

# Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle

## Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?

Von Prof. Dr. Stefan Braum, Luxemburg

*Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon<sup>1</sup> markiert einen Punkt, von dem aus sich die Gelegenheit bietet, über die Legitimation europäischer Strafrechtsentwicklung aufs Neue und vielleicht anders nachzudenken. Dabei mögen die Erkenntnisinteressen des Strafrechts und seine Kritikperspektive anders gelagert sein als bei klassisch europarechtlichen Annäherungen. Die Würdigung des Urteils ergibt sich so vor dem Hintergrund einer spezifischen strafrechtlichen Situation (I.). Seine Inhalte beziehen sich auch auf eine andauernde Legitimationskrise des Strafrechts in Europa (II.). Es stellt sich für den Strafrechtler die Frage, ob es aber auch einen theoretisch überzeugenden Ausweg aus dieser Krise bietet (III.) und was die Prämissen eines Strafrechts sind, das den Staat hinter sich lässt (IV.)?*

### I. Einleitung – die strafrechtliche Situation

Im Strafrecht hat man es mit nur scheinbar trivialen Problemen zu tun, die es von anderen Rechtsgebieten doch unterscheidet: am Ende eines Verfahrens droht die Strafe, während eines Verfahrens werden Zwangsmittel angeordnet, wird kontrolliert und überwacht, wird in das Innerste bürgerlicher Rechte eingegriffen. Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden<sup>2</sup>: dieser Satz enthält ein unverzichtbares Element des Rechtsbegriffs selbst, er beschreibt zugleich aber auch die strafrechtliche Situation, die es zu berücksichtigen gilt, fragt man nach der Legitimation dieses Zwangs. Auch in anderen Rechtsgebieten mögen Bürger hoheitlichem Zwang unterworfen sein. Allein im Strafrecht aber kann entschieden werden, ob und inwieweit ein Bürger vereinzelt machtvollen Staat und strafender Gesellschaft gegenüber steht. Besonders durch das Strafrecht wird es möglich, über Einbeziehung oder Ausschluss aus einer politischen Gemeinschaft zu entscheiden – manche wollen den Straftäter gar als einen „Feind“ exkludieren.<sup>3</sup> Jedenfalls enthält das Strafrecht vom Anfangsverdacht bis zum Urteil und seiner Vollstreckung ein diskreditierendes Label, ein Unwerturteil, das einen Menschen existentiell als Person in ihrer Würde und mit all ihren Freiheiten zu vernichten droht. Das ist kein Soap-Drama, sondern die alltägliche Praxis aktiver Kriminaljustizsysteme, wie sie

<sup>1</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08.

<sup>2</sup> Kant, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften, Bd. 6, Metaphysik der Sitten, 1914, S. 231. An der Stelle heißt es genauer: „[...]“, wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d.i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d.i. recht [...]“.

<sup>3</sup> Vgl. Jakobs, ZStW 117 (2005), 841; ders., in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103 (S. 134).

von den Beteiligten eines Strafverfahrens und gegebenenfalls beim Vollzug der Strafe gemeinsam erfahren wird.

Warum diese scheinbar themenferne Vorbemerkung? Sie soll einen Ausgangspunkt erklären, eine Perspektive benennen, von der aus Legitimationsprobleme modernen Rechts betrachtet werden können und vielleicht müssen. Wenn am Beginn, während oder am Ende eines Strafprozesses Rechtspersonen in ihrer zerbrechlichen Existenz beschädigt werden können, dann bedarf es dazu ganz besonderer Gründe. Legitimation von Strafrecht und Strafe, die Implementation des gewählten Legitimationsmodells in die Anwendung und den Vollzug des Rechts sowie das Einklagen dieser Legitimation gegenüber kraftvoller Kriminalpolitik sind die Wege, auf denen in strafrechtsspezifischer Weise nach diesen Gründen gesucht und um sie gestritten wird. Kein anderes Rechtsgebiet kann dem Strafrecht diese Aufgabe abnehmen. Zudem können andere Rechtsgebiete bei dieser Aufgabe zwar hilfreich, mitunter aber auch schlechte Berater sein. Legitimation von Strafrecht und Strafe und deren Implementation in die Praxis des Kriminaljustizsystems ist das kritische Proprium der Strafrechtswissenschaft.<sup>4</sup>

Seit nun über zehn Jahren vollzieht sich die Entwicklung europäischen Strafrechts überwiegend uneingedenk dieser strafrechtlichen Situation.<sup>5</sup> Das Strafrecht wird unter die Gegenstände des Europarechts gemischt und mit dessen Augen betrachtet. Das ist verständlich, aber auch einseitig. Es ist zudem Strategie europäischer Politik, die sich europäischer Integration verschreibt. Das ist löblich, aber auch gefährlich. Am Ende könnte deutlich werden: Das europäische Strafrecht, das sich im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle befindet, wird seines kritischen Propriums bedürfen, um sein Kernproblem des potentiell machtvollen und zerstörerischen Rechtszwangs immer wieder zu bewältigen.

### II. Europäische Strafrechtsentwicklung – eine permanente Legitimationskrise

Die Legitimationskrise des europäischen Strafrechts zeigt sich gleich in mehreren Bereichen. Das materielle Strafrecht bildet selektive Interessen ab und reagiert punktuell auf Steuerungsprobleme mit Kriminalisierung. Dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung fehlt es an normativer Kraft, die Verbindlichkeit des Strafprozessrechts erodiert und verliert sich in Informalisierung.

#### 1. Materielles Strafrecht: Fehlende Grenzen

Infolge europäischer Rechtsakte sah sich der nationale Strafgesetzgeber verpflichtet, das materielle Strafrecht kräftig auszubauen.<sup>6</sup> Im Wirtschaftsstrafrecht etwa bei der Geldwä-

<sup>4</sup> Vgl. Jakobs (Fn. 3), S. 105 f.

<sup>5</sup> Vgl. schon Albrecht/Braum, European Law Journal 1999, 293.

<sup>6</sup> Vgl. zur Geldwäsche Richtlinien 91/308/EWG, 2001/97/EG, 2005/60/EG sowie Rahmenbeschluss des Rates vom 26.6.2001 (ABl. L 182 vom 5.7.2001, S. 1); zum Insiderhandel Richtli-

sche oder im Insiderhandel entstanden neue Straftatbestände, die Betrugsdelikte wurden erweitert, indem Voraussetzungen individueller Zurechnung geschliffen und das Sanktionstabelleau verschärft wurden. Gesetzlichkeit, Schuld und Verhältnismäßigkeit – durchweg zentrale Prinzipien, die das Strafrecht durch Begrenzung legitimieren helfen – gewannen in der europäischen Kriminalpolitik nur marginale Bedeutung. Straftatbestände werden nach wie vor auf nationaler Ebene gemacht, deren Inhalte freilich sind das Produkt ministerialbürokratischer Verhandlungen in EU-Rat und Kommission, die oftmals nur akklamatorisch in Gesetzesform gegossen werden.

Freilich bildet das Gesetz selbst keine Grenze, es bildet politische Ziele nur ab. Eigene Kriterien, was und warum etwas in das Strafrecht gehört, vermag es nicht zu entfalten, da es politikoffen sein soll. Die europäische Kriminalpolitik verschafft sich die Form des Gesetzes, wenn es politisch rechtfertigbar erscheint. Prävention, effektive Verbrechensbekämpfung, Sicherheit bieten die Begründungsfolie für dieses gesetzesoffene Strafrecht. Dass es bei dieser Offenheit keine grausamen Inhalte annehmen darf, ist bestenfalls Ausdruck eines kulturellen und politischen common sense, der theoretisch dürftig begründet bleibt und lose an verfassungsrechtliche Tradition angeknüpft wird.

## 2. Der Modus gegenseitiger Anerkennung: Fehlende Inhalte

Will man die strafrechtliche Situation näher erklären, so mag man im Prinzip gegenseitiger Anerkennung relevante Perspektivunterschiede erkennen. Gegenseitige Anerkennung als Modus europäischen Rechts enthält das Versprechen von Freiheit, wenn auch im Sinne eines Handelsgeistes, der sich von bürokratischen Hemmnissen ungehindert in Europa Bahn bricht. Gegenseitige Anerkennung im Europarecht ist Freiheitsgewinn. Diese Freiheit ist wohlgeordnet – in den Verträgen und im Sekundärrecht. Als Modus des europäischen Strafrechts meint gegenseitige Anerkennung indes etwas ganz anderes, weil ihre historische Funktion im Strafrecht mitbedacht werden muss und weil ihr aktueller kriminalpolitischer Sinn – der historischen Funktion entsprechend – in der Freiheitsbeschränkung liegt.

Zum Ende des 19. Jahrhunderts hat die Schule der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung um Franz von Liszt den politischen Mehrwert der gegenseitigen Anerkennung erkannt.<sup>7</sup> Dort ist inhaltlich vorbereitet, was sich heute strukturell auch im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl wieder findet<sup>8</sup>: Wegfall der beiderseitigen Straf-

barkeit<sup>9</sup>, Anerkennung eines fremden Rechtsschutzniveaus<sup>10</sup>, das Vertrauen in die Zuverlässigkeit einer staatsfremden Exekutive<sup>11</sup>. Auch das Ziel war deutlich formuliert: lückenlose Strafverfolgung. Der Mehrwert ergibt sich aus dem historischen Kontext. Gerade eingegangene konstitutionelle Bindungen des Strafrechts konnten auf der Ebene internationaler Rechtshilfe aufgeweicht und erneut gelockert werden. Historisch betrachtet hat das Prinzip gegenseitiger Anerkennung im Strafrecht prä-konstitutionellen Charakter.<sup>12</sup> Diesen Charakter gibt es bis heute nicht vollständig auf. Er erscheint zum Teil nur in anderem Gewand und ist als Informalisierung des Strafprozessrechts verkleidet.

## 3. Informalisierung: fehlende Verbindlichkeit

Im Institut des Europäischen Haftbefehls fand das Prinzip gegenseitiger Anerkennung bisher seine prominenteste Anwendung. Zu deren Vorteilen zählt, dass die Bewilligungsentscheidung über ein Auslieferungsersuchen eines anderen Staates nicht länger justiziell unkontrolliert zwischen Regierungen ausgehandelt wird, sondern zum Gegenstand unmittelbarer justizieller Kooperation wird.<sup>13</sup> Jedoch fehlt es an Regeln, die das Verfahren dieser Kooperation hinreichend bestimmen.<sup>14</sup> Artikel 16 des Rahmenbeschlusses<sup>15</sup> enthält das Problem des Mehrfachersuchens, ohne aber eine justizpraktisch wirksame Handlungsanweisung zu vermitteln, wie ein Kompetenzkonflikt zu lösen ist, wie diese Lösung justiziell kontrolliert wird und vor allem, wie Beschuldigtenrechten, etwa dem Anspruch auf rechtliches Gehör, praktisch wirksame Geltung verschafft wird. Mangels präzise kodifizierter Regeln entwickelt das Kriminaljustizsystem systemspezifische Anwendungsroutinen in der Praxis des europäischen Haftbefehls. Potentiellen Kompetenzkonflikten wird durch Aushandeln abgeholfen, der Griff zum Telefonhörer ersetzt den Blick in das Gesetz.<sup>16</sup> Informalisierung des Verfahrens bedeutet derzeit im Rahmen grenzübergreifender Zusammenarbeit den justiziellen Alltag permanenter Fallüberlastung meistern zu können, ohne an tradierte Beschuldigtenrechte notwendig ankoppeln zu müssen.

Manche meinen, das ist gut so! Dabei wird verkannt, dass die Geltung einer Regel nicht nur auf selektive, gar institutionelle Interessen gestützt werden kann, sondern es auf die Verallgemeinerbarkeit ihres Inhalts ankommt. Aus einer

<sup>9</sup> V. Liszt (Fn. 8), S. 103.

<sup>10</sup> V. Liszt (Fn. 8), S. 97.

<sup>11</sup> V. Liszt (Fn. 8), S. 106.

<sup>12</sup> Vgl. näher Braum, GA 2005, 681 (684 ff.).

<sup>13</sup> Vgl. im Detail Bot, Le Mandat d'Arrêt Européen, 2009, S. 168 ff.

<sup>14</sup> Vgl. ausführlich Unger, Schutzlos ausgeliefert? Der Europäische Haftbefehl, 2005, S. 73 ff.

<sup>15</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl, ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1.

<sup>16</sup> Vgl. dazu demnächst die Studien zur Evaluation des Prinzips gegenseitiger Anerkennung in der Strafrechtspraxis der Mitgliedstaaten in: Vernimmen-van Tiggelen/Surano/Weyembergh (Hrsg.), The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne, 2009.

nien 89/592/EWG, 2003/6/EG; zum Betrug Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.7.1995, ABl. C 316 vom 27.11.1995 (Art. 1).

<sup>7</sup> Vgl. v. Liszt, in: Ders., Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 90 ff.

<sup>8</sup> Im September 1880 legte das „Institut de droit international“ insgesamt 26 Thesen vor – die so genannten „Oxforder Beschlüsse“. Sie enthielten Vorschläge für eine grundlegende Neugestaltung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Siehe „Die Oxforder Beschlüsse des Instituts für Völkerrecht“, abgedruckt als Anhang zu v. Liszt (Fn. 8), S. 123.

strafrechtssituativen Perspektive liegt das legitimatorische Defizit im Modus gegenseitiger Anerkennung, wie er unter anderem im Europäischen Haftbefehl vollzogen wird, im Verlust an Verbindlichkeit von Prozessgesetzen, welche die Prozessbeteiligten mit Rechten und Pflichten ausstattet – mit individuellen Rechten auf Freiräume von öffentlichem Zwang, mit individuellen und öffentlichen Pflichten, diese Freiräume nicht zu verletzen.

Ein faires Strafverfahren bleibt auf diese Verbindlichkeit angewiesen, weil nur es Grenzen setzt und die Prinzipien benennt, nach denen öffentliche Gewalt zum Respekt dieser Grenzen verpflichtet ist. In einem bloß informellen Verfahren geht die Verbindlichkeit des Prozessgesetzes verloren, weil sich Lücken öffnen, in denen öffentliche Gewalt nach praktischem Nutzen agiert und die Gesetzesunterworfenen zum bloßen Objekt einer Verwaltung des praktischen Nutzens degradiert. Reziprozität bleibt so ohne jeden mit Allgemeinheitsanspruch definierten, rechtlich belastbaren Inhalt. Wirklich gemeint ist ein nur strategisches Verhältnis zu beiderseitigem Nutzen der im Kriminaljustizsystem verknüpften Akteure öffentlichen Zwangs. Das aber ist Politik, nicht Recht.

#### 4. „Netzwerk-Strafrecht“

Indes ist die Informalisierung nur ein Anzeichen, das auf einen grundlegenden Wandel des Strafrechts, seiner Funktionen und Systembedingungen hindeutet, der nur in seinem transstaatlichen Zusammenhang zu deuten ist. Schon der Modus gegenseitiger Anerkennung verkörpert in Rahmenbeschluss und EU-Haftbefehlsgesetz einen Zwischenzustand des Strafrechts, das auf einer transstaatlichen Ebene einzelne Elemente des erstmals exklusiv staatlichen Strafrechts – Straftatbestände, Strafverfahrensrecht, Strafvollstreckung – mit tradierten Elementen zwischenstaatlichen Völkerrechts und integriertem EU-Recht verklammert und neu ordnet. Schon in diesem Zustand offener Verfasstheit des Strafrechts bleiben Bürger Europas doch allzu oft schutzlos ausgeliefert.

Die Dynamik europäischer Strafrechtsentwicklung aber ist über diesen Zustand offener Verfasstheit bereits hinweggegangen. Es bilden sich justizielle Netze, in denen Staatsanwaltschaften, Gerichte und Polizei miteinander agieren und grenzübergreifende Verfahren verknüpfen.<sup>17</sup> In gemeinsamen Ermittlungsgruppen werden Ermittlungen über Staaten hinaus geführt.<sup>18</sup> Informationssysteme erheben, speichern und verarbeiten Daten europaweit.<sup>19</sup> Mit Drittstaaten werden Informa-

tionen und Ermittlungsergebnisse ausgetauscht.<sup>20</sup> Auf Vorrat gespeicherte Daten lassen sich in ganz Europa abrufen, wo immer ein strafrechtlicher Bedarf behauptet wird.<sup>21</sup> Schließlich sehen UN-Regelungen und EU-Verordnungen vor, dass das Vermögen mutmaßlich gefährlicher oder verdächtiger Personen vor, während oder nach einem Strafverfahren eingefroren oder konfisziert werden darf.<sup>22</sup> Dies alles geschieht auf der Grundlage verbrüchlicher Regeln, die an formelle Rechtsakte – nationale wie europäische – nur lose anknüpfen, deren inhaltlicher Kern aber durch Eigenlogik und systemspezifischen Funktionsbedarf eines sich machtvoll konstituierenden Netzwerk-Strafrechts geriert wird.

„Netzwerk-Strafrecht“ darf dabei nicht als eine gesellschaftstheoretische Vokabel begriffen werden.<sup>23</sup> Es ist vielmehr eine Form öffentlicher Gewalt, die über den Staat hinauswächst, ohne unbedingt in neue politische Einheit und Integration zu münden, sondern sich vielmehr in eine Vielzahl interaktiver Akteure verzweigt. Ein solches Strafrecht scheint auf Zwang gar nicht aus, sondern wird als fürsorglich aktiver Dienstleister umfassender Sozialkontrolle wahrgenommen. Das ist aber nur vordergründig so. Seine Zwangsmöglichkeiten liegen stets auf Halde und sind gegebenenfalls unmittelbares Resultat einer subtilen und klinisch genauen Kontrollaktivität, die sich punktuell, wo es opportun erscheint, entlädt. „Netzwerk-Strafrecht“ hat kein Zentrum, übt Autorität aus, ohne dass diese Autorität selbst in die Pflicht genommen wird. Eingebettet in seine Funktionsregeln weist es eine Diskussion über die Legitimation seiner Aktivität als systemfremd ab und verhindert so, dass die Erosionen der einst unverbrüchlicher Legitimationsprinzipien jedenfalls politisch nicht aufgefangen werden.

Lässt sich diese Spur europäischer Strafrechtsentwicklung noch verwischen, indem sie in das Bilderbuch eines verfassungsrechtlichen Demokratiemodells eingefügt wird?

<sup>17</sup> Eurojust bildet ein Beispiel, vgl. den Beschluss vom 28.2.2002 zur Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (2002/187/JI), ABl. L 63 vom 6.3.2002; vgl. darüber hinaus Gemeinsame Maßnahme vom 29.6.1998 zur Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes (98/428/JI), ABl. L 191 vom 7.7.1998, S. 4; Beschluss des Rates vom 16.12.2008 über das Europäische Justizielle Netz, ABl. L 348 vom 24.12.2008.

<sup>18</sup> Vgl. dazu die Beiträge in Rijken/Vermeulen (Hrsg.), Joint Investigation Teams in the European Union, 2006.

<sup>19</sup> Zu den Problemen des Schengener Informationssystems vgl. *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2004, 97.

<sup>20</sup> Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zu Strafverfolgungszwecken CNS (2007) 0237 vom 23.1.2009; Richtlinie 2004/82/EG des Rates vom 29.4.2004 über die Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln [2004] Abl. L261/24; Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records – PNR) und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das United States Department of Homeland Security (DHS) (PNR-Abkommen von 2007) und Schreiben des DHS, ABl. 2007, L204/18.

<sup>21</sup> Richtlinie 2006/24/EG vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten [...], ABl. L 105/54 vom 13.4.2006.

<sup>22</sup> Vgl. etwa VO 467/2001 des Europäischen Rates vom 6.3.2001, ABl. L 67 vom 9.3.2001 und VO (EG) 881/2002, ABl. L 139 vom 29.5.2002: letztere die erstere aufhebend und einschlägig im Fall *Kadi Barakaat*, EuGH, C-402/05 P und C-415/05 P. Siehe dazu *Klip*, *European Criminal Law*, 2009, S. 265 ff.

<sup>23</sup> Instrukтив *Augsberg/Gostomzyk/Viellechner*, *Denken in Netzwerken*, 2009.

### III. Europäisches Strafrecht im verfassungsrechtlichen Demokratie- und Rechtsstaatsmodell

#### 1. Strafrecht in geteilter Zuständigkeit

Eine Legitimationsquelle europäischer Strafrechtsentwicklung bildet naturgemäß das Primärrecht der Europäischen Verträge. Der Vertrag von Lissabon könnte den Transformationsprozess, dem das Strafrecht zwischen seinen Polen „verrechtlichtes Strafrecht staatlicher Souveränität“ und „Netzwerk-Strafrecht“ unterworfen ist, noch verstärken, ihn zumindest untermauern. Gemäß Artikel 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 lit. j des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gehört das Strafrecht zu dem Bereich von Zuständigkeiten, die sich Union und Mitgliedstaaten teilen.

Schon in der Anhörung des Europaausschusses des Deutschen Bundestages wurde diese Zuständigkeitsteilung fast einhellig als Problem gesehen.<sup>24</sup> Zwar entfällt der klassische Abgrenzungstreit zwischen erstem und drittem Pfeiler und vermögen europäische Rechtsakte im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts so grundsätzlich an konsolidierter Kohärenz zu gewinnen. Es fragt sich aber, für welche strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Inhalte sich eine Unionszuständigkeit ergeben mag und für welche es bei der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bleibt. Hier geht es um politische Gestaltungsmacht. Hier geht es aber auch um die Substanz des Strafrechts, nämlich die Frage, was eigentlich strafwürdig ist und nach welchen Regeln, zu welchem Zweck und unter welchen Bedingungen wir strafen dürfen. Der Vertrag von Lissabon liefert zur Lösung dieser neuen, durchaus inhaltlichen Abgrenzungsfrage wenig eindeutige Kriterien.

So eröffnet Artikel 82 Abs. 2 AEUV unter dem Aspekt der gegenseitigen Anerkennung einen weiten Zugriff auf das Strafprozessrecht. Betroffen sind Kernbereiche: das Beweisrecht (lit. a.), die Stellung der Verfahrensbeteiligten (lit. c) und die Verfahrensgarantien (lit. b). Arti. 82 Abs. 2 lit. d AEUV statuiert eine jener Blankettermächtigungen, nach denen die EU-Organe durch den Vertrag explizit eingeräumte Befugnisse in selbständigem Verfahren erweitern dürfen. Im materiellen Strafrecht beschränkt Artikel 83 Abs. 1 AEUV die Unionszuständigkeit zwar auf einzelne Bereiche schwerer Kriminalität von „grenzüberschreitender Dimension“. Jedoch sind diese so allgemein gefasst, dass sich auch hier ein umfassender Kompetenzrahmen ergibt. Rechtsbegriffe wie „Geldwäsche“ oder „Organisierte Kriminalität“ sind Trojanische Pferde, die den Zugriff auf weite Bereiche des materiellen Strafrechts erlauben, weil sie selbst Straftatbestände in Bezug nehmen, die nur mittelbar grenzübergreifender Natur sind. Auch hier kommt eine Blankettermächtigung nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV hinzu.

Nimmt man allein diese Regeln über die geteilte Zuständigkeit zusammen mit der eingangs beschriebenen strafrechtlichen Situation, folgt daraus das strafrechtsspezifische Problem, dass die angesichts seiner „Netzwerk-Struktur“ zu beo-

bachtenden Legitimationsdefizite zumindest perpetuiert werden könnten und die Frage ist, was die Verträge und was die nationale Verfassung dem entgegensetzen.

#### 2. Strafrecht als Ausdruck einer politischen Gemeinschaft in staatlicher Souveränität?

##### a) Auf Ewig Staat?

Das Lissabon-Urteil verlegt das Problem der geteilten Zuständigkeit in das Spannungsverhältnis von Art. 38 GG, Art. 23 GG und deren Verhältnis zur Ewigkeitsgarantie nach Art. 79 Abs. 3 GG. Das in Art. 38 Abs. 1 GG garantierte Wahlrecht ist konstitutives Merkmal des Demokratieprinzips, das sich – garantiert durch Art. 20 Abs. 3 – zugleich als Bestandteil der verfassungsrechtlichen Ewigkeitsgarantie darstellt.<sup>25</sup> Daraus folgt für das Bundesverfassungsgericht auch, dass eine in einem Staat politisch verfasste Mehrheit von Bürgern, die Ausübung des Demokratieprinzips nicht grenzenlos auf eine transstaatliche politische Gewalt übertragen kann.<sup>26</sup>

Zugleich aber ist das Grundgesetz auch eine Verfassung des offenen Staates. Art. 23 GG verpflichtet die Verfassungsorgane zu europäischer und internationaler Integration.<sup>27</sup> Das Grundgesetz enthält also Europarechtsfreundlichkeit und demokratische Verfassungsidentität als zwei Elemente verfassungsrechtlicher Handlungsanweisung, die es auszubalancieren gilt.<sup>28</sup> Was aber meint demokratische Verfassungsidentität?

Demokratie setzt freie und gleiche Teilhabe der Bürger an der öffentlichen Gewalt voraus. Gesetze sind also nur dann legitim, wenn sie im Wege der Selbstgesetzgebung erlassen wurden und Ausdruck eines unter Freien und Gleichen gebildeten, allgemeinen politischen Willens sind.<sup>29</sup> Nur eine solche nach Freiheitskriterien erfolgte politische Willensbildung verschafft politischen Entscheidungen in Legislative und Exekutive, wenn sie mehrheitlich getroffen werden, auch verbindliche Geltung. Politische Herrschaft ist notwendig Gesetzesherrschaft durch das Volk, das sich dem, nach verbindlichen prozeduralen Kriterien bestimmten Willen einer Mehrheit auf immer wieder erneuerbare Weise unterwirft.<sup>30</sup> Jedoch ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur die Möglichkeit zur politischen Teilhabe an öffentlicher Gewalt selbst dem Mehrheitswillen entzogen und daher unverfügbar, sondern auch die Organisationsform, die jene Teilhabe traditionell ermöglicht<sup>31</sup>: der souveräne Staat, interpretiert nicht als Mythos oder Endzweck, sondern als politisch verfasste Gemeinschaft, die historisch und kulturell zusammengewachsen ist und sich globaler Anerkennung erfreut. Das Demokratieprinzip wird zum unverfügbaren Modus einer als politische Gemeinschaft gedachten, kulturell

<sup>24</sup> Deutscher Bundestag, Europaausschuss, Expertengespräch zum „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ am 5.3.2008.

<sup>25</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 216.

<sup>26</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 228.

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 224.

<sup>28</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 224.

<sup>29</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 210.

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 213.

<sup>31</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 216.

integrierten und nur daher souveränen Einheit.<sup>32</sup> Das zeugt von staatsferner Staatsnähe. Die Nähe ist dabei das Problem.

Aus dem der Ewigkeit verschriebenen Souveränitätsbegriff resultiert eine tradierte Ableitung von Rechtsverhältnissen in politischen Mehrebenensystemen. Die Europäische Union ist demnach ein Staatenverbund, dessen Kompetenzen von den Mitgliedstaaten – den eigentlichen Legitimationssubjekten – nur abgeleitet sind.<sup>33</sup> Der offene Verfassungsstaat unterwirft sich keiner fremden Macht, sondern geht mit anderen Mächten eine gegenseitige und gleichberechtigte Bindung mit dem Ziel der Friedenssicherung für alle ein.<sup>34</sup> So erweitert er seine politische Gestaltungsmacht zu seinem eigenen und zum allseitigen Nutzen.<sup>35</sup> Ausgangspunkt der Legitimation einer Rechtsordnung transstaatlicher Natur bleibt stets der Rechtszustand des modernen Verfassungsstaats. Transstaatliches Recht hat diesen Staat zur notwendigen Quelle und ist danach als Völkerrecht nur in einem äußeren Rahmen denkbar, der das Staatensystem ordnet und verbindliche Regeln für eine politische Gestaltung bietet, die Staatsterritorien und –völker überschreitet und verknüpft. Souveränität aber bleibt „das prägende Prinzip des Völkerrechts“.<sup>36</sup>

Es mag Zufall sein, dass das Urteil bei seiner Definition der Souveränität unter Einbeziehung des Völkerrechts unter anderem auf einen Kommentar zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen aus dem Jahr 1888 rekurriert, wenn es Souveränität als „völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit“ begreift.<sup>37</sup> Vielleicht ungewollt entpuppt die Argumentation aber so einen denkbaren theoretischen wie historischen Hintergrund dieser Definition.

Rechtshilfe in Strafsachen war die Spur internationalen Strafrechts, auf der man den gerade eingegangenen Bindungen nationalstaatlicher Konstitution entkam.<sup>38</sup> Die Gestalt politischer Herrschaft sollte daher nicht denselben verfassungsrechtlichen Kriterien unterliegen müssen, wie der als Nation verfasste strafende Staat selbst. Jeder Universalitätsanspruch verlor sich in der politischen Relativität des Völkerrechts. Aber auch umgekehrt galt, dass der Staat sich einer rechtsverbindlichen Kontrolle von außen entzog. „Freiheit“ birgt hier kein Individualrecht, sondern die Freiheit der politischen Systeme, ihre Beziehungen nach Regeln zu ordnen, die nicht primär rechtlich, sondern politisch opportun waren. Argumentiert man mit einem staatlich zentrierten Begriff der Souveränität, so bleibt es über den Staat hinaus nur eine politische Frage, wie weit dieser grenzüberschreitende allgemeinverbindliche Regeln für seine eigene Ordnung akzeptiert und inwiefern er sich daran beteiligt, Machtverhältnisse auf inter-

nationaler Ebene auch rechtlich zu durchdringen.<sup>39</sup> Befragt man so die Verfassung auf rechtliche Legitimationskriterien für grenzübergreifende öffentliche Gewalt, landet man am Ende beim wechselhaften Willen politischer Mehrheiten. Das genügt wohl kaum für eine „Befugnis zu zwingen“.

*b) Prinzip begrenzter Ermächtigung – die „Befugnis zu zwingen“?*

Der Staatenverbund kann durch den souveränen offenen Staat grundsätzlich zum Zwang ermächtigt werden.<sup>40</sup> Das Wirtschaftsstrafrecht zeigt, dass von dieser Ermächtigung in der Vergangenheit Gebrauch gemacht wurde, jedenfalls was die Regeln anbelangt, an die sich staatlicher Zwang anschließen darf. Diese Ermächtigung ist sachlich begrenzt und soll durch ein verfassungsrechtlich abgesichertes Prinzip begrenzter Ermächtigung gewährleistet werden. Schon im Maastricht-Urteil<sup>41</sup> war es Ausdruck der „staatsverfassungsrechtlichen Grundlegung der Unionsgewalt“.<sup>42</sup> Diese wird zur Rechtssetzung ermächtigt, dabei aber auch verpflichtet, die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten zu respektieren.

Für das Strafrecht bedeutet das Prinzip begrenzter Ermächtigung die Verlängerung des Prinzips der Strafgesetzmäßigkeit in europäisches Recht, jedenfalls in formaler Hinsicht.<sup>43</sup> So greift es die Idee der Legitimation durch freie und gleiche Teilhabe an der Gesetzgebung auf und stellt anspruchsvolle Voraussetzungen an den Prozess der politischen Willensbildung. Es begründet eine Legitimationskette zwischen Union und Mitgliedstaat. Weil es besonderer Gründe des Strafes bedarf, ist demokratische Strafgesetzgebung ein deliberatives, auf Partizipation setzendes Projekt. Der Strafgesetzgeber muss sich öffentlich rechtfertigen, müsste empirische Erfahrungen prüfen, sich gegebenenfalls fremder Sachkunde bedienen, normative Vertretbarkeit bedenken und Folgewirkungen reflektieren. Schon auf formaler Ebene würde eine so verstandene Strafgesetzmäßigkeit die Ergebnisse der Strafgesetzgebung als Anwendungsfall praktischer Vernunft sichern. Soweit das Ideal.

In der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts wird diese Begrenzungs- und Kontrollfunktion nur zur Hälfte entfaltet. Das Prinzip ist „Programmsicherung“. Der Programmverlauf ist politisch bestimmt, in seinem Ende nicht präzise vorhersehbar.<sup>44</sup> Im Prinzip begrenzter Ermächtigung wird der Politik so viel europäischer Spielraum zugestanden, wie das Bundesverfassungsgericht es für rechtlich opportun hält. Was Europas, und was des Staates ist, was demokratisch gestaltbar erscheint, und was immerhin ewig währen soll, ergibt sich in dieser Argumentation nicht aus Rechtsprinzi-

<sup>32</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 224.

<sup>33</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 231.

<sup>34</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 220.

<sup>35</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 221.

<sup>36</sup> Die Formulierung findet sich bei *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 235.

<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 223.

<sup>38</sup> Die politische Verfügbarkeit der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist historisch dokumentiert bei *Grützner*, ZStW 68 (1958), 107.

<sup>39</sup> Die politische Anfälligkeit des Auslieferungsrechts verliert sich daher auch unter dem Grundgesetz nicht. Vgl. dazu *Vogler*, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, 1970, insbesondere S. 336 ff.

<sup>40</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 226.

<sup>41</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>42</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 234.

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, 2003, S. 256 ff.

<sup>44</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 237.

pien, die allgemeine Gründe gesetzlicher Zuständigkeit angeben können. Inhalte begrenzter Ermächtigung folgen einem vorausgesetzten politisch-kulturellen common sense, wie er der Verfassung nur insinuiert wird.

### c) *Strafrecht als Element einer „Kultur der Freiheit“?*

Staatliche Souveränität ist nach dem Urteil anders als in den Staatsmodellen von *Bodin* oder *Hobbes* kein Wert an sich, sondern substantiiert sich als eine politische Gemeinschaft die ihre Lebensverhältnisse in Kooperation mit anderen, aber letztlich eigenverantwortlich gestaltet. So kann das Demokratieprinzip auch dann verletzt sein, wenn sich die Demokratie mit der Übertragung von Kompetenzen ihrer Identität beraubt und eine Kompetenz-Kompetenz auf einer anderen politisch verfassten Ebene entstehen lässt.<sup>45</sup> Beharrt wird auf einem materiellen Kern demokratischer Souveränität, der dem Kompetenztransfer auf eine andere öffentliche Gewalt Grenzen setzt.<sup>46</sup>

So benennt das Bundesverfassungsgericht die Bereiche politischer Öffentlichkeit, die innerhalb des Mitgliedstaates den demokratischen Prozess für jedermann erlebbar und verständlich machen sollen. Nicht um abstrakte Definition von Staatsaufgaben geht es dabei<sup>47</sup>, sondern um die politischen Essentials öffentlicher Debatte, die derzeit auf europäischer Ebene nach Ansicht vieler mit wenig Bürgernähe geführt werden und es mithin an Akzeptanz fehlen lassen.<sup>48</sup> Demokratische Souveränität wird durch einen Kern gemeinsam geteilter, gesellschaftlich und kulturell identifizierter Angelegenheiten bestimmt.<sup>49</sup> Zu diesen wesentlichen Bereichen politischer Gestaltung gehört unter anderem auch das Strafrecht.<sup>50</sup>

Das Prinzip begrenzter Ermächtigung verlangt eine restriktive Auslegung europäischer Strafgesetzbildungskompetenzen.<sup>51</sup> Das ist in der Perspektive der strafrechtlichen Situation eine Schlüsselstelle des Urteils – und eine wichtige Botschaft für die künftige europäische Kriminalpolitik. Eine begrenzte Auslegung europäischer Zuständigkeit in Strafsachen ist oft eingeklagt worden. Oft auch ohne Erfolg. Nun nimmt das Bundesverfassungsgericht diesen restriktiven Ansatz auf und statuiert Kriterien sachlicher Begrenzung. Freilich ergeben sich diese Kriterien nicht zwingend erst aus einem durch Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherten Demokratieprinzip, sondern aus materiellen Prinzipien legitimen Strafrechts, die universell in Europa geteilt werden und nicht nur zum Kulturkreis einer im Staat verfassten politischen Gemeinschaft gehören. Restriktion im europäischen Strafrecht ist richtig und – endlich – geboten, indes muss sie auch von

Gründen getragen werden, die einen Rechtsgrund restriktiver Interpretation enthalten.

Beim Strafrecht zeigt sich, dass der Vertrag von Lissabon durchaus auf der verfassungsrechtlichen Kippe stand.<sup>52</sup> Er entgeht der Verfassungswidrigkeit nur, wenn die Kriterien restriktiver Interpretation ernst genommen werden.<sup>53</sup> Dies gilt sowohl für den Modus gegenseitiger Anerkennung als auch für die vor allem durch den Europäischen Gerichtshof bejahte Annexkompetenz der Europäischen Union in Strafsachen. Im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung genügt es künftig nicht, einfach nur politisch festzustellen, dass ein diesbezüglicher Rechtsakt Straftaten von grenzübergreifender Dimension betrifft. Der europäische Strafgesetzgeber muss diese Dimension anhand der Art und der Auswirkungen einer Straftat empirisch belegen.<sup>54</sup> Auch die nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts an sich uferlose Annexkompetenz wird an empirische Kriterien geknüpft. Das Strafrecht muss zur Durchsetzung von Zielen des EU-Vertrages geeignet, erforderlich und angemessen in engerem Sinne sein.<sup>55</sup> Zwar galten diese Kriterien schon in der Vergangenheit, sie blieben aber in der politischen Praxis bloß Formeln ohne Inhalt. Nun verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass ein „gravierendes Vollzugsdefizit“ „nachweisbar feststehen“ muss und „nur durch Strafdrohung beseitigt werden kann“.<sup>56</sup>

Das ist die verfassungsrechtliche, für Europa übersetzte Version des ultima-ratio-Prinzips. Es erfreute sich in der europäischen Kriminalpolitik bisher nur geringen Ansehens. Der Griff zum Strafrecht war prima ratio, wenn es um die Durchsetzung institutioneller Interessen oder um Systemschutz ging. In seinem Urteil zum Umweltstrafrecht<sup>57</sup> hat der Europäische Gerichtshof ebenso ein Prüfungsprogramm entwickelt, um den Einsatz des Strafrechts auf europäischer Ebene zu begründen und bezieht sich dabei auf die Elemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>58</sup> Indes gewinnt die Anwendung dieses Programms kaum an argumentativer Schärfe, weil das Strafrecht als eines von vielen politischen Gestaltungsmitteln begriffen wird, deren sich die EU bedienen kann.<sup>59</sup> Den fehlenden Sinn für die Angemessenheit des Strafrechts zur Bewältigung von Steuerungsproblemen angesichts moderner Systemkrisen versucht das Bundesverfassungsgericht zu stiften, indem es Schonung für die „integrationsfeste mitgliedstaatliche Strafkompetenz“ verlangt.<sup>60</sup> Danach muss der EU-Zugriff auf das Strafrecht differenzierter werden: nicht mehr ganze Deliktbereiche sollen durch Mindestvorschriften harmonisiert und dem Modus gegenseitiger

<sup>45</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 247 und bezüglich der Flexibilitätsregel nach Art. 352 Abs. 2 AEUV Abs. 328.

<sup>46</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 248.

<sup>47</sup> Kritisch *Halberstam/Möllers*, German Law Journal Vol. 10, No. 08, 1241 (1249).

<sup>48</sup> Vgl. auch *Di Fabio* (Fn. 36), S. 233 ff.

<sup>49</sup> *Di Fabio* (Fn. 36), S. 237.

<sup>50</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 249.

<sup>51</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 358.

<sup>52</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 361.

<sup>53</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 362.

<sup>54</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 359.

<sup>55</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 362.

<sup>56</sup> AaO.

<sup>57</sup> EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03 (Europäische Kommission vs. Europäischer Rat)

<sup>58</sup> EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03, Rn. 48.

<sup>59</sup> EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – Rs. C-176/03, Rn. 43 ff.

<sup>60</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363.

Anerkennung unterworfen werden dürfen, sondern nur noch „Tatbestandsvarianten“.<sup>61</sup>

So scheint die europäische Strafrechtsentwicklung begrenzt, weil der europäischen Kriminalpolitik zu Recht Begründungspflichten auferlegt werden. Indes erstrecken sich diese Pflichten nur auf die Masse alter und neuer strafrechtlicher Regeln und die Grenzen, nicht aber auf den Grund ihrer Produktion. Im Sinne eines formellen Elements von Strafgesetzlichkeit hängt die demokratische Legitimation eines Rechtsakts von der freien und gleichen Teilhabe von Bürgern ab, die sich in einer politischen Einheit organisieren und sich nur den Gesetzen unterwerfen, die sie für sich selbst auch verantworten, nicht aber von einem Konzept staatlicher Souveränität, das den Staat als politische Gemeinschaft mit spezifisch kulturellen Merkmalen definiert. Dieser Begründung von Demokratie fehlt es im Mehrebenensystem an Verallgemeinerbarkeit und mithin an normativer Akzeptanz. Dagegen versteht das Urteil das Strafrecht als Kulturelement, also als Summe kriminalisierter Verhaltensmuster, die sich aus historischen Erfahrungen, Glaubenstraditionen und den innerhalb einer politischen Gemeinschaft geteilten Wertvorstellungen speisen.<sup>62</sup> Dabei hat der staatliche souveräne Gesetzgeber einen grundsätzlich weiten Gestaltungsraum, was er unter Strafe stellt.<sup>63</sup> Europa soll der nach kulturellen Wertvorstellungen strafenden politischen Gemeinschaft keine Hindernisse in den Weg legen, indem es eigene Strafansprüche formuliert.

Aber warum eigentlich? Wenn in einem begrenzten rechtlichen Rahmen grundsätzlich jedes politische Interesse, das in ordnungsgemäßen Verfahren eine Mehrheit findet und sich in kulturellen Wertemustern widerspiegelt, strafwürdig ist, darf auch jede politische Gemeinschaft solche Interessen formulieren. Das europäische Problem ist, dass die Masse strafrechtlicher Regeln beständig wächst und der Rekurs auf nationale Gestaltungsinteressen keinen Grund angibt, warum das anders sein soll, wenn es doch die Praxis aller ist. Gegenüber der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten lässt sich im Rahmen europäischer Kriminalpolitik nicht geltend machen, dass die demokratischen Prozeduren der EU nicht dem Demokratiemaßstab des Grundgesetzes entsprechen<sup>64</sup>, wenn dieses selbst auf eigene inhaltliche Kriterien von Strafwürdigkeit gerade verzichtet. Aus der Staatszentrierung des Urteils ergibt sich kein Maßstab, der allgemein genug wäre, um das Legitimationsdefizit des „Netzwerk-Strafrechts“ zu beheben. Dennoch folgen aus dem Urteil zum Lissabon-Vertrag erste Gegenmittel, weil die Idee begrenzter Ermächtigung als formal legitimatorisches Prinzip der normativen Ebenenverknüpfung richtig bleibt.

<sup>61</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363.

<sup>62</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 253 und 363. Vgl. auch *Di Fabio* (Fn. 36), S. 248 f.

<sup>63</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363; Ähnlich *Di Fabio* (Fn. 36), S. 249.

<sup>64</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 295.

#### IV. Prämissen für das „Netzwerk-Strafrecht“

Das beschriebene „Netzwerk-Strafrecht“ ist das Produkt europäischer Strafrechtsentwicklung. Es führt den Staat noch mit, entwickelt aber längst eigene Systemautonomie. Es wurde und wird durch die Akteure der Kriminaljustizsysteme in Europa zu Zwang und Kontrolle ermächtigt, verrechtlicht aber ist es lange nicht. Dazu bedarf es Mechanismen, die an die Verknüpfungspunkte des Netzwerks reichen, ohne gleich an die Konstitutionalisierung eines neuen Bundesstaates zu denken.<sup>65</sup> Verrechtlichung heißt politische Herrschaft zu domestizieren, ihr die Organisation fairer Verfahren aufzuerlegen und sie an den materiellen Rechtsprinzipien des Freiheitsschutzes zu messen.<sup>66</sup> Ein paar dieser Mechanismen befinden sich in Sichtweite.

##### 1. Parlamentarische Kontrolle

Der Vertrag von Lissabon bietet mehr parlamentarische Mitwirkungsrechte bei der Gestaltung des europäischen Strafrechts. Nach dem Mitentscheidungsverfahren ist das Europäische Parlament in die europäische Strafgesetzgebung voll einbezogen. Nach Art. 12 lit. b EUV obliegt den nationalen Parlamenten nach dem Subsidiaritätsprinzip die strenge Kontrolle europäischer Kompetenzausübung. Setzt man die Norm mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Bezug, lässt sich Subsidiarität mit Verhältnismäßigkeit koppeln. So kann es künftig schon nach EU-Recht essentielle Aufgabe der nationalen Parlamente sein, den Kriterien des EuGH, wonach das Strafrecht zur Lösung von Politikzielen der Union geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, Leben einzuhauchen.

Da das Bundesverfassungsgericht die demokratischen Prozeduren im Mehrebenensystem ausschließlich auf der Ebene der in staatlicher Souveränität verfassten politischen Gemeinschaft vollständig verankert sieht<sup>67</sup>, genügen diese bloßen Mitwirkungsrechte an der europäischen Strafgesetzgebung nach dessen Auffassung aber nicht.<sup>68</sup> Die Idee der Selbstgesetzgebung soll nur unter Beteiligung des Deutschen Bundestags wirksam funktionieren. So erfolgt die Verrechtlichung des Netzwerk-Strafrechts zunächst einmal – in selektiver Weise – durch und für seine inneren Bestandteile. Der Gebrauch der Blankettermächtigungen etwa unterliegt dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, weil sie in der Sache einer Kompetenzerweiterung entspricht.<sup>69</sup> Auch die

<sup>65</sup> *Kant* lehnt die Weltrepublik vor allem mit dem Argument ab, dass mit der Vereinigung von Staaten „seelenloser Despotismus“ drohe. Vgl. *Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Fn. 2), Bd. 8, Abhandlungen nach 1781, 1923, S. 367. Modern gesprochen steht dahinter die Furcht vor der Entfesselung transstaatlicher Systeme. Die Befürchtung scheint gerechtfertigt. Vgl. dazu auch *Habermas*, in: Ders., Philosophische Texte, Bd. 4, Politische Theorie, 2009, S. 313 (S. 328).

<sup>66</sup> *Habermas* (Fn. 65), S. 339.

<sup>67</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 276.

<sup>68</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 295.

<sup>69</sup> BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 363.

„Notbremse“ aus Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 3 AEUV soll nur und aufgrund der Beteiligung des Parlaments gezogen werden dürfen.<sup>70</sup> Für Deutschland wirkt sie künftig also vor allem dann, wenn der Deutsche Bundestag es verlangt. Schließlich wird auch für den Fall, dass der Bereich des Strafrechts dem allgemeinen Brückenverfahren unterworfen werden soll, so dass das Einstimmigkeitserfordernis durch die Regeln qualifizierter Mehrheit ersetzt wird, der Erlass eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG vorausgesetzt.<sup>71</sup>

Was das Urteil als Gebot formuliert, schien bereits zuvor möglich, hätte es eine parlamentarisch geleitete, öffentliche Debattenkultur um das europäische Strafrecht gegeben. Die nun festgelegten Mitwirkungsrechte des Bundestages sind das Resultat justizieller Erfahrungen mit dem Versagen dieser Kultur.<sup>72</sup> Demokratisches und an Rechtsprinzipien orientiertes Strafrecht setzt die Mitwirkung der nationalen Parlamente als Organe politischer Willensbildung einer Gesellschaft notwendig voraus. Nur das Parlament muss diese Rolle als aktiver Akteur europäischer Rechtssetzung auch annehmen, seine Maßstäbe klar formulieren und öffentlich vertreten.

Wenn es seine Mitwirkungsrechte inhaltlich begreift, wird sich auch zeigen, dass der Fokus auf die in staatlicher Souveränität verfasste politische Gemeinschaft zu eng und der strafrechtlichen Situation in Europa unangemessen ist. Will man einen rechtlichen Rahmen von Strafgesetzgebung in Europa schaffen, wird es normativ kaum überzeugen, hier ein wenig mehr Kriminalität bekämpfen zu wollen, dort auf nationalen Eigenheiten bei der Kriminalisierung abweichenden Verhaltens zu beharren. Praktisch vernünftige Strafgesetzgebung basiert auf einem Gesamtkonzept, das der Zerbrechlichkeit individueller Rechte gerecht wird. Für dieses Konzept aber bedarf es Diskussionsforen, Debattenarenen, medial sorgfältig vermittelter Kommunikation, mit dem Anspruch, nicht nur kulturell definierte, und daher auch tendenziell in sich abgegrenzte politische Gemeinschaften zu repräsentieren.<sup>73</sup> Es muss einen Rechtsrahmen für demokratische Interaktionen geben, will man Konflikte zwischen Gesetzgebungsorganen vermeiden: die nationalen Parlamente werden und müssten sich miteinander verknüpfen, um wiederum mit dem Europäischen Parlament zu interagieren. Interaktiver Parlamentarismus erzeugt den Resonanzboden politischer Öffentlichkeit, den es zur Legitimation von Rechtssetzung braucht. Das Demokratieprinzip verändert sich in Europa. Sein Kern ist Deliberation, die nicht nur auf bloße Teilhabe angelegt ist, sondern darauf, Prozeduren der Selbstgesetzgebung, in denen Rechte als verbindlich geltend anerkannt werden, weil die Träger der politischen Willensbildung in freier und gleicher Weise über sich selbst beschließen, an denjenigen Stellen des Netzwerks zu verankern, wo delibera-

tive Defizite herrschen.<sup>74</sup> Diese Defizite sind auf allen Ebenen sichtbar, im Staat und bei den Akteuren, die längst über ihn hinausreichen.

Dabei kann man im Übrigen auch auf eine europäische Öffentlichkeit vertrauen. Der politische Resonanzboden ist längst bereit: er speist sich aus europäischem Bewusstsein, aus den geteilten Unrechtserfahrungen des 20. Jahrhunderts, aus der europäischen Aufklärungsphilosophie, aus den alltäglichen Begegnungen von Europäern, die sich weder durch ihre Sprache, noch durch ihre Religion definieren, sondern durch das Glück, sich als Freie und Gleiche in ganz Europa begegnen zu dürfen.

### 2. Justizielle Kontrolle

Konflikte erscheinen nach dem Karlsruher Urteil aber nicht nur zwischen Parlamenten, sondern vor allem zwischen den obersten Justizorganen möglich. Ein Auslöser dieses Konflikts sind die teils konfligierenden Interpretationen, denen das Prinzip begrenzter Ermächtigung, verstanden als europäisch übersetztes Prinzip der Gesetzlichkeit, unterliegt. Auf europäischer Ebene ist es vorrangig dem Integrationsansatz des Gemeinschaftsrechts verpflichtet, ohne dass es weder theoretisch noch methodisch hinreichend abgesichert wäre. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Fragen der Annexkompetenz fehlt es an Kohärenz seiner Anwendung. Nicht nur die EU-Institutionen selbst sind dadurch verunsichert.<sup>75</sup> Vermutlich hat das Bundesverfassungsgericht auch diese Judikatur im Blick, wenn es von möglichen Überschreitungen des Prinzips der Einzelermächtigung spricht.<sup>76</sup> Das Schweigen der *zweiten Kammer* zur Judikatur des EuGH in Kompetenzfragen des Strafrechts ist beredt. Einen unbegrenzten Vorrang des Europarechts, mithin auch von Kompetenzen, die als Annexkompetenzen behauptet werden, gibt es von Verfassungswegen nicht. In der Möglichkeit zur Ultravires-Kontrolle<sup>77</sup> – diese mag vor allem das Strafrecht eher betreffen als eine Kontrolle der Verfassungsidentität – wird die künftige Möglichkeit zum Kompetenzkonflikt zwischen EuGH und Bundesverfassungsgericht nun offen erklärt. Eine juristische Drohkulisse aus Karlsruhe. Vorsicht ist geboten!

Der EuGH muss sich hinterfragen: seine Rechtsprechung in Strafsachen sollte wohl begründeter, reflektierter, argumentationsstärker und transparenter sein als bisher. Und sie sollte vorab verfassungsrechtliche Folgewirkungen im Blick haben. Letztlich geht es bei der Frage justizieller Kontrolle nicht um den Kampf um Kontrollkompetenz im „Netzwerk-Strafrecht“, sondern darum, wer das in seinen Rechten gefährdete und orientierungslose Individuum vor den Zumutungen öffentlicher Gewalt schützt. Rechtsschutzprobleme im Strafrecht sind grenz- und instanzübergreifend. Anwendungsfälle des europäischen Haftbefehls bieten Beispiele für Justizkommunikation zwischen europäischen und staatlichen Gerichtsinstanzen. Der Europäische Gerichtshof braucht effek-

<sup>70</sup> BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 365.

<sup>71</sup> BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 366.

<sup>72</sup> So vor allem im Verfahren zum Gesetz über den Europäischen Haftbefehl, BVerfG, Ur. v. 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04. Vgl. dazu Schorkopf (Hrsg.), *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, 2006.

<sup>73</sup> Vgl. Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, S. 117.

<sup>74</sup> Vgl. dazu *Habermas* (Fn. 65), S. 340 f.

<sup>75</sup> Vgl. *de Biolley*, in: Braum/Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, S. 309 (S. 311).

<sup>76</sup> BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 362.

<sup>77</sup> BVerfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, Rn. 339 f.



tivere Verfahren, um wachsende Falllast zu bewältigen und Rechtsschutz im Strafrecht zu stiften. Dies muss durch die Reform seines Verfahrensrechts und mit Hilfe strafrechtlicher Fachgerichte am EuGH erfolgen. Art. 257 AEUV öffnet hierfür den Weg. Nationales Verfassungsrecht sollte diesen Weg nicht im Konflikt, sondern in kritischer Kooperation bestärken.

### 3. Kritische Strafgesetzlichkeit – das „Erna-Problem“

Europa, Staaten, Netzwerke werden von Menschen gemacht. Überall erscheint das triviale Problem der Macht, die mitunter kafkaesk dem Einzelnen entgegentritt. Nehmen wir eine normale Bürgerin irgendeines EU-Landes, nennen wir sie Erna, und entdecken die vielfältigen Möglichkeiten öffentlicher Gewalt, denen sie unterliegt. Erna könnte zum Beispiel eines Steuerdelikts verdächtig werden. Es geschieht das Übliche: staatsanwaltschaftliche Ermittlungen, Anklage, ein Hauptverfahren wird eröffnet.<sup>78</sup> Plötzlich aber begehrt ein anderer Staat Ernas Auslieferung für eine andere Straftat, die in ihrem Land gar nicht strafbar ist und Justizorgane treten in Verhandlungen über ihre jeweilige Zuständigkeit ein. Erna ist nun Gegenstand von Ermittlungsteams, die irgendwo in Europa gebildet werden, um die gegen sie laufenden Ermittlungen zu koordinieren. Auch OLAF meldet Interesse an Ernas Tun. Dabei werden Daten abgefragt, gespeichert und weiterverarbeitet und für den Fall, dass Erna weitere Straftaten begeht, wird ihr DNA-Profil in ein europäisches Informationssystem eingespeist. Erna kannte ihre vertrauten Staatsanwälte und Richter. Nun aber weiß sie nicht, an welche der für sie abstrakten, aber stets freundlichen Justizinstanzen, sie sich wenden soll und nach welchen Spielregeln das geht. Erna findet es merkwürdig, dass auch ihr Verteidiger es nicht weiß. Während des Verfahrens vermeint der EuGH, dass die Europäische Union zur Durchsetzung des Binnenmarkts und der EG-Finanzpolitik durchaus Erna bestrafen kann, während das deutsche Bundesverfassungsgericht mit Verve die politische Gemeinschaft der deutschen Kulturnation bedroht sieht und den Deutschen Bundestag aufruft, die Notbremse zu ziehen. Erna, die Weltbürgerin, fragt sich: muss das sein?

Das Denken in Souveränitätsbegriffen und Netzwerken riskiert, das Individuum und seine fragile Freiheit aus deren jeweiligen Funktionsbedingungen zu eskamotieren. Die Befugnis zu zwingen aber folgt nur aus einer Rechtsverletzung, einer, die wesentlich für den Schutz individueller Freiheit ist. Auch ein kritischer Begriff von Strafgesetzlichkeit, die vom Bundesverfassungsgericht mit keinem Wort erwähnt wird, begrenzt das Strafrecht auf elementare Rechtsverletzungen und er fordert Verfahren, die für das freie Subjekt beherrschbar sind. Darum geht es in Europa: welche Konzeption von Strafwürdigkeit ist mit dem Prinzip der individuellen Freiheit vereinbar und welche Rechte müssen in einem Verfahren, das ein solches gesetzliches Strafrecht anwendet, notwendig

gewährt werden? Dieses kritische Proprium allgemeinverbindlich und –verständlich zu formulieren, ist Aufgabe kritischer Strafrechtswissenschaft.<sup>79</sup>

Für Erna kommt erst einmal jede Hilfe zu spät: sie wird zu einer kurzen Freiheitsstrafe verurteilt und sie stellt fest, dass die Gitterstäbe ihrer Strafvollzugsanstalt nicht in den Nationalfarben gestrichen sind.

---

<sup>78</sup> Weiterreichende Kenntnisse über das Schicksal Ernas im staatlich verfassten Kriminaljustizsystem finden sich bei *Albrecht*, *Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 3. Aufl. 2005, vor allem S. 262.

---

<sup>79</sup> Dargelegt von *Naucke*, unter anderem in: *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit*, dargestellt an den Lehren J.P.A. Feuerbachs (1775-1832), Estratto dal Volume Quaderni Fiorentini, Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 36, 2007.