar besser zum EuGH durch als mit der Drohung mit einem Identitätskontrollverfahren. Die Urteile Taricco und M.A.S. und M.B. mögen inhaltlich nicht überzeugen, aber sie zeigen, dass der EuGH zuhört, weil auch er weiß, dass er an Autorität verliert, wenn er Identitätseinwendungen ignoriert. Eine Vorlage nach Art. 267 AEUV gibt ihm die Möglichkeit, kooperativ zu reagieren; und genau darauf setzt das BVerfG, wenn es von den Gerichten konsequent die Vorlage zum EuGH forderte, sobald sich Fragen zum Grundrechtsschutzniveau der GRC auftun.<sup>191</sup>

Die jüngsten Verfahren zeigen auch, dass der EuGH sehr genau darauf achtet, was die nationalen Gerichte im Rahmen

der Vorlage von ihm wohl wollen. Aufgrund der Ambivalenz seiner eigenen Rolle im unionsrechtlichen System gilt für ihn: „Wie man hineinruft, so schallt es heraus“. Es macht daher einen Unterschied, ob ein Gericht ihn um Hilfe bittet, um nationales Gesetzesrecht auszuhebeln (vgl. Taricco), oder ob das Gericht aufzeigt, dass bestimmte Einschränkungen von Grundrechten die Toleranzgrenzen der nationalen Verfassung überschreiten (vgl. M.A.S. und M.B.). Es liegt also auch bei den nationalen Gerichten darauf zu achten, welche der beiden Rollen des EuGH sie in der Vorlage adressieren. Es wäre falsch zu glauben, nur der EuGH trüge die Verantwortung für die Entwicklung der europäischen Grundrechts-systematik. Das tun die ihn befragenden Gerichte in gleichem Maße.

---

<sup>190</sup> Vermeulen, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 181 (181 ff.; 303 ff.), für den die Fiktion des gegenseitigen Vertrauens nur ein Instrument war, um mehr Harmonisierung zu erzwingen; ebenso Hassemer, ZStW 116 (2004), 307 (317 f.).

<sup>191</sup> BVerfG JZ 2018, 309 (311 ff.).

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

**Tobias Ceffinato**, Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, 327 S., € 89,-.

Eine Umkehr ist nur bei denjenigen Gefährdungsdelikten möglich, nach deren Vollendung der hintanzuhaltende Verletzungserfolg erst einige Zeit später eintreten kann und der Täter in der Lage ist, dessen Eintritt zwischenzeitlich sicher zu verhindern. Beispielhaft, wenn beim Subventionsbetrug (§ 264 StGB) nach den unrichtigen oder unvollständigen Angaben die Auskehrung jederzeit definitiv erfolgen könnte, der Antragsteller jedoch erst nach geraumer Zeit die Auskehrung verhindert, so hat er eine *zwischenzeitliche* Auskehrung nicht verhindert, dies jedenfalls nicht nach der strengsten Variante der auch von Ceffinato (im Folgenden: C.) zugrunde gelegten Einzelaktstheorie (S. 122, 149 und passim). Die Problematik, die sich bei den betrugs- und untreuähnlichen Delikten der §§ 264 ff. StGB, aber auch bei der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) und anderem mehr auf tut, weist offenbare Analogien zur Rücktrittsregelung des § 24 StGB auf, also zur Umkehrung des Schädigungsverhaltens (S. 128). Aber auch bei der *Wiedergutmachung* finden sich Analogien zum Allgemeinen Teil des StGB, etwa zur Schadenswiedergutmachung nach § 46 Abs. 2 StGB. C. untersucht diese und weitere Zusammenhänge sehr detailliert und kommt zu klaren Thesen (S. 291 ff.), wobei die wohl wichtigste These lautet, bei *systematischer* Betrachtung (die vom Gesetzgeber freilich teils konterkariert wird) führe die Vollendungsumkehr zur Strafbefreiung, während die Schadenswiedergutmachung als Nachtatverhalten eine Reduktion der Strafe nach richterlicher Beurteilung im Rahmen der Strafzumessung bewirken könne.

Nach einer ersten Betrachtung der speziellen Betrugstatbestände widmet sich C. der (wie er formuliert) „vierten Stufe“ im Deliktsaufbau, was im Allgemeinen Teil der tätigen Reue entspricht (S. 97 ff.). Er unterteilt die Legitimationsgründe, in deren Rahmen sich die rechtliche Behandlung der Reue zu bewegen hat, in solche zur *Strafwürdigkeit* einerseits und zur *Strafbedürftigkeit* andererseits, wobei er diese beiden Begriffe als „Eckpfeiler“ versteht (S. 144 ff.). Später kommt noch der Bestand eines Verfolgungsinteresses hinzu, das bei anderweit erreichtem „Rechtsfrieden“ (S. 253 ff., 262 ff.) fehlen möge.

Unter problematisch erscheinender Anknüpfung an *Kant* (Rechtspflichten versus Tugendpflichten) und *Hegel* versteht C. eine „gravierende Rechtsgutsbeeinträchtigung“ als *strafwürdig* (S. 109), wodurch insbesondere bloße Vertragsverletzungen (gleichfalls Rechtsverletzungen, S. 108) ausgeschieden werden sollen. Dazu finden sich bei den herangezogenen Autoren *Kant* und *Hegel* genauere Angaben; zudem hält *Hegel* manche Vertragsverletzungen durchaus für „Gewalt“ (Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 93 Anm.), und es ist auch nicht zu erkennen, wieso eine Vertragsverletzung schlechthin niemals ein „gravierendes“ Unrecht bilden soll, etwa wenn der frustrierte Gläubiger in den Ruin getrieben oder mangels Subsistenzmittel körperlich deklassiert wird. – *Strafbedürftigkeit* soll trotz gegebener *Strafwürdigkeit* fehlen, wenn – um welchen Strafzweck es sich auch handeln mag –

„mildere Ausgleichsmittel zur Verfügung“ stehen (S. 112), was umso weniger der Fall sein soll, „je dichter ein Tatbestand an eine Individualverletzung heranrückt“ (S. 118).

Nach C. hat der Täter „in den Konstellationen des Subventions-, Kredit-, Kapitalanlage- und Submissionsbetrugs ebenso wie im Fall der Steuerhinterziehung“ mit dem Vollzug des Tatverhaltens „die Geschehensherrschaft aus den Händen gegeben“ (S. 127). Kurz darauf heißt es allerdings (besser!), Rücktritt sei möglich, solange „der Täter den Geschehensverlauf noch beherrscht“ (S. 128). Herrschaft oder keine Herrschaft, jedenfalls stellt C. auf die vom Täter nicht preisgegebene Möglichkeit ab, „den Gefährdungserfolg zu verhindern“ (S. 129) und dadurch den Eindruck der Rechtsuntreue zu korrigieren. C. deutet diese Korrektur nicht als eine solche des Unrechts, vielmehr der Strafbedürftigkeit; „die persönlichen Strafaufhebungsgründe“ sollen (neben dem Gefahurteil) „eine zweite unwiderlegliche Prognose des Gesetzgebers“ darstellen, durch welche das sich im Gesamtgeschehen „als zu weit erweisende Gefahurteil“ der tatsächlichen Lage angepasst wird (S. 133, 138, 147). Der Täter erhalte einen „Anreiz, dem Normbefehl nachträglich [durch sein Umkehrverhalten; Anm. d. Verf.] zu entsprechen“ (S. 151). – Diese Lösung ließe sich wohl auch bei der Strafwürdigkeit unterbringen: Der Täter ergänzt sein eigenes Verhalten zu einer Zeit, in der er es noch planvoll und ununterbrochen als eigenes reklamieren kann, durch eine Fortsetzung, welche die Qualifizierung des Anfangs als „Unrecht“ aufhebt. Da diese Qualifizierung immerhin zunächst angebracht war, ist nicht ausgemacht, dass die dieses Urteil aufhebende Fortsetzung zwingend Straffreiheit bringen muss, aber Anfang plus Fortsetzung dezimieren die Strafwürdigkeit. C. geht darauf nicht ein, was allerdings bei der Fülle der von ihm behandelten Einzelheiten kaum ein Mangel sein dürfte.

C. legt detailliert dar, welche Differenzen zwischen den einzelnen betrugsähnlichen und weiteren Delikten bestehen (S. 61 ff., zusammenfassend S. 90), insbesondere auch für § 266a StGB (S. 85 ff.). Letztere Vorschrift interpretiert C. als Verletzungsdelikt; er hält den Arbeitgeber „aufgrund seiner Einbindung in das Sozialversicherungssystem“ für „sonderpflichtig“, legt ihm also eine Garantenstellung auf (S. 88 f.), und bei Verletzung der Garantenpflicht verdichte sich die konkrete Gefahr zum Schaden (S. 87, 139). Eine garantierte Vermögenvermehrung des potentiellen Empfängers bleibt aus: Das soll den Schaden ausmachen. Eine Nachzahlung (§ 266a Abs. 6 S. 1 StGB) lasse sich deshalb allenfalls als Schadenswiedergutmachung verstehen (S. 140), und § 266a Abs. 6 S. 2 StGB sei eine illegitime Regelung, da der Täter dieses Verletzungsdelikts damit gegenüber den Tätern von anderen Verletzungsdelikten, etwa Betrugern, bevorzugt werde (S. 140).

Damit scheint das Verständnis der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) vorgezeichnet zu sein, zumal auch ein Steuerpflichtiger als Garant zu qualifizieren sein soll (S. 163); jedoch findet C. einen seines Erachtens entscheidenden Unterschied zwischen den beiden Vorschriften (S. 87, eingehend S. 153 ff.): Während bei § 266a StGB der Verpflichtete dem Berechtigten eine bestimmte Summe schlicht vorenthalte (jedenfalls nach Abs. 1 dieser Vorschrift), trete der Erfolg der

Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 4 StGB „namentlich“ (dazu S. 159) dann ein, wenn eine Steuer nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werde, sodass es nicht darauf ankomme, was dem Fiskus entgeht, vielmehr inwiefern er desorientiert ist oder wird. C. versteht allerdings die Hinterziehung nicht als Delikt gegen das Steuererhebungsverfahren, vielmehr gegen das staatliche Vermögen, das allerdings durch Fehler im Verfahren konkret gefährdet werde (S. 153). Für einen dem Amt bekannten Steuerpflichtigen soll das heißen, der (Gefährdungs-)Erfolg bestehe „im Ausbleiben der Festsetzung in voller Höhe“ (S. 160). Beim unbekanntem Pflichtigen kann das Ergebnis nicht viel anders lauten, allerdings lässt sich insoweit der Vollendungszeitpunkt nur hypothetisch bestimmen (Wann wäre eine Erklärung beschieden worden?). C. legt das ausführlich dar und widmet sich dann – ein Kernanliegen der Abhandlung – der Selbstanzeige (§ 371 AO), wobei wegen seines Verständnisses der Hinterziehung als (konkretes) Gefährdungsdelikt die Interpretation der Selbstanzeige als Vollendungsumkehr möglich bleibt.

Vor der Behandlung dieses Themas soll hier allerdings noch eine Bemerkung zum Verständnis von § 266a StGB als Verletzungsdelikt und von § 370 AO als konkretes Gefährdungsdelikt vorgeschaltet werden. Das Problem sei als Beziehung von Bürgern untereinander dargestellt: Ein erster Garant (!) hat zugunsten des Opfervermögens eine bestimmte Geldsumme zu leisten und leistet nicht; ein zweiter Garant (!) hat zugunsten eben desselben Vermögens mitzuteilen, was von ihm verlangt werden kann, und er übermittelt falsche Daten oder überhaupt keine. Im ersteren Fall dürfte C. zustimmen sein: Die garantenpflichtwidrige Nichtvermehrung des Gläubigervermögens ist – bei unterstellter Leistungsfähigkeit – ein vielleicht reparierbarer, aber zunächst nun einmal vorliegender Schaden. Im zweiten Fall wird der Gläubiger zu seinem Nachteil auf sein Vermögen bezogen desorientiert: Er kennt den Betrag der ihm zustehenden Forderung nicht und wird deshalb – abermals Realisierbarkeit unterstellt – garantenpflichtwidrig an der Vermehrung seines Vermögens gehindert. – Soll *das* die Differenz zwischen Verletzung und konkreter Gefährdung ausmachen?

Die Gegenansicht argumentiert, auch ansonsten (außerhalb der Steuerhinterziehung) sei es bei Vermögensdelikten keine Bedingung für einen Schaden, dass der Vermögensverlust endgültig eingetreten sei. C. hält dagegen, anders als etwa beim späteren Ausgleich eines Betrugsschadens durch die Realisierung von Ersatzansprüchen, die bei der Schadensberechnung auszuklammern sind, bestehe bei der Steuerhinterziehung der Anspruch des Staates bis zum Eintritt der Festsetzungsverjährung fort (S. 74 f.). Ganz abgesehen davon, dass auch im Fall des § 266a StGB die Ansprüche auf Leistung bis zu Verjährung fortbestehen, mag entsprechendes auch beim Betrug der Fall sein, nämlich beim Erfüllungsbetrag, bei dem der Anspruch auf ordnungsgemäße Leistung ja nicht untergeht.

Von seiner These der Steuerhinterziehung als konkretes Gefährdungsdelikt aus gesehen durchaus konsequent, deutet C. die Selbstanzeige nach § 371 Abs. 1 S. 1 AO als Gefährdungsumkehr, insbesondere also nicht als nur fiskaltechnisch

fundierte Regelung, vielmehr als Institut der Zurechnung (S. 165 ff.). Die Ausnahmen von der Straffreiheit nach § 371 Abs. 1 und 2 AO werden als Fälle „objektiv-typisierter Unfreiwilligkeit“ verstanden (S. 169). Die Ausnahmen nach § 371 Abs. 3 AO (Obergrenze) sowie Abs. 4 (besonders schwerer Fall) passen allerdings nicht zu diesem Verständnis und werden von C. als Fremdkörper verworfen: „Der Gesetzgeber entfremdet das Institut der Selbstanzeige [...] immer mehr von dessen ursprünglichem Grundanliegen, dem Täter, der mittels einer zurechenbaren, freiwilligen Gefährdungsumkehr in die Steuerehrlichkeit zurückkehrt, Straffreiheit zugute kommen zu lassen“ (S. 172 f.). – Das Erfordernis einer „Spartenlebensbeichte“ nach § 371 Abs. 1 S. 2 AO findet erwartungsgemäß ebenso wenig Zustimmung: Es könne kein Strafbedürfnis „pauschal“ angenommen werden, wenn der Täter einen Normverstoß umkehrt, andere Verstöße aber belässt (S. 191); zudem belaste das Abstellen auf die gesamte Sparte den Anreiz zur Umkehr (S. 186 f.). Insgesamt wird in der Darstellung die unauflösbare Spannung deutlich, die zwischen der einerseits an Fiskalinteressen orientierten Betrachtung (dazu auch § 398 AO; S. 240) und der sich andererseits am Strafzweck ausrichtenden Interpretation besteht. Die Option für die letztere Sicht bleibt bei C. stets deutlich: Er argumentiert als Strafrechtler, nicht als Finanzbeamter.

C. untersucht anschließend eine beachtliche Zahl von ihm sogenannter „verwandter“ Institute (S. 199 ff.), die mit dem Kernthema teils allerdings nur in einem lockeren Verbund stehen, so etwa die Kronzeugenregelungen (S. 208 ff.). Entsprechendes gilt für „die prozessuale Dimension“, die im Begriff „Rechtsfrieden“ zentriert wird (S. 244 ff.), sowie für den Zusammenhang von Wiedergutmachung und Strafzumessung (S. 271 ff.). – Ein insoweit genauerer Bericht könnte sich nur in Einzelheiten verlieren.

Die Abhandlung – eine Habilitationsschrift aus Bayreuth – schließt mit einer (wie eingangs schon erwähnt wurde) präzisen Zusammenfassung (S. 291 ff.), deren Vorablektüre einen brauchbaren Cicerone durch den äußerst detailreichen Text bietet. – In der hiesigen Rezension wurden die geradezu überbordend langen und sehr langen Fußnoten, die umfangreiche Ergänzungen oder Absicherungen der Argumentation enthalten, der Übersichtlichkeit halber überhaupt nicht herangezogen. Wesentlich stärker, als es hier geschieht, werden diese und weitere Details in der Rezension von *Bülte* (GA 2017, 568) berücksichtigt. – Abschließend dürfte noch bemerkenswert sein, dass C. seinerseits das Allgemeine der behandelten Regelungen nicht „vor die Klammer“ ziehen möchte, vielmehr weiterhin für „Einzelfallregelungen“ optiert (S. 295). Das ändert nichts daran, dass manche Schneise, die C. durch das Dickicht der schon im Titel seiner Arbeit umrissenen Problematik geschlagen hat, Orientierung bietet.

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs, Bonn*