

# Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG

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

## I. Von Sisyphos über Cato zu Don Quijote?

Wer, wie ich, als Strafrechtler in der Hoch-Zeit des bundesdeutschen Liberalismus sozialisiert worden war und sein Standbein nicht rechtzeitig in den Bereich der Strafverteidigung verlagert hatte, hat seit mindestens einem Jahrzehnt wenig Grund zur Freude gehabt. Denn die unablässige Ausdehnung des materiellen Strafrechts konnte er nur mit ohnmächtiger Kritik und ohne die in der Anwaltsprofession naheliegende klammheimliche Freude begleiten; die vom Gesetzgeber und dem BGH mit vereinten Kräften bewirkte Ruinierung der strafprozessualen Verfahrensbalance wurde in seinen Augen aus den gleichen Gründen durch die Etablierung der lukrativen Absprachenpraxis nicht wirklich versüßt; und mit der zunächst von den meisten verschlafenen, mittlerweile aber umso rasanteren Europäisierung des Strafrechts wie des Strafverfahrens wird ihm sogar nach und nach jenes Objekt seiner wissenschaftlichen Begierde entzogen, dem er einmal die besten Jahre seines Lebens gewidmet hatte. Hilflos musste er mit ansehen, wie Vernunft und Wissenschaft, der deutschen Strafrechtsdogmatik allerhöchste Kraft, kaum noch etwas zählten in einem hydraartig um sich greifenden Neopositivismus, in dem die zumeist von den Innenministerien dominierten, im Rat der EU versammelten Ministerialbürokraten die gewählten Parlamente zu Lakaien degradieren, deren Gesetze (welche die meist nur den Spielraum von Schießscharten belassenden „Rahmenbeschlüsse“ der EU gehorsam 1:1 umsetzen) von den in dieser schönen neuen Welt sozialisierten „Europarechtlern“ in akribischem Gehorsam vermessen und von einem sich selbst (wenn auch ohne solide demokratische Legitimation) als Motor der europäischen Einigung begreifenden Gerichtshof gegen jedwede demokratisch-revisionistischen Bedenken abgeschirmt werden. Manch ein Beobachter mag einen mitleidigen Vergleich mit Sisyphos, Cato oder Don Quijote angestellt haben, wenn er die von einer kleinen Gruppe altliberaler Strafrechtler mit mir als Sprecher über Jahre hinweg ebenso unablässig wie ungehört wiederholte Forderung las, jedenfalls auf dem Gebiet der Strafrechtspflege die Gesetzgebung an eine vollständige demokratische Legitimation und die Respektierung der im 19. Jahrhundert erkämpften Prinzipien des materiellen Rechtsstaat zu binden<sup>1</sup>. Dass eine derart naive Position von

<sup>1</sup> S. etwa *Lüderssen*, GA 2003, 71 (84): „Mit dem Strafrecht, das für ganz Europa gelten soll, muss man so lange warten, bis die gesamteuropäische parlamentarische Legitimation gegeben ist.“ *Schünemann*, StV 2003, 531 (533): „[...] greift das von den Regierungen einseitig beschlossene Konzept des Europäischen Haftbefehls so tief in die Prärogativen einer parlamentarischen Gesetzgebung ein, dass es über die [...] sog. dritte Säule [...] substantiell hinausgeht und die deutschen Gesetzgebungsorgane sich hüten mögen, ihre demokratische Verantwortung zu verraten und auf eine damit nicht zu vereinbarende Rolle als Lakai von Brüssel zu schrumpfen.“ *Schünemann*, Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung,

2004, S. 4: „Jedenfalls das Strafrecht, bei dem es früher um die physische Auslöschung und heute zumindest bei der Freiheitsstrafe um die Auslöschung der sozialen Existenz des Bürgers geht, muss eine direkte demokratische Legitimation durch Parlamentsgesetz vorweisen können.“ *Schünemann*, StV 2005, 681 (684 f.): „Die gravierenden demokratischen Defizite des europäischen Rechtssetzungsapparats werden von dem sich dafür primär zuständig fühlenden Zweig der deutschen Rechtswissenschaft bis heute mit dem klassischen Inversions(Fehl-)Schluss gerechtfertigt, dass EG und EU kein Bundesstaat seien und deshalb keiner direkten demokratischen Legitimation bedürften – obwohl die allein maßgebliche materielle Frage lauten muss, ob die Kompetenzen, die EG und EU an sich gezogen haben, so beträchtlich sind, dass sie nur einem demokratisch unmittelbar legitimierten Parlament anvertraut werden dürften, wie dies nun aber bei der Strafgesetzgebung als dem Inbegriff der zerstörerischen Macht des Staates seit der Geburtsstunde der Ideen der Demokratie und der Gewaltenteilung auf der Hand liegen sollte.“ *Schünemann* im – im Angesicht des EuGH-Präsidenten gehaltenen – Eröffnungsreferat der den „AE II“ diskutierenden Konferenz von Thessaloniki, in: Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 61 f.: „Die im sog. dritten Pfeiler durch den Vertrag von Amsterdam dem Rat, also einem Gremium von Regierungsmitgliedern, zuerkannte Kompetenz zur Fassung von Rahmenbeschlüssen auf dem Gebiet der Strafrechtspflege [...] legt ebenso die Axt an die Wurzel eines demokratischen Strafrechts in Europa wie die vom Europäischen Gerichtshof in einer mit den Regeln der richterlichen Rechtsfindung nicht mehr zu vereinbarenden Weise proklamierte Bejahung einer allgemeinen Annexkompetenz der EG auf dem Gebiet des Strafrechts. Dieses unheilbare, in der europarechtlichen Diskussion viel zu lange übersehene demokratische Defizit speziell im Strafrecht wird von einer unzulänglichen inhaltlichen Beachtung der rechtsstaatlichen Erfordernisse begleitet [...]“; schließlich vor dem Unterausschuss „Europarecht“ des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, dem diese Gesichtspunkte bis dato böhmische Dörfer gewesen waren und wohl weiterhin bleiben werden, *Schünemann*, KritV 2008, 6 f.: „Dass dieser Grundsatz [scil. demzufolge die Angelegenheiten des Strafrechts durch den Gesetzgeber geregelt werden müssen, bei dem es sich in einer Demokratie nur um das Parlament handeln kann] nur respektiert wird, wenn das Parlament über die Strafgesetze in souveräner Freiheit befindet, ist eine analytische Aussage und deshalb unbestreitbar. Dass dies im Vertrag von Amsterdam bei Einführung der Rahmenbeschlüsse in der sog. Dritten Säule missachtet und seitdem zumeist übersehen (oder sogar geflissentlich ignoriert) worden ist, ändert an der Wahrheit dieses Satzes so wenig wie der Jahrtausende alte Irrglaube an das ptolemäische Weltbild den Kreislauf der Erde um die Sonne hinwegzueskamotieren vermochte.“

den auf Europa professionalisierten Rechtlern ernsthaft erwogen und überhaupt registriert würde, konnte diese Gruppe zweifellos selbst nicht hoffen, aber auch die „Europastrafrechtler“ zeigten wenig Neigung, derartigen Ballast in ihre didaktischen Darstellungen aufzunehmen<sup>2</sup> – was ja in der Tat nur den deutschen Juristennachwuchs durch schädliche Zweifel an dem europäischen Heilsgeschehen verunsichert hätte.

## II. Die verpasste erste Chance des EuHbG

Nachdem sich das BVerfG im Solange-I-Beschluss (BVerfGE 37, 271) und in der Maastricht-Entscheidung (BVerfGE 89, 155) zweimal entschlossen gezeigt hatte, den gewaltenteilenden demokratischen Rechtsstaat nicht widerstandslos in einer gubernativen Supragewalt aufgehen zu lassen, bot die Kontroverse um den europäischen Haftbefehl die erste Chance, die besonderen demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen an das Strafrecht, das den Bürger vom Verbrecher, den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur trennt, unmissverständlich herauszustellen. Letztlich wurde diese Chance nicht genutzt, weil die in der Entscheidung des 2. *Senats* deutlich hervortretenden internen Differenzen eine eindeutige Stellungnahme zu der dem Rat als Regierungsvertreterorgan im Vertrag von Amsterdam unter Verhöhnung aller demokratischen Prinzipien und Traditionen zugewiesenen legislatorischen Rahmenkompetenz<sup>3</sup> auf dem Gebiet der Strafrechtspflege blockierten,<sup>4</sup> während der EuGH

<sup>2</sup> Im Standardschrifttum wurde die zentrale Problematik so gut wie gar nicht behandelt, sondern nur die (für die demokratische Legitimation unwichtige) fehlende unmittelbare Wirkung der Rahmenbeschlüsse hervorgehoben, s. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 4; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 33, 53; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 39, § 5 Rn. 71, § 8 Rn. 44 ff.; *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, S. 120; *Suhr*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 34 EUV Rn. 13. Auch *Dannecker* mochte den Studenten in der speziell für sie verfassten Darstellung in *Jura* 2006, 95 (173) so ernste Fragen nicht zumuten. S. im Übrigen zur gesamten Diskussion einschl. der „Europarechtler“ die Darstellung und Nachw. bei *Schünemann*, in: *Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf* (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 109 ff.

<sup>3</sup> Dass Art. 34 Abs. 2 EUV von den nationalen Parlamenten ratifiziert wurde, konnte die unveräußerliche Gesetzgebungsgewalt im Strafrecht so wenig wirksam übertragen, wie ein „Selbstversklavungsvertrag“ wieder die Sklaverei einführen könnte.

<sup>4</sup> Vgl. die einander widersprechenden Aussagen in BVerfGE 113, 273, 301 und 315, dass der Gesetzgeber die politische Gestaltungsmacht behalte und notfalls die Umsetzung verweigern könne, also in „normativer Freiheit“ entscheide, sowie in BVerfGE 113, 273, 300 und 306, wo es die Verbindlichkeit der Rahmenbeschlüsse hinsichtlich des zu erreichenden Ziels nicht in Frage stellt. Besonders drastisch neben der Sache liegt das dissenting vote von *Lübbe-Wolff* (BVerfGE 113, 273 Rn. 178): Sinn des Art. 79 Abs. 3 GG sei es,

kurz darauf die vom Verfassungsgericht Belgiens artikulierten, gravierenden Bedenken vom Tisch wischte, nachdem er zuvor bereits durch die Erfindung einer europäischen Annexgesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts draufgesattelt hatte.<sup>5</sup>

## III. Das Erdbeben von Karlsruhe zu Lissabon

Weil die „normative Kraft des Faktischen“ nirgendwo so stark ist wie auf dem Gebiet der europäischen Integration, die speziell in den deutschen Medien zu einer Frage der Staatsraison, wenn nicht gar der political correctness erklärt worden ist, schien damit der Traum einer regierungsfesten, genuin demokratischen Strafgesetzgebung so gut wie ausgeträumt.<sup>6</sup> Es muss deshalb eigentlich in den Ohren der *Europa*- und der *Strafrechtler* wie ein Donnerschlag geklungen haben, als sich das BVerfG quasi in der Abenddämmerung, nämlich in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag vom 30.6.2009, zu für alle Zeiten denkwürdigen Sentenzen über die unverfügbaren Fundamente einer rechtsstaatlich-demokratischen Strafgesetzgebung aufgerafft hat, um deren Anerkennung in der deutschen Strafrechtswissenschaft seit den Strafrechtslehrertagungen von Bayreuth und Dresden 2003<sup>7</sup> hartnäckig, aber

einen Rückfall unseres Landes in Diktatur und Barbarei auszuschließen, und nichts diene diesem Ziel mit höherer Wahrscheinlichkeit als Deutschlands Integration in die Europäische Union – so als ob die Naziverbrechen das Recht der heutigen Bevölkerung auf demokratische Verhältnisse schmälern könnten.

<sup>5</sup> EuGH-Urteile vom 3.5.2007, Rs. C-303/05, EuGRZ 2007, 273 (zur Kritik vgl. *Hefendehl*, in: *Joerden/Szwarc* [Hrsg.], Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen, 2007, S. 41 ff. und *ders.*, ZIS 2006, 161 ff.; verkannt bei *Böse*, GA 2006, 211 u. *Gärditz/Gusy*, GA 2006, 225), u. vom 13.9.2005, Rs. C-176/03, EuGRZ 2005, 700 = EuZW 2005, 632.

<sup>6</sup> Das zeigte sich in der Bundesrepublik Deutschland in besonders prägnanter Weise bei der Verabschiedung des 2. EuHbG, das (abgesehen vom Einbau der Formel des BVerfG über den „maßgeblichen Inlandsbezug“) einfach das 1. EuHbG wiederholt hat, obwohl die Abgeordneten des Bundestages in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG bekannt hatten, sich bei dessen Verabschiedung „normativ unfrei“ bzw. „gebunden“ gefühlt zu haben (*Ströbele/Kauder* bei *Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006, S. 243, 245, 247), gleichwohl von dieser Linie auch in den erneuten Gesetzesberatungen nicht abwichen.

<sup>7</sup> Auf der Bayreuther Tagung 2003 billigten 123 deutschsprachige Strafrechtslehrer eine Resolution, in der die demokratisch-rechtsstaatlichen Mängel der durch Rahmenbeschlüsse und das „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“ betriebenen Europäisierung der Strafrechtspflege scharf abgelehnt wurden (abgedr. bei *Schünemann*, GA 2004, 193 [203]), und zugleich wurde die Abhaltung der außerordentlichen Tagung über „Die Europäisierung der Strafverfolgung“ beschlossen, deren Referate und Diskussionen in *ZStW* 116 (2004), 275 ff. publiziert sind.

ohne nennenswerte externe Resonanz gerungen worden ist: „Es ist eine grundlegende Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt. Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt. Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen, und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung. Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum. Die demnach zum Schutz des nach dem Verständnis des Grundgesetzes demokratischen Primärums gebotene enge Auslegung ist auch der Entscheidung des deutschen Vertreters im Rat zugrunde zu legen, wenn ein Beschluss im Bereich der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen sowie allgemein des Strafverfahrensrechts gefasst werden soll. Im Hinblick auf den Bereich der Annexzuständigkeit, die eine Angleichung des Strafrechts in bereits harmonisierten Politikbereichen ermöglicht, kann das Zustimmungsgesetz nur deshalb als verfassungskonform beurteilt werden, weil diese Zuständigkeit nach dem Vertrag eng auszulegen ist. Hinter der Annexzuständigkeit verbirgt sich eine gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege im Vergleich zur bislang geltenden Rechtslage. Wegen drohender Uferlosigkeit dieses die Strafrechtssetzung betreffenden Kompetenztitels ist eine solche Kompetenzvorschrift mit dem Prinzip einer sachlich bestimmten und nur begrenzten Übertragung von Hoheitsrechten an sich ebenso wenig zu vereinbaren wie mit dem gebotenen Schutz des demokratisch an die Mehrheitsentscheidung des Volkes besonders rückgebundenen nationalen Gesetzgebers. Diese Voraussetzungen gelten auch für die von der europäischen Gerichtsbarkeit bereits angenommene Existenz einer strafrechtlichen Annexzuständigkeit. Die demokratische Selbstbestimmung ist allerdings in einer besonders empfindlichen Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert wird, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und gar die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe eigener Wertvorstellungen zu entscheiden. Daher ist es in diesen Bereichen nur eingeschränkt erlaubt, die Strafgesetzgebungskompetenz zu übertragen, und jedenfalls erforderlich, bei der Ausdehnung des Katalogs der der Uniongesetzgebung zustehenden Kriminalitätsbereiche die Anforderungen für eine einzelne Hoheitsrechtsübertragung (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) einzuhalten. Die im Grundsatz integrationsfeste mitgliedstaatliche Strafkompetenz ließe sich dadurch schonen, dass die Mindestvorschriften nicht einen vollständigen Deliktbereich (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates über den europäischen Haftbefehl), sondern lediglich eine Tatbestandsvariante erfassen. Die Zuständigkeiten in der europäischen Union im Bereich der Strafrechtspflege müssen

zudem in einer Weise ausgelegt werden, die den Anforderungen des Schuldprinzips genügt. Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG. Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist. Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Strafrechts für die individuelle Freiheit sind deshalb jedenfalls zusätzlich besondere Anforderungen an die Regelung zu stellen, die einem Mitgliedstaat spezielle Rechte im Gesetzgebungsverfahren einräumt. Das notwendige Maß an demokratischer Legitimation über die mitgliedstaatlichen Parlamente lässt sich aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts nur dadurch gewährleisten, dass der deutsche Vertreter im Rat die in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEV genannten mitgliedstaatlichen Rechte nur nach Weisung des Deutschen Bundestags ausübt. Insgesamt nähert sich die konkretisierende Ausfüllung der Ermächtigungen nach Art. 82 Abs. 2 sowie Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV in der Bedeutung einer Vertragsänderung an und verlangt nach einer entsprechenden Ausübung der Integrationsverantwortung der Gesetzgebungsorgane im Rahmen des Notbremseverfahrens. Der deutsche Regierungsvertreter im Europäischen Rat darf einer Vertragsänderung nur zustimmen, wenn der Deutsche Bundestag und der Bundesrat innerhalb einer noch auszugestaltenden Frist ein Gesetz i. S. von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG erlassen haben.“<sup>8</sup>

#### IV. Und in Berlin nascetur ridiculus mus?

Für alle, die in der liberalen Epoche der deutschen Strafrechtswissenschaft sozialisiert worden sind, ist diese Anerkennung durch das BVerfG eine große Genugtuung, aber sie kommt spät, vermutlich zu spät. Wäre sie schon im Urteil zum europäischen Haftbefehl ausgesprochen worden, hätte sie wohl noch den Vertrag von Lissabon inhaltlich beeinflussen können. Nunmehr ist das Bestreben der in Deutschland herrschenden politischen Kräfte offensichtlich, die insgeheim als eine Art justitieller Panne in der deutschen Europapolitik empfundene Lissabon-Entscheidung des BVerfG so rasch und gründlich wie möglich durch eine „Begleitgesetzgebung“ einzuschmelzen, die an der politisch peripheren Rolle der nationalen Parlamente und der gubernativen Machtzentrierung nur das Allernötigste ändert und die die Entscheidung des BVerfG ernst nehmenden Forderungen publizistisch in den Bereich der „europäischen Geisterfahrt“ zu verweisen versucht.<sup>9</sup> Dass für die eilig auf den 26.8.2009 anberaumte Anhörung kein einziger Strafrechtswissenschaftler, sondern ausschließlich die bisher bedenkenlosen „Europarechtler“<sup>10</sup> als „übliche Verdächtige“ eingeladen worden sind, macht zur Genüge deutlich, dass die Sonderrolle des Strafrechts in der Gesetzgebung zwar vom BVerfG begriffen und unterstrichen

<sup>8</sup> NJW 2009, 2267 (2287 ff.)

<sup>9</sup> S. die Äußerung des Parlamentarischen Geschäftsführers der SPD-Bundestagsfraktion *Oppermann*, beck-aktuell v. 19.8.2009.

<sup>10</sup> Abgesehen von dem das Lissabon-Urteil erstreitenden Prozessvertreter des Abgeordneten *Gauweiler*.

worden ist, dass die politischen Machthaber es aber nicht begreifen können oder wollen. Vielleicht sollten die liberalen Strafrechtler doch endlich Sisyphos, Cato und Don Quijote aufgeben und es mit Leicester halten: Der Lord lässt sich entschuldigen, er ist zu Schiff nach Frankreich.