

AUSGABE 11/2013

S. 406 - 482

8. Jahrgang

### Inhalt

#### MANIFEST ZUM EUROPÄISCHEN STRAFVERFAHRENSRECHT/ MANIFESTO ON EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

##### *Europäisches Strafrecht*

##### **Europäische Kriminalpolitik „reloaded“: Das Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht**

Von Prof. Dr. Helmut Satzger, Akad. Rat a.Z. Frank Zimmermann, München 406

##### **A Manifesto on European Criminal Procedure Law: Summary**

By Prof. Dr. Helmut Satzger, research assistant Frank Zimmermann, München 411

##### **Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht**

Von European Criminal Policy Initiative 412

##### **A Manifesto on European Criminal Procedure Law**

BY European Criminal Policy Initiative 430

### AUFSÄTZE

##### *Völkerstrafrecht*

##### **§ 4 VStGB und das Verhältnis zu Beteiligungsformen des allgemeinen Strafrechts**

Von Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE), Dr. Alena Hartwig-Asteroth, Marie Scheffler, Marburg 447

##### *Europäisches Strafrecht*

##### **Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick**

Von Wiss. Mitarbeiter Dominik Brodowski, LL.M. (Univ. Pennsylvania), München 455

##### *Völkerstrafrecht*

##### **Clausura del proceso por el Procurador General Federal del 20.6.2013 respecto al uso de vehículos aéreos no tripulados en Mir Ali/Pakistán el 4.10.2010 y el homicidio del ciudadano alemán B.E.**

Comentario de la “versión pública” del 23.7.2013  
Prof. Dr. Kai Ambos, Juez de Tribunal Regional, Gotinga 473

### BUCHREZENSIONEN

##### *Europäisches Strafrecht*

##### **Johannes Stalberg, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ne bis in idem), 2013**

(Privatdozent Dr. Ken Eckstein, Regensburg/Erlangen) 477

### TAGUNGSBERICHTE

##### *Internationales Strafrecht*

##### **Tagungsbericht: 2. Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands**

Peking Law School (VR China), 3./4.9.2013  
Von Prof. Dr. Frank Schuster, Würzburg 481

### 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. Mark Deiters

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)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470



# Europäische Kriminalpolitik „reloaded“: Das Manifest zum Europäischen Strafrechtsverfahrensrecht

Von Prof. Dr. Helmut Satzger und Akad. Rat a.Z. Frank Zimmermann, München\*

## I. Einleitung

Vor fast genau vier Jahren veröffentlichten die Mitglieder der European Criminal Policy Initiative (ECPI), einer mittlerweile aus 16 Europastrafrechtswissenschaftlern aus zehn EU-Mitgliedstaaten bestehenden Forschergruppe, in dieser Zeitschrift das vielbeachtete Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik.<sup>1</sup> Vor dem Hintergrund einer seit mehreren Jahren unübersehbaren Europäisierung auch des Strafrechts mahnte die ECPI die Entwicklung und Beachtung einer eigenständigen Kriminalpolitik auf EU-Ebene an, die an grundlegenden Prinzipien – namentlich dem Erfordernis eines legitimen Schutzzwecks, dem Ultima ratio-Grundsatz, dem Schuld- und dem Gesetzlichkeitsprinzip, dem Subsidiaritätsgrundsatz sowie der Kohärenzwahrung auf Unions- wie auch auf mitgliedstaatlicher Ebene – ausgerichtet sein müsse. Der von Seiten der ECPI vorgeschlagene prinzipienbasierte Ansatz für die Entwicklung einer Europäischen Kriminalpolitik hat in großem Ausmaß Zustimmung sowohl bei den für die relevante Gesetzgebung zuständigen EU-Institutionen als auch in der wissenschaftlichen Diskussion erfahren.<sup>2</sup> Gleiches gilt für die von der Forschergruppe publizierten rechtsaktsbezogenen Empfehlungen, die das Ergebnis einer detaillierten, an den Prinzipien des Manifests orientierten Evaluation darstellen.<sup>3</sup>

Dabei erachtete die ECPI eine prinzipienbasierte Herangehensweise an das *materielle Recht* zwar für vordringlich, weil „die negativen Auswirkungen unüberlegter Eingriffe in die materiellen Strafrechtsordnungen kaum mehr gut zu machen“<sup>4</sup> seien. Dass darüber hinaus auch der Bereich des Strafprozess- und Rechtshilferechts ein enorm wichtiges und vor

allem weites Anwendungsfeld für eine europäische Kriminalpolitik darstellt, für welches es ebenso sinnvoll sein würde, einen Katalog von Forderungen zu erstellen, war der ECPI bereits 2009 bewusst. Auch auf wissenschaftlichen Tagungen wurden die Mitglieder immer wieder bestärkt, die kriminalpolitischen Empfehlungen in diese Richtung zu erweitern.<sup>5</sup> Allerdings erschien die Formulierung eines strafprozessualen Manifests zu diesem Zeitpunkt verfrüht. Zu unklar und komplex gestalteten sich Umfang und Richtung der Rechtsentwicklung. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an den mittlerweile seit Jahren diskutierten und beratenen Vorschlag für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung<sup>6</sup>, an die erst jetzt wieder voll entbrannte, aber in die Zeiten des Corpus Juris<sup>7</sup> zurückreichende Diskussion über die Schaffung und Ausgestaltung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (siehe unten III. 3.) sowie an die langjährige Debatte um die Stärkung von Beschuldigtenrechten, die erst in letzter Zeit zum Erlass mehrerer Richtlinien geführt hat (siehe unten III. 2.).

Dementsprechend waren zur Vorbereitung des strafprozessualen Manifests auch umfassendere und komplexere Überlegungen anzustellen. Erst jetzt – nach weiteren vier Jahren eingehender Analyse der Rechtsentwicklung auch und gerade auf Basis des Vertrags von Lissabon, auf der Grundlage von intensiven Diskussionen mit Praktikern und Wissenschaftlerkollegen und unter Einbeziehung der Erfahrungen mit dem ersten Manifest – erscheint es uns sinnvoll und erfolgversprechend, ein weiteres Manifest zu veröffentlichen, das sich inhaltlich den prozessualen Aspekten der europäischen Kriminalpolitik zuwendet.

## II. Ausgangslage: Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Strafjustizsysteme

Warum ist aber gerade der Bereich des Strafprozesses und des Rechtshilferechts im europäischen Kontext ein besonders problematischer? Der Grund hierfür liegt vorrangig darin, dass sich die Strafprozesssysteme der Mitgliedstaaten unterschiedlich entwickelt haben und verschieden geregelt sind. Trotz gewisser internationaler Einflüsse (z.B. durch die EMRK) liegt das Strafprozessrecht nach wie vor maßgeblich

\* Prof. Dr. Helmut Satzger ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Mitglied der von der EU-Kommission eingesetzten „Expert Group on European Criminal Policy“. Akad. Rat a.Z. Frank Zimmermann ist Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Beide sind Mitglieder der European Criminal Policy Initiative.

<sup>1</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 ff.

<sup>2</sup> Siehe nur die Mitteilung der Kommission „Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik [...]“, KOM (2011) 573 endg., die auf S. 4 Fn. 7 sogar ausdrücklich auf das erste Manifest der ECPI Bezug nimmt; ferner die inhaltlich sehr stark an die Forderungen des ersten Manifests angelehnte Resolution des Europäischen Parlaments „An EU approach to criminal law“, Parlamentsdokument P7\_TA(2012)0208. Aus der Wissenschaft siehe etwa Schroeder, FAZ v. 5.3.2010, S. 10; Böse, EuCLR 2011, 35; Klip, in: Klip (Hrsg.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, 2011, S. 15 (20); Melander, EuCLR 2013, 45 (48).

<sup>3</sup> *Kaiafa-Gbandi*, EuCLR 2012, 319; *Satzger/Zimmermann/Langheld*, EuCLR 2013, 107.

<sup>4</sup> So im Einführungsaufsatz zum ersten Manifest *Satzger*, ZIS 2009, 691 (693).

<sup>5</sup> So von unserem überaus geschätzten und vor kurzem so tragisch verunglückten Kollegen *Joachim Vogel* auf einer Tagung in Modena 2010.

<sup>6</sup> Zum ursprünglichen Text siehe ABl. EU 2010 Nr. C 165, S. 22; mittlerweile ist zumindest der Rat zu einem Kompromiss gekommen, vgl. Ratsdokument 18918/11, die Verhandlungen mit den anderen Institutionen, v.a. dem Europäischen Parlament, dauern aber noch an. Aus der Wissenschaft siehe hierzu etwa *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56.

<sup>7</sup> Die Fassung aus dem Jahr 2000 ist abgedruckt in *Delmas-Marty/Vervaele* (Hrsg.), *Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Bd. 1, 2000, S. 187 ff.

in „nationaler Hand“. Auch wenn die Ziele des Strafverfahrens, auf rechtsstaatlich faire Weise die Wahrheit zu ermitteln und ein möglichst gerechtes, Rechtsfrieden schaffendes Urteil zu ermöglichen, in jedem Mitgliedstaat gleich sein dürften, ist doch der Weg dahin verschiedenartig ausgestaltet. So differieren die den Strafprozess dominierenden Prinzipien, der Verfahrensablauf ist – nicht nur in Details – verschieden, die vom Verfahren betroffenen Individuen (vor allem Beschuldigter, Opfer) haben eine in den einzelnen Verfahrensstadien unterschiedlich stark ausgeprägte Stellung, die Beweisgrundsätze weichen voneinander ab und sogar die strafverfolgenden Institutionen sind nicht in allen Staaten identisch, wenn etwa die Aufgaben der Ermittlung durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder einen Untersuchungsrichter ausgeübt werden. Mögen die Strafprozesssysteme jeweils für sich stimmig und ausgewogen sein, so lässt sich Gleiches aber dann nicht mehr ohne weiteres bejahen, wenn Strafverfahren grenzüberschreitend geführt werden. Wenn und soweit Elemente aus unterschiedlichen Strafprozesssystemen miteinander kombiniert werden (müssen), fehlt es bzgl. dieses grenzüberschreitenden Verfahrens mangels übergeordneter Regelung an einem umfassenden Interessenausgleich.<sup>8</sup> Die Fairness und Stimmigkeit dieses Verfahrens kann mit den im nationalen Verfahrensrecht vorgesehenen Sicherungsmechanismen nicht ohne weiteres hergestellt werden, denn jedes nationale Verfahrensrecht gewährleistet die Fairness nur systemimmanent durch unterschiedliche Einzelregelungen, abgestimmt auf das jeweilige Verfahrensstadium. Zusätzlich zeitigen die im materiellen Strafrecht nach wie vor bestehenden Unterschiede Folgewirkungen für das Strafverfahren, etwa wenn sich die Geltungsbereiche nationaler Strafvorschriften überlappen und damit in mehreren Mitgliedstaaten ein Prozess wegen derselben Tat möglich ist.<sup>9</sup>

### III. Das „magische Dreieck“ – die neuen Faktoren der Europäisierung des Strafverfahrensrechts

Auch wenn das Strafverfahrensrecht maßgeblich in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verwurzelt bleibt, so sind es doch vor allem drei Faktoren des Europäischen Rechts, die das Strafprozessrecht zunehmend dem europäischen Einfluss aussetzen und dieses derart umgestalten, dass es am Ende gerechtfertigt erscheint, von einem „europäisierten“, ja sogar „europäischen“ Strafverfahrensrecht zu sprechen.

Erstens und vor allem ist hier die Ersetzung des traditionellen Rechtshilferechts durch die Methode der gegenseitigen Anerkennung im Bereich des grenzüberschreitend geführten Strafverfahrens zu nennen (unten 1.). Betroffen sind hierdurch an sich nationale – also nach innerstaatlichem Recht von den Behörden eines Mitgliedstaats geführte – Strafverfahren, bei denen jedoch die Unterstützung durch Behörden

anderer Mitgliedstaaten benötigt wird. Justizielle Entscheidungen der Gerichte und Behörden eines anderen Mitgliedstaates werden für die Zwecke des Verfahrens „wie eigene“ anerkannt. Das zweite wichtige Phänomen, das die Europäisierung des Strafprozessrechts prägt, ist die Angleichung der mitgliedstaatlichen Strafverfahrensvorschriften (unten 2.). Diese Harmonisierung kann einerseits Abhilfe für die potentiell aus den Unterschiedlichkeiten der Verfahrensordnungen folgenden rechtsstaatlichen Defizite schaffen, andererseits aber auch neue, eigenständige Probleme aufwerfen. Drittens stellt die zunehmende Einbindung supranationaler Elemente in das Strafverfahren, ganz besonders die geplante Schaffung einer künftigen Europäischen Staatsanwaltschaft, ein neues Charakteristikum des europäisierten Strafverfahrens dar, welches die Frage nach einem Gleichgewicht der Kräfte neu aufwirft (unten 3.).

#### 1. Gegenseitige Anerkennung als neues Paradigma der Rechtshilfe in Strafsachen

Spätestens der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl<sup>10</sup> brachte vor inzwischen mehr als elf Jahren die Europäisierung des Strafverfahrensrechts richtig ins Rollen. Dieser unter dem unmittelbaren Eindruck der Terroranschläge vom 11. September 2001 erlassene Rechtsakt zielte darauf ab, das klassische Auslieferungsverfahren durch ein wesentlich schnelleres, unkomplizierteres System zu ersetzen. Ihm lag erstmals das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen zugrunde, das zwei Jahre zuvor auf dem Europäischen Rat von Tampere zum „Eckstein“ der justiziellen Zusammenarbeit in der Union erkoren worden war.<sup>11</sup> Dieses aus dem gemeinsamen Binnenmarkt stammende, zum damaligen Zeitpunkt nur politisch konsentrierte Konzept sollte eine tiefgreifende Harmonisierung sowohl des materiellen als auch des prozessualen Rechts gerade entbehrlich machen.<sup>12</sup> Es wurde in den folgenden Jahren zur Grundlage einer ganzen Reihe weiterer Rechtsakte und hat seitdem – wenn auch in im Detail abweichender Form – von bestimmten Maßnahmen zur Beweisgewinnung über die Vollstreckung diverser Arten von Sanktionen bis hin zu Überwachungsmaßnahmen und Bewährungsaufgaben praktisch alle Bereiche der traditionellen Rechtshilfe erreicht.<sup>13</sup> Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hat der Anerkennungsgrundsatz eine rechtliche Basis, ja sogar eine Verankerung im Primärrecht der EU gefunden (Art. 67 Abs. 3; 82 Abs. 1 AEUV).

Die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der grenzüberschreitenden Verfolgung von Straftaten wurde durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung grundlegend reformiert: Die Grundidee ist dabei stets dieselbe, nämlich dass

<sup>8</sup> Siehe zu dieser schon lang gehegten Kritik an „Patchwork-Verfahren“ (insbesondere im Zusammenhang mit der „Verkehrsfähigkeit“ von Beweisen) bereits *Gleiß*, ZStW 115 (2003), 131 (146 ff.); *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332 (346); *Satzger*, StV 2003, 137 (139).

<sup>9</sup> Siehe hierzu nur *Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, Diss. München 2013 (im Erscheinen).

<sup>10</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EU 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>11</sup> Schlussfolgerung Nr. 33, im Internet abrufbar unter [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/press\\_data/en/ec/00200-r1.en9.htm](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press_data/en/ec/00200-r1.en9.htm) (Stand: 5.11.2013)

<sup>12</sup> Siehe Ratsdokument Nr. 7090/99, S. 4 Rn. 9.

<sup>13</sup> Überblick bei *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn. 28 ff.

der Vollstreckungsstaat sozusagen „blind“ den Forderungen des Anordnungsstaats Folge leisten muss. Dies sei ihm auch möglich und zumutbar, weil – so jedenfalls die Sichtweise des EU-Gesetzgebers – innerhalb der EU als einheitlichem Rechtsraum gegenseitiges Vertrauen herrsche, mit der Folge, dass alle Gerichte und Behörden, die eine ausländische justizielle Entscheidung im Zuge der gegenseitigen Anerkennung zu vollziehen haben, auf deren Ordnungsgemäßheit und Rechtsstaatlichkeit vertrauen könnten. Grundlage hierfür soll ein gemeinsamer Sockel von Überzeugungen sein, der durch das Eintreten der Mitgliedstaaten für die Grundsätze der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie des Rechtsstaates gebildet wird.<sup>14</sup> Mit Recht ist bereits häufig in Zweifel gezogen worden, ob dieses vielbeschworene Vertrauen tatsächlich existiert und – angesichts der Fakten – überhaupt gerechtfertigt erscheint.<sup>15</sup> Man wird wohl eher von einem „fingierten gegenseitigen Vertrauen“ sprechen müssen, bei dem der Wunsch Vater des Gedankens ist. Unabhängig davon ist augenscheinlich, dass sich die Erleichterung der Zusammenarbeit in Strafsachen durch gegenseitige Anerkennung in aller Regel zu Lasten des Bürgers auswirkt: Er wird unter Umständen selbst dann mit aus dem EU-Ausland angeordneten Zwangsmaßnahmen (bis hin zu seiner Festnahme oder einer Durchsuchung) konfrontiert, wenn er Grund hatte, von der Straflosigkeit seines Verhaltens im Heimat- oder Tatortstaat auszugehen. Überdies kann er sich gegen eine im Ausland angeordnete Zwangsmaßnahme – mangels fremdsprachlicher und fremdrechtlicher Kenntnisse – nur schwer wehren. Allerdings bringt die Methode der gegenseitigen Anerkennung nicht stets nur Nachteile für den Einzelnen mit sich. Ausnahmsweise, nämlich im Hinblick auf den unionsweiten Strafklageverbrauch, besagen die *ne bis in idem*-Vorschriften in Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC letztlich, dass jede in einem Mitgliedstaat ergangene rechtskräftige Aburteilung in der ganzen Union anerkannt werden muss. Ein Freispruch in einem Staat verhindert somit die Strafverfolgung wegen derselben Tat in allen anderen Mitgliedstaaten. Jedoch bleibt die grundsätzliche Problematik bestehen, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung Eingriffe in Grundrechte ermöglicht, ohne dass die Behörden des Ausführungsstaates ihre Rechtmäßigkeit prüfen können – selbst wenn sie sich dadurch zu ihrer eigenen Werteordnung in Widerspruch setzen müssen. Von daher ist es wenig überraschend, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung

<sup>14</sup> Vgl. nur Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen, ABl. EG 2001 Nr. C 12, S. 10; Erwägungsgrund Nr. 10 zum Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1; Erwägungsgrund Nr. 8 zum Rahmenbeschluss 2008/978/JI über die Europäische Beweisordnung, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>15</sup> Siehe etwa *Suominen*, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters*, 2011, S. 47 ff.; *Pohl*, *Vorbehalt und Anerkennung*, 2009, S. 65 f.; *Zimmermann* (Fn. 9), Teil 1 A. II. 3. a).

heftige Diskussionen provoziert hat,<sup>16</sup> die in mehreren Mitgliedstaaten der Union – auch in Deutschland – in Entscheidungen der jeweiligen Verfassungsgerichte gipfelten.<sup>17</sup>

## 2. Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Strafprozessrechts

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass eine unbegrenzte gegenseitige Anerkennung allenfalls dann akzeptabel erschiene, wenn zwischen den beteiligten Strafrechtsordnungen gleichzeitig ein Mindestmaß an Einheitlichkeit bestünde. Nur dann erhielte die Figur des „gegenseitigen Vertrauens“ in die Rechtsordnungen der jeweils anderen Mitgliedstaaten überhaupt eine belastbare Basis und wäre daher mehr als eine bloße Fiktion. Ganz in diesem Sinne setzten auf europäischer Ebene vor einigen Jahren – allerdings recht zaghaft – Bemühungen ein, bestimmte Mindestrechte für Einzelne im Strafverfahren festzuschreiben. Unter Geltung des Vertrags von Amsterdam gelang indes nur eine Verständigung auf einen Rahmenbeschluss zu Opferrechten.<sup>18</sup> Eine Einigung auf die – viel dringender notwendige – Stärkung auch der Beschuldigtenrechte kam dagegen nicht zustande; ein dahingehender Vorschlag der Kommission<sup>19</sup> scheiterte kläglich. Um Zweifeln an der Kompetenz der Union in diesem Bereich den Boden zu entziehen, wurde mit der Vertragsreform von Lissabon ausdrücklich eine Zuständigkeit der Union zur Harmonisierung ausgewählter Bereiche des nationalen Strafverfahrensrechts in Art. 82 Abs. 2 AEUV begründet. Diese ist seither bereits wiederholt als Rechtsgrundlage herangezogen worden, um europäische Mindeststandards bei ausgewählten Rechten des Beschuldigten – es handelt sich um die Richtlinien über das Recht auf Übersetzung und Dolmetschleistungen,<sup>20</sup> das Recht auf Belehrung<sup>21</sup> sowie (noch nicht in Kraft getreten) dasjenige auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und Kontaktaufnahme bei der Festnahme<sup>22</sup> – und des Opfers<sup>23</sup> zu schaffen.

<sup>16</sup> Siehe exemplarisch etwa Schünemann (Hrsg.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, 2004; ders. (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege*, 2006; *Suominen* (Fn. 15); *Braum*, GA 2005, 681; *Peers*, *Common Market Law Review* 2004, 5; *Satzger*, *JECL* 2006, 27.

<sup>17</sup> BVerfGE 113, 273. Zur Problematik in Polen siehe *Nalewajko*, *ZIS* 2007, 113; eine englische Entscheidung des zypriotischen Verfassungsgerichts v. 7.11.2005 ist in Ratsdokument Nr. 14281/05 zu finden; eine Entscheidung des tschechischen Verfassungsgerichts v. 3.5.2006 ist abrufbar unter [http://www.asser.nl/default.aspx?site\\_id=8](http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=8) unter Country info/Czech Republic/Case law (5.11.2013).

<sup>18</sup> Rahmenbeschluss 2001/220/JI, ABl. EG 2001 Nr. L 82, S. 1; mittlerweile ersetzt durch Richtlinie 2012/29/EU, ABl. EU 2012 Nr. L 315, S. 57.

<sup>19</sup> KOM (2004) 328 endg.

<sup>20</sup> Richtlinie 2010/64/EU, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1.

<sup>21</sup> Richtlinie 2012/13/EU, ABl. EU 2012 Nr. L 142, S. 1.

<sup>22</sup> Der von Parlament und Rat gefundene Kompromisstext findet sich in Ratsdokument Nr. 12899/13, zum ursprünglichen Vorschlag siehe KOM (2011) 326 endg.

<sup>23</sup> Richtlinie 2012/29/EU, ABl. EU 2012 Nr. L 315, S. 57.

In der Tendenz ist dieser neue Weg sehr zu begrüßen. Allerdings darf die Gefahr nicht unterschätzt werden, dass zu niedrig angesetzte Mindeststandards in Richtlinien der Union zu einem regelrechten „race to the bottom“ führen können. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn wegen eines niedrigen europäischen Schutzniveaus weitergehende nationale Beschuldigtenrechte faktisch unterwandert werden können, weil ja eine Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung aller Entscheidungen besteht, solange sie jedenfalls den niedrigeren europäischen Standards genügen.<sup>24</sup>

Abgesehen von diesem Problem besteht bei jeder Maßnahme zur Harmonisierung des nationalen Rechts immer das Risiko, dass die Stimmigkeit eines mitgliedstaatlichen Strafjustizsystems erschüttert wird. Diese vertikale Kohärenz ist im Bereich der Strafrechtspflege, die für die Erfüllung ihrer Befriedungsfunktion ganz besonders auf die Akzeptanz der sie tragenden Rechtsgemeinschaft angewiesen ist, besonders heikel.

### 3. Einbindung neuer supranationaler Institutionen, vor allem die Debatte um eine Europäische Staatsanwaltschaft

Zusätzlich zum Einsatz der Methoden der gegenseitigen Anerkennung und der Rechtsangleichung im Strafverfahrensrecht wurde schon früh damit begonnen, auf Seiten der Strafverfolgungsorgane institutionell auf- bzw. nachzurüsten. So wurde mit Eurojust eine Schaltstelle geschaffen, welche die reibungslose Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Justizbehörden gewährleisten soll.<sup>25</sup> Die europäische Agentur zur Betrugsbekämpfung OLAF<sup>26</sup> und Europol<sup>27</sup> stellen weitere Schritte auf diesem Weg dar. Ganz besonders deutlich wird dieses Bestreben jedoch an der Diskussion um die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, für die jetzt in Art. 86 AEUV erstmals eine explizite Rechtsgrundlage in den Europäischen Verträgen existiert. Dass es sich hierbei um ein wahrlich „heißes Eisen“ handelt, zeigt der im Juli 2013 vorgelegte, lang erwartete Verordnungsentwurf der Kommission<sup>28</sup>, durch den dieses Vorhaben nun wieder ganz oben auf der politischen Agenda steht und voraussichtlich auf Monate, wenn nicht Jahre hinaus eines der bestimmenden Diskussthemata sein wird.

Diese Anreicherung des Strafverfahrens um supranationale Elemente kann grundsätzlich sinnvoll sein: Die zuvor eigenständig und beschränkt auf den innerstaatlichen Bereich agierenden nationalen Strafverfolgungsorgane müssen sich stärker mit ihren ausländischen Konterparts abstimmen, wenn sie

eine Chance haben wollen, grenzüberschreitender Kriminalität beizukommen. Ebenso ist es nachvollziehbar, dass die Union den Schutz ihrer Finanzen – und damit ihrer wichtigsten Arbeitsgrundlage – nicht restlos den innerstaatlichen Behörden anvertrauen und stattdessen lieber durch eigene Institutionen Einfluss nehmen, wenn nicht gar selbst die Strafverfolgung durchführen will. Gleichzeitig darf aber nicht übersehen werden, dass die Position des Beschuldigten in dem Maße, in dem die Strafverfolgungsbehörden gestärkt werden, ins Hintertreffen gerät, wenn nicht auch die Verteidigung in grenzüberschreitenden Verfahren eine Effektivierung erfährt.<sup>29</sup>

### IV. Das „magische Vieleck“ – die komplexe Aufgabe der Auflösung auftretender Interessenkonflikte im europäischen/europäisierten Strafverfahren

Dieses „Dreieck“ der wichtigen Neuerungen des EU-Rechts, die das Rechtshilfe- und Strafverfahrensrecht in den Mitgliedstaaten der EU und auf europäischer Ebene selbst grundlegend umgestaltet haben und weiter umgestaltet werden, ruft unvermeidlich Spannungen zwischen den rechtlich anerkanntswerten Interessen der von den Verfahren Betroffenen hervor. Die Aufgabe einer rationalen Kriminalpolitik im Hinblick auf das Strafverfahren muss hier darin liegen, diese Interessen vor dem Hintergrund der europäischen Gesamtrechtsordnung zu gewichten und dementsprechend in Ausgleich zu bringen.

Absolute Grundsätze sucht man dabei im Strafverfahrensrecht – und hier liegt sicher ein Unterschied zum materiellrechtlichen Manifest – grundsätzlich<sup>30</sup> vergebens. Es ist vielmehr das übergeordnete Leitbild eines „fairen“ Verfahrens, dem jedes Strafverfahren in der EU entsprechen muss. Es geht also in erster Linie darum, das zwischen den Interessen der beteiligten Akteure bestehende Spannungsverhältnis sinnvoll, das heißt in Übereinstimmung mit den Wertungen der EU-Rechtsordnung, aufzulösen.

Im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Interessen besteht im Kontext des Unionsrechts aber eine Besonderheit gegenüber rein nationalen Strafprozessen, was bereits die Ausgangslage verkompliziert: Denn es sind nicht nur (wie sonst) die Interessen des verfolgenden Staates an Wahrheitsfindung und effektiver Strafverfolgung einerseits und die Positionen der vom Verfahren betroffenen Personen andererseits zu berücksichtigen. Vielmehr können und werden auch Interessen der Union selbst eine Rolle spielen – besonders dann, wenn es um die Aufklärung mutmaßlicher Straftaten gegen ihre finanziellen Interessen geht. Außerdem besteht – wegen der Methode der gegenseitigen Anerkennung – stets die Möglichkeit, dass die Interessen desjenigen Mitgliedstaates beeinträchtigt werden, der eine Anordnung aus einem anderen Mitgliedstaat zu vollstrecken hat. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn durch eine ausländische Anordnung inländische Verfahren torpediert zu werden drohen oder – noch deutlicher – wenn mit der (obligatorischen) Vollstreckung der ausländischen Anordnung ein Wertekonflikt innerhalb der Rechts-

<sup>24</sup> Vgl. dazu anschaulich EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Melloni), Rn. 40-46.

<sup>25</sup> Siehe dazu Ratsbeschluss 2002/187/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 63, S. 1; geändert durch Ratsbeschluss 2003/659/JI, ABl. EU 2003 Nr. L 245, S. 44, und Ratsbeschluss 2009/426/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 138, S. 14.

<sup>26</sup> Eingerichtet auf der Basis des Beschlusses der Kommission 1999/352/EG, EGKS, Euratom, ABl. EG 1999 Nr. L 136, S. 20; geändert durch Beschluss der Kommission 2013/478/EU, ABl. EU 2013 Nr. L 257, S. 19.

<sup>27</sup> Ratsbeschluss 2009/371/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 121, S. 37.

<sup>28</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>29</sup> Vgl. bereits Nestler, ZStW 116 (2004), 332 (351 f.).

<sup>30</sup> Mit wenigen Ausnahmen, wie etwa dem absoluten Folterverbot (Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 EMRK).



ordnung des Vollstreckungsstaates ausgelöst wird. Ein Beispiel hierfür liefert die von einem anderen Mitgliedstaat ausgesprochene Aufforderung zur Überstellung eines Staatsbürgers wegen einer Tat, die in der eigenen Rechtsordnung aus verfassungsrechtlichen Überlegungen heraus nicht strafbar ist.<sup>31</sup>

## V. Das Manifest als kriminalpolitische Leitlinie und Überprüfungsmaßstab

Vor diesem Hintergrund und in dem Bestreben, das Ziel einer vernünftigen und zukunftssträchtigen Kriminalpolitik auch im Hinblick auf das Strafverfahren zu erreichen, legt die ECPI mit diesem Manifest einen Katalog an Forderungen vor, die an den EU-Gesetzgeber gerichtet sind. Strukturell folgt es dem Aufbau des ersten Manifests. Es enthält deshalb zunächst einen abstrakten Teil, in dem wesentliche Forderungen an den europäischen Gesetzgeber gestellt werden, gefolgt von einem sehr konkreten Teil, in dem anhand aktueller Beispiele Schwächen und Stärken bisheriger und in Planung befindlicher Rechtsakte aufgezeigt werden, um so – basierend auf einer rationalen kriminalpolitischen Grundlage – Empfehlungen für die künftige Gesetzgebung auf EU-Ebene zu formulieren.

Die Forderungen sind dabei *so abstrakt wie nötig* formuliert, um der komplexen Spannungslage für jeden Fall gerecht werden zu können; gleichzeitig sind sie *so konkret wie möglich* abgefasst, um – wie auch beim materiell-rechtlichen Manifest – jeden Rechtsakt(svorschlag) anhand dieser Forderungen evaluieren und ggf. auf Verbesserungen gerichtete Empfehlungen formulieren zu können. Der Konkretisierung und besseren Verständlichkeit der Forderungen dient nicht zuletzt auch die Exemplifizierung anhand verschiedener aktueller Rechtsakte im zweiten Teil des Manifests.

Folgende Forderungen stellen die Basis des Manifests dar, wobei diese teilweise miteinander verquickt und untereinander verbunden sind, so dass erst die Gesamtheit der Forderungen ein stimmiges Bild kriminalpolitisch überzeugender Gesetzgebung zeichnet:

- *Limitierung der gegenseitigen Anerkennung:* Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung darf nicht absolut gesetzt werden, sondern bedarf der Begrenzung. Grenzen finden sich – nach Maßgabe des Prinzips der Verhältnismäßigkeit – in den Individualrechten des Beschuldigten, des Opfers und sonstiger Dritter sowie in der nationalen Identität bzw. dem *ordre public* des die Anordnung vollziehenden Staates.
- *Ausgewogenheit des europäischen Strafverfahrens:* Ein durch supranationale Elemente und Institutionen angereichertes Strafverfahren bedarf einer neuen Ausbalancierung der Kräfte.
- *Achtung des Gesetzlichkeitsprinzips und der Justizförmigkeit des Strafverfahrens:* Zumindest die Entscheidung über das anwendbare Recht und strafprozessuale Maßnahmen, die in Individualrechte eingreifen, müssen nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts auf eine klare gesetzli-

che Regelung gestützt werden. Die betroffene Person muss zudem die Möglichkeit haben, die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit durch ein Gericht zu veranlassen.

- *Kohärenzwahrung:* Das – nationale wie europäische – Strafprozesssystem muss frei von inneren Widersprüchen sein; zudem muss das Strafverfahrensrecht kohärent mit den Vorschriften des materiellen Strafrechts sein, die es durchsetzen soll.
- *Subsidiarität:* Um eine möglichst große Nähe der Bürger zu der Entscheidungsfindung im Bereich des Strafverfahrensrechts zu gewährleisten, muss für alle Rechtsakte im Bereich der Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten, der Harmonisierung des nationalen Strafverfahrensrechts und der Schaffung supranationaler europäischer Institutionen das allgemeine Subsidiaritätsprinzip beachtet werden.
- *Kompensation:* Durch Schutzmaßnahmen innerhalb eines Rechtsakts oder ggf. durch den Erlass begleitender Maßnahmen muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass die vorgenannten Forderungen erfüllt werden. Insbesondere ist er auch aufgerufen, Abhilfe für solche Umstände zu schaffen, die rein faktisch eine Schlechterstellung des Beschuldigten begründen (wie etwa Verständigungsschwierigkeiten und die Auswahl eines geeigneten Verteidigers im Verfahrensstaat).

## VI. Ausblick

Auch mit unserem zweiten Manifest möchten wir das Augenmerk aller an der für das Strafprozessrecht relevanten Gesetzgebung Beteiligten auf die typischen und strukturellen Probleme der Europäisierung richten. Gerade angesichts der Diskussion um die Einführung bedeutsamer Rechtsakte, die die Entwicklung des Strafprozess- und Rechtshilferechts nachhaltig verändern werden (insbes. die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft), ist es unser Bestreben, die Diskussion weg von den Details einzelner Rechtsakte und hin auf die strukturellen, größeren Probleme des gesamten Rechtsbereichs zu richten, die Zusammenhänge zu identifizieren und auf adäquate Lösungen auf Basis einer überzeugenden rechtspolitischen Linie zu drängen.

Den Verantwortlichen der ZIS, insbesondere dem Schriftleiter und Mitherausgeber *Thomas Rotsch*, sind wir zu großem Dank verpflichtet, dass sie es uns extrem kurzfristig ermöglicht haben, das zweite Manifest – wie bereits seinen materiell-rechtlichen Vorläufer – in dieser leicht zugänglichen und weit verbreiteten Zeitschrift zu publizieren. Auf unserer großen Abschlusskonferenz am 12.11.2013 in Brüssel haben wir die endgültige Fassung des Manifests erstmals der interessierten Fachöffentlichkeit präsentiert und zur Diskussion gestellt. In ergänzenden Publikationen und Tagungen werden wir weiter versuchen, einen Gedankenaustausch zu fördern, und zwar mit dem Ziel, unsere kriminalpolitischen Leitlinien weiter zu verbessern und zu verfeinern. Hinsichtlich der Ergebnisse der Diskussion verweisen wir auf die Homepage der Arbeitsgruppe (<http://www.crimpol.eu>), eine Plattform, über die wir gerne auch Rückmeldungen und Anregungen der Leser entgegennehmen.

<sup>31</sup> Siehe hierzu schon *Schünemann*, GA 2002, 501 (507 f.); *Braun*, GA 2005, 681 (692).

# A Manifesto on European Criminal Procedure Law: Summary

By Prof. Dr. **Helmut Satzger** and research assistant Akad. Rat a.Z. **Frank Zimmermann**, Munich\*

With its new “Manifesto on European Criminal Procedure Law”, the European Criminal Policy Initiative (ECPI), which was founded in 2008 and is composed of 16 criminal law scholars from ten EU Member States, presents a set of principles that EU bodies should observe when legislating in the field of criminal procedure law. It follows the “Manifesto on European Criminal Policy” of 2009, which focused on guidelines for European legislation in substantive criminal law.

What led to this second Manifesto was the growing influence of Union law on criminal proceedings, which manifests itself in three respects: First, the principle of mutual recognition has had a profound impact on the traditional system of mutual legal assistance and in many ways has weakened the position of the suspect considerably. Second, national law in the field of criminal procedure is increasingly being harmonised by EU instruments, which may not only disturb the coherence of the Member States’ criminal justice systems but can also result in a “race to the bottom” which curtails more extensive rights that a particular legal order grants to the individual. Third, criminal proceedings are supplemented more and more with supranational elements that facilitate the work of prosecutorial authorities, particularly through the establishment of new European institutions such as a future European Public Prosecutor’s Office.

These developments call for a thorough, principle-based criminal policy that strikes a fair balance between the interests of the Member States involved in cross-border proceedings and those of the individuals affected by it. Otherwise, the objective of countering organised cross-border crime – although legitimate in principle – may result in a one-sided enhancement of the efficiency of criminal prosecution to the detriment of citizens’ rights. Furthermore, the differences that continue to exist between the Member States’ criminal justice systems, as well as factual difficulties, render an effective defence considerably more complicated when a criminal proceeding is conducted across borders. In order to pursue a coherent and well-balanced policy in the field of criminal procedure law, the Union legislator should thus satisfy the following demands, each of which can be derived from primary Union law:

- Limitation of mutual recognition through the rights of the individual as well as through the Member States’ national identity and their *ordre public* on the basis of the principle of proportionality
- Balance of the increasingly supranationalised European criminal proceeding

- Respect for the principle of legality and judicial principles
- Preservation of coherence
- Observance of the principle of subsidiarity
- Compensation of deficits in the European criminal proceeding

With these guidelines, which were first presented at a conference in Brussels on 12.11.2013, the members of the ECPI hope to initiate a wide-ranging discussion on the Union’s future policy with regard to criminal proceedings. We are thus looking forward to receiving feedback, for which our homepage (<http://www.crimpol.eu>) can serve as a platform.

---

\* Prof. Dr. *Helmut Satzger* holds a chair for German, European and International criminal law and criminal procedure as well as business criminal law at the Ludwig-Maximilians-Universität München; furthermore he is a member of the EU Commission’s “Expert Group on European Criminal Policy”. Akad. Rat a.Z. *Frank Zimmermann* is a research assistant at his chair. Both are members of the European Criminal Policy Initiative.

# Manifest zum Europäischen Strafrechtsverfahrensrecht\*

## European Criminal Policy Initiative\*\*

### Präambel

Die unterzeichnenden Strafrechtswissenschaftler aus zehn Mitgliedstaaten der Europäischen Union legen hiermit der europäischen Öffentlichkeit ein „Manifest zum Europäischen Strafrechtsverfahrensrecht“ vor, das sich unmittelbar an das materiell-rechtlich ausgerichtete „Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik“ anschließt, welches von ihnen im Jahr 2009 vorgestellt wurde.<sup>1</sup>

Die Unterzeichnenden sehen sich in der Tradition der europäischen Aufklärung. Sie handeln also in dem Bewusstsein, dass gerade das aufgeklärte europäische Denken Fundament und Motor des zivilisatorischen Fortschritts in Europa und zugleich des europäischen Einigungsprozesses war und dass daher die Bewahrung und Weiterentwicklung dieses Denkens auch zukünftig Europa leiten muss. Besonders soll das in jüngerer Zeit immer stärker von Gesetzgebung der Union geformte Strafrechtsverfahrens- und Rechtshilferecht, trotz der vielfältigen staatlichen, gesellschaftlichen und individuellen Interessen, welche es hier zum Ausgleich zu bringen gilt, ein Höchstmaß an rechtsstaatlicher Prägung und eine nachhaltige Sicherung der Grundrechte gewährleisten.

In dem Bewusstsein, dass eine effektive Strafrechtspflege einen Grundpfeiler für das friedliche Zusammenleben in jeder Gesellschaft darstellt, weisen die Unterzeichnenden nachdrücklich darauf hin, dass das unvermeidliche Spannungsverhältnis zu grundlegenden Rechten der Personen, gegen die das Strafrechtsverfahren geführt wird oder die auf andere Weise davon betroffen sind, nicht einseitig zugunsten der Strafrechtspflege aufgelöst werden darf, und zwar unabhängig davon, ob das Verfahren in den Händen nationaler oder supranationaler Institutionen liegt.

Die Unterzeichnenden erkennen überdies an, dass dann, wenn die Strafrechtspflege auf der Basis von der Union anerkannten Kompetenzen grenzüberschreitend betrieben werden soll, auch die Interessen derjenigen Mitgliedstaaten berücksichtigt werden müssen, deren Mitwirkung am Verfahren erforderlich ist. Dies verlangt schon der Respekt vor ihrer jeweiligen Souveränität. Umgekehrt sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, untereinander und mit der Union loyal bei der Strafrechtspflege zusammenzuarbeiten.

---

\* Dieses Projekt wurde durch das Programm Criminal Justice 2010 der Europäischen Kommission sowie die Ragnar Söderbergs Stiftelse gefördert.

\*\* Eine Liste der Mitglieder der European Criminal Policy Initiative findet sich am Ende des Dokuments. Wir danken herzlich Herrn *Georg Langheld*, Herrn *Christoph Wesch*, Herrn *Simon Drew*, Frau *Miriam Meyer*, Herrn *Adrian Mühlbauer*, Herrn *Carl Whittaker* und Frau *Alexandra Zahn*, ohne deren immenses Engagement es nicht möglich gewesen wäre, dieses Projekt zu verwirklichen.

<sup>1</sup> Das Manifest wurde in mehreren Sprachen in der ZIS-Ausgabe 12/2009 veröffentlicht, online abrufbar unter: [http://zis-online.com/dat/ausgabe/2009\\_12\\_ger.pdf](http://zis-online.com/dat/ausgabe/2009_12_ger.pdf).

Darüber hinaus heben die Unterzeichnenden hervor, dass der Unionsgesetzgeber, wenn die Europäische Union zu einem einheitlichen Rechtsraum werden soll, der das Individuum in den Mittelpunkt seines Handelns stellt und in dem höchste rechtsstaatliche Anforderungen und gleichzeitig die Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden sollen, dazu berufen ist, einen Ausgleich zwischen dem – nationalen oder supranationalen – Strafrechtverfolgungsinteresse, den betroffenen Individualrechten und den mitgliedstaatlichen Souveränitätsinteressen herzustellen. Insbesondere sollten die grenzüberschreitende oder supranationale Strafrechtsverfahrens- und Rechtshilfe auf ein Schutzniveau für Individuen abzielen, das international Maßstäbe setzt.

Zu diesem Zweck richten die Unterzeichnenden die folgenden Forderungen an die am Erlass von Unionsrechtsakten im Bereich des Strafrechtsverfahrens beteiligten Institutionen. Dabei ist ihnen bewusst, dass durch weitreichende informelle polizeiliche und geheimdienstliche Zusammenarbeit Teile der darin enthaltenen Forderungen unterlaufen werden können, weshalb die europäische Legislative ergänzend nachdrücklich dazu aufgerufen ist, diese Umgehungsmöglichkeiten in Rechtsakten über die polizeiliche Zusammenarbeit zu verhindern bzw. zu unterbinden.

### I. Elementare Forderungen an den Unionsgesetzgeber

#### 1. Forderung: Limitierung der gegenseitigen Anerkennung

Das Staats- oder Unionsinteresse an der effizienten Durchführung eines grenzüberschreitenden Strafrechtsverfahrens auf der Grundlage des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung darf nicht absolut gesetzt werden, sondern es ist in doppelter Hinsicht zu begrenzen. Es muss dort zurücktreten, wo durch das Strafrechtsverfahren schutzwürdige Interessen entweder des Individuums oder eines Mitgliedstaates verletzt würden. Wie stark die gegenseitige Anerkennung zu begrenzen ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung der individuellen und staatlichen Interessen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Eine solche Begrenzung der gegenseitigen Anerkennung stärkt auch das gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten und das Vertrauen der Bürger gegenüber der Union.

#### a) Limitierung der gegenseitigen Anerkennung durch Individualrechte

Werden Strafrechtsverfahren mittels des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung grenzüberschreitend geführt, greifen verschiedene Rechtsordnungen ineinander. Personen, die von einem solchen Strafrechtsverfahren betroffen sind, laufen trotz der generellen Anerkennung ihrer Grundrechte allein wegen dessen transnationalen Charakters Gefahr, schlechter gestellt zu sein als in einem rein innerstaatlichen Strafrechtsverfahren. Dies ist besonders problematisch, wenn sie auf den Bestand einer Rechtsposition vertraut haben, die im Verfahrensstaat nicht oder nur in geringerem Umfang gewährleistet ist. Außerdem kann die Überlagerung verschiedener Rechtsordnungen dazu führen, dass unklar ist, welches Recht in einem Verfahren Anwendung findet und so die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Im



Einzelnen muss der Unionsgesetzgeber deshalb je nach der betroffenen Personengruppe folgende Leitlinien beachten:

### *aa) Die Rechte der verdächtigten Person und des Beschuldigten*

In jedem fairen und rechtsstaatlichen Strafverfahren muss der verdächtigten Person möglichst früh, und in jedem Fall bevor gegen sie ermittelt oder Zwang ausgeübt wird, die Stellung eines mit umfassenden Beschuldigtenrechten ausgestatteten Verfahrenssubjektes zukommen. Damit wird insbesondere Art. 47 Abs. 2 der Grundrechtecharta und Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention Rechnung getragen.

Bei der Strafverfolgung durch die Kooperation mehrerer Mitgliedstaaten auf der Basis der gegenseitigen Anerkennung kann einem Beschuldigten dieser Status vorenthalten und die damit verbundenen Rechte geschwächt oder ihm zu spät zuerkannt werden. Ebenso können Beschuldigtenrechte durch die rechtlichen und tatsächlichen Unterschiede, die zwischen den Mitgliedstaaten nach wie vor existieren, weitgehend entwertet oder durch „Forum Shopping“ umgangen werden.

Der Unionsgesetzgeber muss dieser Gefahr vorrangig dadurch entgegenwirken, dass hinsichtlich der wichtigsten Beschuldigtenrechte ein allgemeines Schutzniveau geschaffen wird, das über die Mindestregeln der Europäischen Menschenrechtskonvention deutlich hinausgeht. Jedenfalls müssen entsprechend dem Kompensationsprinzip (unten I. 6.) die Rechtsakte der Union für eine vollständige Kompensation verkürzter oder weggefallener Rechtspositionen und der soeben erwähnten tatsächlichen Unterschiede (z.B. durch die Gewährleistung von Dolmetsch- bzw. Übersetzungsleistungen und konsularischer Hilfe) sorgen.

### *bb) Die Rechte des Opfers einer Straftat*

Die legitimen Interessen einer mutmaßlich durch eine Straftat verletzten Person (Opfer) sind im Strafverfahren mit zu berücksichtigen, wodurch allerdings die Ausgewogenheit des Strafverfahrens nicht beeinträchtigt werden darf.

Findet das Strafverfahren außerhalb des Heimatstaats des Opfers statt, können diese Rechte geschwächt sein: Das Opfer muss sich in einer fremden Rechtsordnung und unter fremden sozialen Bedingungen zurechtfinden. Typischerweise steht es außerdem vor sprachlichen Problemen, und allein durch die räumliche Distanz sind seine Kontakte zu den Behörden und Opferschutzeinrichtungen des die Strafverfolgung führenden Staates eingeschränkt. Dass die Mitgliedstaaten dem Opfer unterschiedliche Mitwirkungsrechte am Verfahren einräumen, macht für sich genommen noch keine Harmonisierung erforderlich.

Um entsprechend dem Kompensationsprinzip (unten I. 6.) den benannten Schwierigkeiten zu begegnen, bedarf es in erster Linie Hilfestellungen praktischer Art, vor allem rechtzeitige Information über das Strafverfahren, über Opferschutzeinrichtungen und Opferrechte, Dolmetsch- bzw. Übersetzungshilfe sowie Hilfe bei der Einsetzung eines Rechtsbeistandes.

### *cc) Die Rechte von durch das Verfahren betroffenen Dritten*

Wenn andere Personen von einzelnen Maßnahmen im Zusammenhang mit einem Strafverfahren betroffen sind – wie beispielsweise Familienangehörige, Zeugen oder Eigentümer beschlagnahmter Gegenstände – darf in ihre Rechte nur möglichst schonend eingegriffen werden.

Aufgrund des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung können Rechtspositionen, die ein durch das Verfahren betroffener Dritter im Vollstreckungsstaat genießt und auf die er vertraut, entwertet werden. Dadurch droht eine Verletzung ihrer Grundrechte, wie sie in der Grundrechtecharta, der Europäischen Menschenrechtskonvention und den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten anerkannt sind.

Dieser Gefahr muss entsprechend dem Kompensationsprinzip (unten I. 6.) entgegengewirkt werden.

### *b) Limitierung der gegenseitigen Anerkennung durch die nationale Identität und den ordre public der Mitgliedstaaten*

Als klassischer Ausdruck staatlicher Hoheitsgewalt setzt jedes – auch ein grenzüberschreitend geführtes – Strafverfahren die Achtung des ordre public und der nationalen Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) der an ihm beteiligten Mitgliedstaaten voraus. Diese muss im Grundsatz auch der Unionsgesetzgeber respektieren.

Ist ein Mitgliedstaat verpflichtet, Maßnahmen eines anderen Mitgliedstaats und damit Akte fremder Hoheitsgewalt anzuerkennen und zu vollstrecken, kann dies seinen eigenen grundlegenden Wertvorstellungen zuwiderlaufen.

Deshalb müssen Rechtsakte der Union, welche die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung regeln, entsprechend dem Kompensationsprinzip (unten I. 6.) stets so ausgestaltet sein, dass der Vollstreckungsstaat seinen nationalen Traditionen und Wertvorstellungen gerecht werden kann. Dies kann dadurch geschehen, dass man für diesen Fall einen besonderen Ablehnungsgrund einführt, wie er etwa für Zivilprozesse explizit vorgesehen ist.

### *c) Limitierung der gegenseitigen Anerkennung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

Ein grundlegendes Prinzip rechtsstaatlicher Machtausübung ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das in Art. 5 Abs. 4 EUV und den Verfassungen vieler Mitgliedstaaten verankert ist. Deshalb müssen auch im Rahmen eines grenzüberschreitenden Strafverfahrens alle Maßnahmen geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung eines legitimen Ziels sein. In einem System, das auf gegenseitiger Anerkennung beruht, muss der Unionsgesetzgeber sicherstellen, dass jedenfalls der Anordnungsstaat die Verhältnismäßigkeit jeder von ihm angeordneten Maßnahme prüft.

In einem grenzüberschreitenden Strafverfahren sind Eingriffe in Individualrechte oft schwerwiegender als in einem rein nationalen Strafverfahren. Dies folgt unter anderem daraus, dass der Betroffene mit Maßnahmen konfrontiert wird, die von ausländischen Behörden auf der Grundlage eines für ihn fremden Rechts getroffen werden, dass er sich nicht in seiner Sprache verständigen kann, und dass der Kontakt zu ihm vertrauten Personen erschwert ist. Bei der Beurteilung

der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme durch den Anordnungsstaat erfordert es das Kompensationsprinzip (unten I. 6.), dass die spezifischen Nachteile für den Betroffenen durch deren grenzüberschreitende Dimension besonders berücksichtigt werden.

Soweit gegenseitige Anerkennung dazu führt, dass die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme allein von Behörden des Anordnungsstaates beurteilt wird, haben die Behörden des Vollstreckungsstaates – vorbehaltlich der Grenze der nationalen Identität oder des *ordre public* (siehe oben I. 1. b) – an und für sich keine Korrekturmöglichkeit mehr, obwohl sie manche für die Verhältnismäßigkeit relevanten Aspekte der Maßnahme ggf. besser beurteilen können. Jedenfalls soweit die faktische Grundlage der Verhältnismäßigkeitsprüfung betroffen ist, muss der Unionsgesetzgeber sicherstellen, dass die anordnende Behörde bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit die Einschätzung der Behörden des Vollstreckungsstaates einholt und berücksichtigt, soweit letztere aufgrund der größeren Nähe in einer besseren Position sind, die zugrundeliegenden Tatsachen zu beurteilen.

Außerdem kann es sein, dass im Recht des Vollstreckungsstaates Maßnahmen existieren, die den gewünschten Ermittlungserfolg mit milderem Mitteln herbeiführen, die aber bei der Anordnung nicht berücksichtigt worden sind. Dem Vollstreckungsstaat muss es zumindest gestattet sein, auf mildere, für die Zwecke des Anordnungsstaats evident gleich wirksame Mittel zurückzugreifen.

### *2. Forderung: Ausgewogenheit des europäischen Strafverfahrens*

Die europäischen Grundrechte und Art. 4 Abs. 2 EUV machen sowohl bei einem Strafverfahren auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung als auch in einem zunehmend supranationalisierten europäischen Strafverfahren einen Ausgleich zwischen dem Strafverfolgungsinteresse, dem Staatsinteresse an der Wahrung der nationalen Identität sowie den Individualinteressen der betroffenen Bürger auf der Basis des Verhältnismäßigkeitsprinzips erforderlich.

Durch die Schaffung und zunehmende Einbindung supranationaler Institutionen in das Strafverfahren – besonders einer künftigen Europäischen Staatsanwaltschaft – droht eine einseitige Machtverschiebung zugunsten der Strafverfolgungsorgane. Die Position des Beschuldigten, des Opfers und vom Verfahren betroffener Dritter wird dadurch geschwächt. Hinzu kommt, dass der Zugang zu und die Kommunikation mit supranationalen Behörden schwieriger sein kann als im Verhältnis zu nationalen Behörden in einem innerstaatlichen Strafverfahren. In geringerem Umfang kann auch die nationale Identität betroffen sein.

Um ein solches Ungleichgewicht entsprechend dem Kompensationsprinzip (unten I. 6.) zu vermeiden, sollte der Unionsgesetzgeber zusätzlich zu der Gewährleistung von Verfahrensrechten für betroffene Bürger erwägen, auch Institutionen zu ihrer Stärkung einzurichten. Bei der Schaffung supranationaler Behörden und der Ausgestaltung ihrer Befugnisse soll außerdem darauf geachtet werden, dass die nationale Identität der Mitgliedstaaten gewahrt wird.

### *3. Forderung: Gesetzmäßigkeit und Justizförmigkeit des europäischen Strafverfahrens*

Der Strafprozess charakterisiert sich durch seine starke Formalisierung. Zumindest die Entscheidung über das anwendbare Recht und strafprozessuale Maßnahmen, die in Individualrechte eingreifen, müssen nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts auf eine klare gesetzliche Regelung gestützt werden. Die betroffene Person muss zudem die Möglichkeit haben, die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit durch ein Gericht zu veranlassen, wie es auch Art. 47 Abs. 1 der Grundrechtecharta verlangt.

Solange Strafverfahren nach nationalem Recht betrieben wurden, konnten die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten diesen Grundsätzen Rechnung tragen. Das Fehlen klarer Regeln für zwischenstaatliche Sachverhalte war deshalb eher hinnehmbar. Mittlerweile wird die Zusammenarbeit in Strafsachen aber zunehmend durch Unionsrecht intensiviert. Deshalb muss die Gesetzmäßigkeit von grenzüberschreitenden Strafverfahren künftig auf der Ebene der Union gewährleistet werden.

Haben mehrere Mitgliedstaaten die Strafgewalt über eine Tat, drohen Parallelverfahren, die nicht nur zeit- und kostenintensiv sind, sondern auch den Beschuldigten erheblich belasten. Da die geltenden *ne bis in idem*-Vorschriften dem Prinzip „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ folgen, ist dabei stark vom Zufall abhängig, welches materielle und prozessuale Recht letztlich Anwendung findet. Die Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit sind in der Union zudem teils unklar und in einer Vielzahl von Rechtsakten geregelt, die von den Mitgliedstaaten oft nur fragmentarisch umgesetzt werden. Auch das Zusammenspiel von supranationalen und nationalen Institutionen bei grenzüberschreitenden Strafverfahren ist nicht immer klar geregelt.

Der Unionsgesetzgeber muss deshalb eine klare Regelung dafür schaffen, welcher Mitgliedstaat die Strafgewalt über eine Tat ausüben darf und so Kompetenzkonflikte verhindern. Eröffnet er Möglichkeiten der Kooperation oder der Verfahrensbeteiligung supranationaler Institutionen, so muss er entsprechend dem Kompensationsprinzip (unten I. 6.) zumindest die Voraussetzungen und Grenzen der damit einhergehenden Eingriffe in Individualrechte möglichst klar regeln. Ebenso muss er dafür sorgen, dass der Betroffene effektiven Rechtsschutz erlangen kann.

### *4. Forderung: Wahrung der Kohärenz*

Ein rechtsstaatliches und faires Strafverfahren ist nur in einem in sich widerspruchsfreien System denkbar, welches in jedem Einzelfall einen Ausgleich zwischen Interessen des Staates und des Beschuldigten herstellt. Auch muss das Strafverfahrensrecht kohärent mit den Vorschriften des materiellen Strafrechts sein, die es durchsetzen soll.

Bei Vorgaben des Unionsgesetzgebers hinsichtlich grenzüberschreitender Strafverfahren besteht zunächst die Gefahr, dass sich diese zu Regelungen und Definitionen entgegen Art. 11 Abs. 3 EUV und Art. 7 AEUV in bestehenden Unionsrechtsakten in Widerspruch setzen (Mangel an horizontaler Kohärenz). Gleichzeitig kann die Harmonisierung des Strafverfahrensrechts die Stimmigkeit der nationalen Strafjustiz-

systeme und damit die von Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten grundlegenden Funktionen eines Mitgliedstaats stören (Mangel an vertikaler Kohärenz). Die Stimmigkeit und Balance des nationalen Strafverfahrens wird auch gefährdet, wenn durch die gegenseitige Anerkennung Elemente verschiedener Verfahrensordnungen miteinander kombiniert werden („Hybridverfahren“).

Der Unionsgesetzgeber muss deshalb auf die Kohärenz sowohl in horizontaler Hinsicht – innerhalb der Unionsrechtsordnung – als auch in vertikaler Hinsicht – bzgl. der mitgliedstaatlichen Strafjustizsysteme – achten. Weicht er von dem auf Unionsebene bestehenden Bezugsrahmen ab, bedarf dies besonderer Rechtfertigung. Um unnötige Eingriffe in die Stimmigkeit der nationalen Strafjustizsysteme zu vermeiden, muss er die Auswirkungen neuer Rechtsakte – sowohl zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung als auch zur Harmonisierung der nationalen Verfahrenssysteme – daraufhin untersuchen und auf dieser Grundlage ihre Unbedenklichkeit explizit begründen. Würde durch einen Rechtsakt die Kohärenz eines mitgliedstaatlichen Strafjustizsystems schwerwiegend gestört, muss der Unionsgesetzgeber entsprechend dem Kompensationsprinzip (unten I. 6.) für einen angemessenen Ausgleich sorgen.

### 5. Forderung: Achtung des Subsidiaritätsprinzips

Rechtsakte im Bereich des Strafverfahrensrechts, die auf der Grundlage geteilter Kompetenzen erlassen werden, müssen nach den allgemeinen Regeln des Unionsrechts (Art. 5 Abs. 3 EUV) das Subsidiaritätsprinzip achten. Danach darf der Unionsgesetzgeber nur tätig werden, wenn das von ihm verfolgte Ziel

- (a) nicht ebenso effektiv durch Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden kann und
- (b) seiner Natur oder seinem Umfang nach besser auf Unionsebene erreicht werden kann.

Das Subsidiaritätsprinzip gilt sowohl für Rechtsakte im Bereich der Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten als auch bei der Harmonisierung des nationalen Strafverfahrensrechts und der Schaffung supranationaler europäischer Institutionen wie einer Europäischen Staatsanwaltschaft.

Dementsprechend hat die Erfüllung einer Aufgabe durch den nationalen Gesetzgeber gegenüber einer Behandlung auf Unionsebene Vorrang, soweit der Mitgliedstaat in der Lage ist, mit der betreffenden Frage zurechtzukommen. Auf diese Weise wird eine möglichst große Nähe der Bürger zu der Entscheidungsfindung im Bereich des Strafverfahrensrechts gewährleistet.

Bei der Frage, ob ein Ziel auf Unionsebene besser erreicht werden kann, müssen Nebenfolgen für die demokratische Teilhabe und Grundrechtsfragen berücksichtigt werden. Schwächt beispielsweise ein Unionsrechtsakt die Position der Verteidigung erheblich und kann dieses Defizit nicht auf der Ebene der Mitgliedstaaten behoben werden, wird das Ziel der Maßnahme nicht besser auf Unionsebene erreicht.

Der Subsidiaritätstest ist für jeden Einzelfall, also für jeden einzelnen Rechtsakt und für jeden Teil davon gesondert durchzuführen. Gesetzgebungsakte sind nach Maßgabe des Subsidiaritätsprotokolls (Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon) ausführlich zu begründen; die dort angeführte Einbeziehung der nationalen Parlamente ist einzuhalten. Im Sinne einer „good governance“ muss dem Vorschlag eines Rechtsaktes mit Bezug zum Strafverfahrensrecht stets eine ausführliche Evaluation (in Form einer vorherigen Subsidiaritätskontrolle) unter Abwägung aller Umstände und unter Einbeziehung aller Handlungsalternativen vorangehen. Eine nur formelhafte Bejahung der Subsidiaritätsvoraussetzungen genügt auf keinen Fall.

### 6. Forderung: Kompensation für Defizite des europäischen Strafverfahrens

Damit jeder Rechtsakt auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts die vorgenannten Forderungen respektiert, muss der Unionsgesetzgeber zuvörderst Sicherungsmechanismen im jeweiligen Rechtsakt selbst vorsehen. Soweit solche Korrekturen nicht sinnvoll oder nicht ausreichend sind, insbesondere in den Bereichen, in denen die Defizite des europäischen Strafverfahrens sich als rein faktische Folge der grenzüberschreitenden Strafverfolgung darstellen, ist der Erlass begleitender Maßnahmen erforderlich, die einen angemessenen Ausgleich für bestehende Defizite bewirken.

Im Sinne der „good governance“ hat der Unionsgesetzgeber ausführlich zu begründen, warum er sich für oder gegen eine bestimmte Art der Kompensation entscheidet. Prinzipiell muss er sich dabei von dem Gedanken leiten lassen, dass ein Rechtsakt umso weitreichendere Kompensationsmaßnahmen verlangt, je gravierender er sich auswirkt. Speziell im Bereich der gegenseitigen Anerkennung muss ein Rechtsakt dem Vollstreckungsstaat umso mehr Spielraum belassen, je weniger die betroffenen Vorschriften zuvor harmonisiert worden sind.

## II. Erläuterungen zu den Forderungen der European Criminal Policy Initiative

Im Folgenden sollen die kriminalpolitischen Forderungen des Manifests an den Unionsgesetzgeber anhand konkreter Beispiele aus bereits erlassenen oder in Vorbereitung befindlichen Rechtsakten erläutert werden. Dabei zeigt sich, dass es gerade in der jüngeren Gesetzgebung der Union durchaus erfreuliche Tendenzen gibt, die viele gegenüber älteren Rechtsakten geäußerte Bedenken aufgreifen. Gleichwohl bleibt auch insoweit noch genug Raum für Verbesserungen. Untersucht man Rechtsakte der Union auf ihre Vereinbarkeit mit den Forderungen des Manifests, zeigt sich an mehreren Stellen, dass keine dieser Forderungen isoliert betrachtet werden kann; vielmehr sind sie in vielfacher Weise miteinander verknüpft. Dies kann dazu führen, dass eine Vorschrift zwar im Hinblick auf eine Forderung zu begrüßen ist, gleichzeitig im Hinblick auf andere Grundprinzipien jedoch Nachbesserungen wünschenswert erscheinen.



### 1. Erläuterungen zur Forderung einer Limitierung der gegenseitigen Anerkennung

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist im Primärrecht der Union anerkannt, siehe Art. 82 Abs. 1 AEUV. Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, in welchem Umfang Entscheidungen der Behörden eines Mitgliedstaats in Strafsachen in allen Mitgliedstaaten anzuerkennen sind. Es existiert kein Dogma, das eine absolute, uneingeschränkte Anerkennung fordern würde. Vielmehr galt stets, dass der Umfang der Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung für jede einzelne Maßnahme und abhängig von ihren Besonderheiten geregelt werden muss.<sup>2</sup> Es ist folglich Raum für eine Limitierung der gegenseitigen Anerkennung, wo dies sinnvoll ist.

In diesem Abschnitt sollen zunächst Beispiele aus Rechtsakten vorgestellt werden, die unmittelbar auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruhen. Soweit der Verordnungsvorschlag zur Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>3</sup> ebenfalls Fragen im Hinblick auf Individualrechte, Staatsinteressen oder den Ausgleich anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips aufwirft, werden diese bei den Beispielen zur 2. Forderung des Manifests näher erörtert.

#### a) Limitierung der gegenseitigen Anerkennung durch Individualrechte

##### aa) Die Rechte der verdächtigten Person und des Beschuldigten

Die Durchsetzung des staatlichen Interesses an der Wahrheitsfindung mittels des Strafprozesses wird durch das Rechtsstaatsprinzip sowie die Subjektstellung des Beschuldigten begrenzt. Der Respekt vor der Würde des Beschuldigten gebietet es, ihn nicht zum bloßen Objekt staatlicher Wahrheitsfindung zu degradieren. Ihm muss vielmehr eine Stellung eingeräumt werden, die ihm eine effektive Wahrnehmung seiner Rechte im Strafprozess ermöglicht. Dies bedeutet für die europäische Kriminalpolitik zunächst, dass die Tragweite des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung durch essentielle Rechte des Beschuldigten zu begrenzen ist.

Dass eine sinnvolle Begrenzung der gegenseitigen Anerkennung möglich, bisher aber nicht in ausreichendem Maße gelungen ist, wird an folgenden Bestimmungen deutlich:

- Art. 23 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>4</sup> gestattet es zwar, die Überstellung einer Person an den Ausstellungsstaat aufzuschieben, solange schwerwiegende humanitäre Gründe entgegenstehen, namentlich Gefahren für Leib oder Leben der betroffenen Person. Noch weiter geht Art. 20 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses zur gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen<sup>5</sup>,

der einen – wenngleich nur fakultativen – Ablehnungsgrund für den Fall vorsieht, dass im Anordnungsstaat Grundrechte oder allgemeine Rechtsgrundsätze der Union verletzt wurden. Bedauerlicherweise stellen Grundrechtsverletzungen jedoch keine allgemeine Grenze des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung dar: Erst jüngst hat es der EuGH in seinen Entscheidungen in den Rs. Radu<sup>6</sup> und Melloni<sup>7</sup> versäumt, eine solche menschenrechtskonforme Limitierung der gegenseitigen Anerkennung herzuleiten. Die häufig in Rechtsakten enthaltenen pauschalen Hinweise auf menschenrechtliche Verpflichtungen<sup>8</sup> haben sich somit als praktisch wenig wirksam erwiesen.

- Das Interesse des Betroffenen an dem Schutz vor doppelter Strafverfolgung wegen derselben Tat („ne bis in idem“) wird in den Rechtsakten zur Umsetzung der gegenseitigen Anerkennung vielfach bedacht. So enthält etwa Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>9</sup> einen zwingenden Ablehnungsgrund. Zu begrüßen ist darüber hinaus, dass Art. 4 Nr. 2 dieses Rahmenbeschlusses den Mitgliedstaaten ermöglicht, die Vollstreckung mit Blick auf eigene Ermittlungstätigkeiten abzulehnen (auch wenn eine gesetzliche Zuständigkeitsordnung auf europäischer Ebene vorzugswürdig wäre, siehe unten II. 3.). Der Schutz des Beschuldigten wird zusätzlich durch den fakultativen Ablehnungsgrund des Art. 4 Nr. 5 erweitert, wonach Verurteilungen in einem Drittstaat einem Europäischen Haftbefehl entgegen gehalten werden können.

Allerdings darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieser Schutz vor Doppelbestrafung in Anerkennungsinstrumenten nach wie vor lückenhaft ist: Denn weitgehend sind nur fakultative Ablehnungsgründe vorgesehen, um einem Verstoß gegen den „ne bis in idem“-Grundsatz vorzubeugen. Dies zeigt sich etwa an Art. 4 Nr. 3 Var. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl bzgl. rechtskräftiger behördlicher Entscheidungen in einem anderen Mitgliedstaat, die nach der Rechtsprechung des EuGH weitgehend ebenfalls unter Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens<sup>10</sup> (SDÜ) fallen. Nur fakultative Ablehnungsgründe finden sich auch bei der künftigen Europäischen Ermittlungsanordnung<sup>11</sup> (in der

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Radu).

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Melloni).

<sup>8</sup> Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1; Art. 10 der Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung im Strafverfahren, ABl. EU 2012 Nr. L 142, S. 1; Art. 8 der Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1; oder Art. 14 des Kompromisstextes zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand, Ratsdokument Nr. 12899/13.

<sup>9</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>10</sup> Abgedruckt in ABl. EG 2000 Nr. L 239, S. 19.

<sup>11</sup> Siehe Art. 10 Abs. 1 lit. e Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>2</sup> Siehe das Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen, ABl. EG 2001 Nr. C 12, S. 10, 11 f.

<sup>3</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>4</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>5</sup> Rahmenbeschluss 2005/214/JI, ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16.

ursprünglichen Initiative<sup>12</sup> fehlte ein Ablehnungsgrund sogar völlig) und im Rahmenbeschluss zur gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen.<sup>13</sup> Wenn aber bereits abschbar ist, dass einer erneuten Verurteilung im Anordnungsstaat das Verbot der Doppelbestrafung entgegensteht, sollte jede darauf gerichtete Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten unzulässig sein.

An mehreren Rechtsakten zeigt sich auch die generelle Problematik des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung aus der Sicht des Beschuldigten.

- Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung erleichtert eine Vermischung von Strafverfahrensordnungen (siehe auch unten II. 4. b) – vertikale Kohärenz). Dadurch können wichtige Schutzgarantien für den Beschuldigten verloren gehen: Werden etwa Beweismittel wie eine DNA-Probe oder ein Vernehmungsprotokoll im Rahmen eines rein innerstaatlichen Strafverfahrens in Mitgliedstaat A erhoben, geschieht dies nach dem Prozessrecht des Mitgliedstaats A. Fordert später Mitgliedstaat B die Beweismittel mittels einer Europäischen Beweisverordnung oder künftig einer Europäischen Ermittlungsanordnung für ein von ihm geführtes eigenes Strafverfahren an, können die Voraussetzungen, die nach seinem Recht bei der Gewinnung der Beweismittel zu beachten wären (etwa das Recht auf Konsultation eines Anwalts vor der Vernehmung), gar nicht mehr eingehalten werden. Es droht also (schon auf der Grundlage der existierenden Rechtsakte!) ein „Patchwork-Verfahren“, bei dem Individualrechte missachtet werden. Dass dies kein theoretisches Problem ist, sondern das Auseinanderfallen von Anordnungs- und Vollstreckungskompetenz zu real spürbaren Rechtsverlusten führen kann, zeigt beispielsweise die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entschiedene Rechtssache *Stojkovic*.<sup>14</sup> Die *forum regit actum*-Regeln (Art. 12 S. 1 des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisverordnung<sup>15</sup>, Art. 8 Abs. 2 des Vorschlags für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung<sup>16</sup>) können zwar dazu beitragen, eine Vermischung der Verfahrensordnungen und damit ein Patchwork-System, in dem Beschuldigtenrechte geschwächt oder sogar umgangen werden, zu vermeiden. Dies gilt jedoch nur mit Einschränkungen: Erstens ist es eine reine Ermessensfrage, ob und in welchem Umfang der Anordnungsstaat von der *forum regit actum*-Regel Gebrauch macht. Sinnvoller wäre es, ihn grundsätzlich dazu zu verpflichten, die nach seinem Recht obligatorischen Formvorschriften anzugeben. Der Vollstreckungsstaat kann zweitens die vom Anordnungsstaat angegebene

Formvorschriften mit der Begründung außer Acht lassen, dass wesentliche Rechtsgrundsätze entgegenstehen. Dies ist zwar einerseits sinnvoll und begrüßenswert, da er hierdurch in die Lage versetzt wird, die Kohärenz seiner Rechtsordnung zu wahren. Andererseits bedeutet dies natürlich eine erhebliche Schwächung der *forum regit actum*-Regel und ihrer genannten Vorzüge.

- Dass die Voraussetzungen der Anordnung einer Maßnahme nach einer anderen Rechtsordnung zu beurteilen sind als die Vollstreckung derselben, erschwert eine effektive Verteidigung. Insbesondere benötigen die Betroffenen häufig einen Rechtsbeistand in beiden Mitgliedstaaten. Dies wird in den bisher in Kraft getretenen Anerkennungsinstrumenten nicht berücksichtigt. Sehr zu begrüßen ist dagegen der mittlerweile von Parlament und Rat angenommene Text der künftigen Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand.<sup>17</sup> Dieser sieht in seinem Art. 10 Abs. 1 und Abs. 4 erstmals das Recht der aufgrund eines Europäischen Haftbefehles festgenommenen Person vor, sowohl im Ausstellungs- als auch im Vollstreckungsstaat einen Rechtsbeistand zu erhalten. Es wird nun darauf ankommen, dass die Mitgliedstaaten dieses Recht effektiv ausgestalten. Darüber hinaus wäre es zum einen wünschenswert, auch bei anderen auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beruhenden Maßnahmen eine entsprechende Garantie einzuführen. Zum anderen muss auch die Kommunikation und Abstimmung zwischen dem Rechtsbeistand im Vollstreckungsstaat und demjenigen im Anordnungsstaat gewährleistet werden, so dass eine institutionelle Unterstützung zu erwägen ist (siehe dazu auch unten II. 2.).
- Trotz noch so weitreichender Begrenzungen der gegenseitigen Anerkennung bleiben wesentliche Kritikpunkte aus Sicht der Verteidigung bestehen, die ihren Ursprung oftmals in tatsächlichen Umständen wie Sprachschwierigkeiten, Problemen bei der Auswahl eines geeigneten Rechtsbeistands oder fehlenden Rechtskenntnissen haben. Um ihnen abzuweichen und gleichzeitig das oben angesprochene Risiko von Patchwork-Verfahren einzudämmen, ist eine weitergehende Angleichung von Verfahrensrechten durch die Union unabdingbar. Die zum Ausgleich solcher Nachteile des Beschuldigten bislang angenommenen oder vorgeschlagenen Richtlinien (siehe hierzu unten II. 6.) können in dieser Hinsicht nur ein Anfang sein.
- Eine zusätzliche Erschwernis bedeutet der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung für den Beschuldigten vor dem Hintergrund, dass mehrfache Strafverfahren wegen einer Tat nicht effektiv ausgeschlossen sind. Dies führt zunächst zu einem Mangel an Rechtssicherheit, weil der Beschuldigte sich nicht auf eine Rechtsordnung einstellen kann, die am Ende für die materiell-rechtliche Beurteilung der Tat und das Verfahren maßgeblich sein wird (siehe hierzu auch II. 3.). Darüber hinaus können Parallelverfahren auf der Grundlage des Anerkennungsgrundsatzes (ganz

---

<sup>12</sup> Ratsdokument Nr. 9145/10.

<sup>13</sup> Siehe Art. 7 Abs. 2 lit. a Rahmenbeschluss 2005/214/JI, ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16.

<sup>14</sup> EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (*Stojkovic* ./ Frankreich und Belgien).

<sup>15</sup> Rahmenbeschluss 2008/978/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>16</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

---

<sup>17</sup> Ratsdokument Nr. 12899/13.

abgesehen von den mit ihnen verbundenen ineffektiven Mehrfcharbeiten der Strafverfolgungsbehörden) dazu führen, dass sich der Beschuldigte mit Strafverfolgungsmaßnahmen in mehreren Mitgliedstaaten konfrontiert sieht und sich gleichzeitig nach mehreren Rechtsordnungen verteidigen muss. Das kann nur mit einem Team von kooperierenden Verteidigern gelingen, die nicht nur Experten für ihre jeweilige Strafrechtsordnung, sondern auch für die zwischenstaatliche Zusammenarbeit sind. Der „durchschnittliche“ Beschuldigte kann eine solche koordinierte Verteidigung aber nicht organisieren, geschweige denn finanzieren.

Die existierenden Regelungen des Art. 54 SDÜ bzw. des Art. 50 GRC (die eigentlich beschuldigtenfreundliche Formen von gegenseitiger Anerkennung sind) können dies nicht verhindern, weil sie zu spät eingreifen, nämlich erst, wenn in einem Mitgliedstaat eine rechtskräftige Aburteilung ergangen ist. Überdies sind die Ausnahmen von dem Verbot der Doppelbestrafung und -verfolgung in Art. 55 SDÜ zu weit geraten. Denn sie ermöglichen unter bestimmten Voraussetzungen eine nochmalige Bestrafung, selbst wenn die Gerichte des Mitgliedstaats der ersten Aburteilung das Strafverfolgungsinteresse des anderen Mitgliedstaats bereits hinreichend berücksichtigt haben. Tötet beispielsweise ein Franzose in Deutschland einen Italiener und wird er dann von Frankreich (kraft des aktiven Personalitätsprinzips) oder Italien (kraft des passiven Personalitätsprinzips) wegen Mordes verurteilt, könnte gleichwohl gem. Art. 55 Abs. 1 lit. a SDÜ Deutschland erneut gegen ihn vorgehen – obwohl nicht ersichtlich ist, weshalb die Aburteilung durch den anderen Mitgliedstaat nicht ausreichend sein soll.

Vor diesem Hintergrund sind die Regelungen des Rahmenbeschlusses zur Verhinderung und Beilegung von Kompetenzkonflikten<sup>18</sup> sehr enttäuschend. Dieser Rechtsakt sieht keine zwingende Beendigung paralleler Verfahren in mehreren Mitgliedstaaten vor. Im Gegenteil überlässt er es komplett den beteiligten Mitgliedstaaten, ob sie sich für eine Konzentration paralleler Verfahren entscheiden („diese Konsultationen können gegebenenfalls zu einer Konzentration der Strafverfahren in einem einzigen Mitgliedstaat führen“) oder parallele Verfahren weiter laufen lassen. Die Doppelbelastung des Bürgers durch sog. „Spiegelverfahren“ bleibt deshalb bestehen.

### *bb) Die Rechte des Opfers einer Straftat und der durch das Verfahren betroffenen Dritten*

Ebenso wie die Instrumente zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung die Rechtsposition des Beschuldigten schwächen können, werfen sie teils auch aus der Sicht von durch das Verfahren betroffenen Dritten Schwierigkeiten auf:

- Positiv sticht deshalb der Kompromisstext des Rates bzgl. des Vorschlags für eine Europäische Ermittlungsanord-

<sup>18</sup> Rahmenbeschluss 2009/948/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 328, S. 42.

nung<sup>19</sup> hervor. Er sieht in seinem Art. 21 Abs. 6 lit. e sowie Art. 22 Abs. 4 für Vernehmungen von Zeugen oder Sachverständigen per audio-visueller Übertragung, Video- oder Telefonkonferenz eine Meistbegünstigungsregel vor, der zufolge sich der Betroffene auf die Aussageverweigerungsrechte beider beteiligter Mitgliedstaaten berufen kann.

- Grundsätzlich ist es auch zu begrüßen, dass der Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisordnung<sup>20</sup> und die künftige Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung<sup>21</sup> Vorschriften enthalten, denen zufolge die Vollstreckung verweigert werden kann, wenn ihr Immunitäten oder Vorrechte im Vollstreckungsstaat entgegenstehen. Nach der Begründungserwägung Nr. 12b können hierzu auch Vorrechte für medizinische und Rechtsberufe gezählt werden; ebenso werden hierzu nach dem Vorschlag bzgl. der Ermittlungsanordnung Regeln über die Pressefreiheit und die Meinungsäußerung in anderen Medien gerechnet. Gleichwohl lassen diese Ablehnungsgründe wesentliche Kritikpunkte bestehen:

Erstens sind die Regelungen unklar und in den Begründungserwägungen werden nur sehr selektiv einige Fallgruppen angesprochen, so dass in anderen wichtigen Fallgruppen Zweifelsfragen bleiben. So sind die Beispiele allesamt zugeschnitten auf bestimmte Berufsgruppen. Eigentlich müssten zu den „Vorrechten oder Immunitäten“ aber auch Vorschriften zum Schutz von Familienangehörigen oder Geistlichen zählen. Dies hätte eindeutig in den Unionsvorschriften angesprochen werden müssen, um Unklarheiten auszuschließen.

Zweitens ist in diesen Fällen jeweils nur ein fakultativer Ablehnungsgrund für den Vollstreckungsstaat vorgesehen. Dies mag seinem Interesse an der Wahrung der Integrität seiner Rechtsordnung genügen. Im Hinblick auf die Individualrechte ist jedoch nicht einzusehen, weshalb ihre Geltung vollkommen in das Ermessen des Vollstreckungsstaats gestellt werden sollte: Selbst wenn die betroffenen Personen auf diese Rechtspositionen vertrauen, hinge es danach vom Gutdünken des Vollstreckungsstaats ab, ob ihre Rechte gelten – obwohl sie bei einem rein innerstaatlichen Verfahren im Vollstreckungsstaat zwingend zu beachten wären.

- Dass das Auseinanderfallen von Anordnungs- und Vollstreckungskompetenz auch die Rechte Dritter schmälern kann, wird beispielsweise sichtbar, wenn im Anordnungsstaat Vorschriften existieren, die den Umgang mit vertraulichen Dokumenten nach einer Beschlagnahme regeln. Sie drohen entwertet zu werden, wenn entsprechende Vorschriften im Vollstreckungsstaat fehlen und ihre Einhaltung

<sup>19</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>20</sup> Art. 13 Abs. 1 lit. d des Rahmenbeschlusses 2008/978/JI über die Europäische Beweisordnung, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>21</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. a des Vorschlags für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung, vgl. Ratsdokument Nr. 18918/11.



durch die Behörden des Anordnungsstaates nicht mittels der *forum regit actum*-Vorschriften gefordert wird (werden kann).

*b) Limitierung der gegenseitigen Anerkennung durch die nationale Identität und den ordre public der Mitgliedstaaten*

Auf das Interesse des Vollstreckungsstaats an der Wahrung seiner Identität wird in mehreren Vorschriften Rücksicht genommen:

- So sind im Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisverordnung<sup>22</sup> und im Richtlinienentwurf bzgl. der Europäischen Ermittlungsverordnung<sup>23</sup> Ablehnungsgründe vorgesehen, wenn der Vollstreckungsstaat bzgl. bestimmter Beweismittel ein Geheimhaltungsinteresse hat. In den Rahmenbeschlüssen zur gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen<sup>24</sup> und über den Europäischen Haftbefehl<sup>25</sup> wird Rücksicht auf nationale Wertungen hinsichtlich der Altersgrenze für die strafrechtliche Verantwortlichkeit genommen. Allerdings sind damit keineswegs alle Probleme behoben: So bliebe es z.B. möglich, einen Europäischen Haftbefehl wegen eines Verhaltens auszustellen, das im Anordnungsstaat auf Grund von sog. „strict liability“, also ohne Verschulden, bestraft werden soll. Dies kann im Vollstreckungsstaat zu einem Konflikt mit dem Schuldgrundsatz führen.
- Positiv ist auch, dass bei der gegenseitigen Anerkennung von freiheitsentziehenden Sanktionen, Bewährungs- und Überwachungsmaßnahmen jeweils die Möglichkeit vorgesehen wird, auf alternative Maßnahmen auszuweichen, wenn dadurch Konflikte mit dem Recht des Vollstreckungsstaats vermieden werden können.<sup>26</sup>
- Wichtige Vorschriften finden sich ferner in Art. 20 Abs. 4 lit. a des EU-Rechtshilfeübereinkommens<sup>27</sup> und Art. 27d Abs. 3 des vom Rat angenommenen Kompromisses bzgl. des Vorschlags für eine Europäische Ermittlungsverordnung<sup>28</sup>: Ist danach für die Überwachung der Telekommunikation einer Person die technische Mithilfe des Aufenthaltsstaates nicht erforderlich, kann dieser verlangen, dass die Überwachung beendet und das Material, das während der Anwesenheit der Person in seinem Hoheitsgebiet gewonnen wurde, nicht verwendet wird. Dadurch wird einerseits dem Umstand Rechnung getragen, dass sich der Kommunikationsvorgang in diesen Fällen zumindest teilweise auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaats als des Überwachungsstaats abgespielt hat. Dessen Hoheitsgewalt würde in Frage gestellt, wenn der Überwachungsstaat ohne Rücksprache abhören dürfte. Andererseits schützt diese Beschränkung auch das Vertrauen des Beschuldigten darauf, dass Ermittlungsmaßnahmen nur nach Maßgabe des Rechts des Mitgliedstaats, in dem er sich aufhält, in seine Rechtspositionen eingreifen werden.

Ungeachtet dieser begrüßenswerten Ansätze muss der Vollstreckungsstaat jedoch in vielen Fallkonstellationen damit rechnen, dass sein Identitätsinteresse und sein *ordre public* unberücksichtigt bleiben:

Ungeachtet dieser begrüßenswerten Ansätze muss der Vollstreckungsstaat jedoch in vielen Fallkonstellationen damit rechnen, dass sein Identitätsinteresse und sein *ordre public* unberücksichtigt bleiben:

- Namentlich fehlt ein allgemeiner *ordre-public*-Vorbehalt im Bereich der Strafrechtspflege. Dies ist deshalb wenig einleuchtend, weil im Bereich der Warenverkehrsfreiheit – aus dem das Konzept der gegenseitigen Anerkennung ursprünglich stammt – ein solcher Vorbehalt in Art. 36 AEUV explizit vorgesehen ist. Auch bei der Vollstreckung vieler Entscheidungen in Zivilverfahren ist die Anerkennung und Vollstreckung gem. Art. 45 Nr. 1 lit. a der EU-GVVO<sup>29</sup> n.F. auch weiterhin abzulehnen, wenn auf Antrag des Beklagten im Vollstreckungsstaat ein offensichtlicher Verstoß gegen den *ordre public* festgestellt wird. Dass gerade im Bereich der Strafrechtspflege, die einen besonders starken Grundrechtsbezug aufweist und deshalb mit grundlegenden Wertungsfragen einer Rechtsordnung zusammenhängt, ein solcher Ablehnungsgrund vollkommen fehlt, lässt sich nicht rechtfertigen.
- Einem Mitgliedstaat, der ein legitimes Strafverfolgungsinteresse hat, kann im Extremfall aufgrund des von Art. 54 SDÜ geschaffenen Prioritätsregimes das Verfahren durch einen anderen Mitgliedstaat, der einfach nur schneller das Verfahren abschließt, entzogen werden. Bei Tatorten in mehreren Mitgliedstaaten entscheidet z.B. gem. Art. 55 Abs. 1 lit. a (letzter Halbsatz) SDÜ die zeitliche Reihenfolge, selbst wenn der langsamere Mitgliedstaat einen viel stärkeren Bezug zur Tat hat (Großteil der Handlungen, Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer).
- Die sog. „Positivlisten“, etwa in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>30</sup> und Art. 7 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses über die Anerken-

---

<sup>22</sup> Rahmenbeschluss 2008/978/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>23</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>24</sup> Siehe Art. 7 Abs. 2 lit. f Rahmenbeschluss 2005/214/JI, ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16; ferner Art. 15 Abs. 1 lit. g Rahmenbeschluss 2009/829/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20.

<sup>25</sup> Siehe Art. 3 Nr. 3 Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>26</sup> Art. 13 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2009/829/JI über die Europäische Überwachungsanordnung, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20; Art. 9 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2008/947/JI über die Anerkennung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen, ABl. EU 2008 Nr. L 337, S. 102; Art. 8 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2008/909/JI über die Anerkennung freiheitsentziehender Sanktionen, ABl. EU 2008 Nr. L 327, S. 27.

<sup>27</sup> ABl. EG 2000 Nr. C 197, S. 1.

<sup>28</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

---

<sup>29</sup> Verordnung (EU) 1215/2012, ABl. EU 2012 Nr. L 351, S. 1.

<sup>30</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

nung freiheitsentziehender Sanktionen,<sup>31</sup> umfassen auch Verhaltensweisen, die keineswegs in allen Mitgliedstaaten als strafbar angesehen werden. So kann etwa Sterbehilfe, die in Mitgliedstaat A unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und straflos ist, in Mitgliedstaat B als Fallgruppe einer „vorsätzlichen Tötung“ angesehen werden. Die Folge ist, dass Mitgliedstaat A den Handelnden an Mitgliedstaat B überstellen und sich dadurch in Widerspruch zu den Wertungen seiner Rechtsordnung setzen muss. Ähnliche Fälle lassen sich z.B. bilden mit Schwangerschaftsabbrüchen („vorsätzliche Tötung“) und der Beschneidung von Knaben („schwere Körperverletzung“).

### *c) Limitierung der gegenseitigen Anerkennung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

Die bisherigen Rechtsakte zur Umsetzung des Anerkennungsgrundsatzes legen vielfach nicht ausreichend Gewicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

- Zu begrüßen sind zunächst die minimis-Grenzen wie in Art. 7 Abs. 2 lit. h des Rahmenbeschlusses über die Anerkennung von Geldstrafen<sup>32</sup> für besonders niedrige Sanktionen (unter 70 Euro). Diese Vorschrift mag zwar eher das Interesse des Vollstreckungsstaats im Blick haben, keine erheblichen Maßnahmen zu tätigen, wenn sich im Ergebnis der Aufwand nicht lohnt; sie wirkt sich aber zumindest mittelbar auch zugunsten des betroffenen Bürgers aus.
- Erfreuliche Ansätze finden sich auch in dem aktuellen Text des Vorschlags für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung.<sup>33</sup> Generell ist daran positiv, dass zwischen unterschiedlich schwerwiegenden Ermittlungsmaßnahmen differenziert wird und dass tendenziell bei solchen mit höherer Eingriffsintensität zusätzliche Ablehnungsgründe vorgesehen sind. Besondere Beachtung verdient daneben Art. 9 Abs. 1a des Vorschlags. Danach kann der Vollstreckungsstaat die angeordnete Maßnahme unter Umständen durch eine weniger einschneidende ersetzen. Eine solche Ersetzungsbefugnis ist ausgesprochen sinnvoll, da seine Behörden der Vollstreckung der Maßnahme „näher“ sind und besser als die Behörden des Anordnungsstaates bei ihrer Entscheidung aus der Ferne abschätzen können, ob weniger schwerwiegende Mittel ausreichen. Dennoch besteht Raum für weitere Verbesserungen: Zunächst ist bzgl. der Europäischen Ermittlungsanordnung die rein fakultative Ausgestaltung der Ersetzungsbefugnis fragwürdig – die Wahl verhältnismäßiger Mittel sollte nicht in das Belieben des Vollstreckungsstaates gestellt werden. Von diesem Kritikpunkt abgesehen ist zu bemängeln, dass eine solche Regelung nicht in allen Anerkennungsinstrumenten vorgesehen ist – etwa nicht im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, also ei-

ner noch grundrechtsintensiveren Maßnahme. Hier besteht Nachbesserungsbedarf, um auszuschließen, dass ein Europäischer Haftbefehl ausgestellt wird, obwohl z.B. die schriftliche Vornahme von Verfahrenshandlungen ohne persönliche Anwesenheit des Beschuldigten ausreichend ist.

- Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl<sup>34</sup> sieht keine zwingende Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die ausstellenden Behörden vor. Demgegenüber muss es bereits als Fortschritt angesehen werden, dass gem. Art. 5a Abs. 1 lit. a der vorgeschlagenen Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung<sup>35</sup> eine Maßnahme nur angeordnet werden darf, wenn dies für den Zweck des Verfahrens verhältnismäßig ist. Jedoch wird bei den Gesichtspunkten, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten sind, nicht die grenzüberschreitende Dimension des Verfahrens genannt. Gerade diese kann aber wegen der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten für den Betroffenen und sein Recht auf eine effektive Verteidigung eine besondere Belastung begründen.
- Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses über den (zur Strafverfolgung ausgestellten) Europäischen Haftbefehl<sup>36</sup> eröffnet dessen Anwendungsbereich schon für alle Straftaten, die im Höchstmaß mit mindestens zwölf Monaten Freiheitsstrafe bedroht sind. Dies ist nicht nur problematisch, weil die Sanktionsregime der Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ausgestaltet sind und das Mindesthöchstmaß der angedrohten Strafe nur bedingt aussagekräftig bzgl. des Unwerts einer Straftat ist. Insbesondere ist eine Höchststrafe von einem Jahr in den allermeisten Mitgliedstaaten eine Schwelle, die selbst bei Bagatelldelikten überschritten wird. Vorzugswürdig wäre es – neben dem Erfordernis einer zwingenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Anordnungsstaat, siehe oben –, auf die konkret zu erwartende Sanktionierung abzustellen oder zumindest die Schwellenwerte deutlich zu erhöhen. Ein Beispiel für eine höhere Schwelle findet sich in Art. 14 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses über die Anerkennung von Überwachungsmaßnahmen,<sup>37</sup> der erst ab einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren eingreift. Allerdings ist nicht verständlich, dass eine solche Überwachungsanordnung, die – als mildere Maßnahme – einen Europäischen Haftbefehl zumindest teilweise entbehrlich machen kann, gerade in besonders geringfügigen Fällen nicht zur Verfügung stehen soll (siehe auch unten II. 4. a) zur horizontalen Kohärenz). Eine weitergehende Anerkennung der Überwachungsmaßnahmen anstelle eines Europäischen Haft-

<sup>31</sup> Rahmenbeschluss 2008/909/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 327, S. 27.

<sup>32</sup> Rahmenbeschluss 2005/214/JI, ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16.

<sup>33</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>34</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>35</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>36</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>37</sup> Rahmenbeschluss 2009/829/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20.

befehls wäre gerade aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sehr zu begrüßen.

### 2. Erläuterungen zur Forderung der Ausgewogenheit des Europäischen Strafverfahrens

Ein fairer Ausgleich zwischen dem Interesse an effektiver Strafverfolgung, den Individualrechten und staatlichen Hoheitsbelangen ist nicht nur bei Rechtsakten zur Verwirklichung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung zwingend erforderlich. Denn mit einer Limitierung der gegenseitigen Anerkennung allein wird der Anreicherung des Strafverfahrens um supranationale Elemente – künftig etwa um eine Europäische Staatsanwaltschaft – noch nicht ausreichend Rechnung getragen. Ein wichtiger Aspekt ist gerade in einem zunehmend supranationalisierten Strafverfahren die Achtung der Rechte von Individuen, die – wenn auch mit erheblicher Verspätung – höchst erfreulicherweise zunehmend die Aufmerksamkeit des Unionsgesetzgebers erfahren. Sein Bestreben, in dieser Hinsicht mittels Richtlinien gewisse Mindeststandards zu schaffen, kann einen wichtigen Beitrag dazu leisten, faktische Schwierigkeiten für die Verteidigung abzumildern und die Ausgewogenheit im Europäischen Strafverfahren wiederherzustellen. Dies zeigt sich beispielsweise durch die Garantie eines Rechts auf Rechtsbeistand in jedem einzelnen an einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung beteiligten Mitgliedstaat (siehe näher unten II. 6.).

Was speziell das supranational beeinflusste Strafverfahren anbelangt, zeigt der im Sommer 2013 von der Kommission vorgelegte Entwurf einer Verordnung über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>38</sup> im Hinblick auf die Wahrung von Individualrechten gegenüber früheren Überlegungen<sup>39</sup> teils deutliche Fortschritte:

- Positiv ist zunächst die Betonung der Geltung der Grundrechtecharta in Art. 11 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1, auch wenn sie rein deklaratorisch wirkt, so dass damit allein das Schutzniveau noch nicht erhöht wird. Zumindest die Formulierung einzelner Vorschriften des Vorschlags ist jedoch unglücklich. So gewährleistet Art. 32 Abs. 2 „die folgenden im Unionsrecht und im innerstaatlichen Recht des Mitgliedstaats vorgesehenen Verfahrensrechte“. Dies ließe sich so verstehen, dass die Rechte nur gewährt werden, soweit beide Rechtsordnungen sie vorsehen. Dies wäre fragwürdig, wenn z.B. ein Mitgliedstaat seiner Umsetzungspflicht in Bezug auf eine Richtlinie zu Verfahrensrechten nicht gerecht wird. Die in Art. 33 bis 35 genannten Rechte stehen sogar ganz unter dem Vorbehalt des einzelstaatlichen Rechts.
- Verglichen mit anderen Unionsrechtsakten (unten II. 6.) macht Art. 32 Abs. 3 in erfreulicher Weise klar, dass die Verfahrensrechte schon dann eingreifen, wenn eine Person verdächtigt wird. Sie müssen somit schon bei der Vorabprüfung, die der Entscheidung über die Aufnahme von Ermittlungen (Art. 15 Abs. 4 und 16 Abs. 1) vorausgeht,

beachtet werden. Unterstrichen wird diese Linie noch durch Art. 32 Abs. 4, wonach die in Art. 32 Abs. 2 genannten Beschuldigtenrechte auch für Personen gelten, die sich im Laufe einer Anhörung (z.B. als Zeuge) verdächtig machen.

- Art. 13 schafft eine Möglichkeit, Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union gemeinsam mit damit in Zusammenhang stehenden Straftaten abzuurteilen, wenn sie einen einheitlichen Sachverhalt bilden. Das ist im Hinblick auf den Grundsatz „ne bis in idem“ sinnvoll: Eine solche Verfahrenskonzentration kann parallele Strafverfahren verhindern und trägt zudem Effizienzgesichtspunkten Rechnung, weil nach einer erstmaligen Aburteilung das andere Strafverfahren gemäß dem Grundsatz „ne bis in idem“ ohnehin einzustellen ist (Art. 54 SDÜ). Auch wenn die Regelung deshalb prinzipiell zu begrüßen ist, wirft sie weiter unten zu behandelnde Fragen vor allem im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit (unten II. 3.) und die horizontale Kohärenz (unten II. 4. a) auf.
- Aus Sicht des betroffenen Bürgers (zur vertikalen Kohärenz siehe unten II. 4. b) sind ferner zwei Vorschriften besonders zu begrüßen, welche darauf ausgerichtet sind, Nachteile durch eine Vermischung der mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen zu begrenzen: Art. 32 Abs. 5 sieht vor, dass Personen, die von Verfahren der Europäischen Staatsanwaltschaft betroffen sind, sich stets auf die Verfahrensrechte des geltenden einzelstaatlichen Rechts berufen können. Diese Vorschrift beugt der Gefahr vor, dass die nach dem Recht eines Mitgliedstaats bestehenden strengen Voraussetzungen für eine Ermittlungsmaßnahme ausgehebelt werden, indem die Anordnung nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats mit niedrigeren Eingriffsvoraussetzungen erlassen wird. Ansonsten könnte es zu einer systematischen Umgehung von Vorschriften kommen, welche aus Gründen des Individualschutzes die Beweiserhebung begrenzen. Gleichzeitig enthält Art. 30 eine Parallelvorschrift hinsichtlich der Beweisverwertung. Danach sind von der Europäischen Staatsanwaltschaft beigebrachte Beweismittel (gemeint sind solche, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gewonnen wurden) zwar grundsätzlich ohne weitere Voraussetzungen zuzulassen. Jedoch kann das Gericht sie gleichwohl für unzulässig erklären, wenn es der Auffassung ist, dass ihre Verwertung sich negativ auf die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte (gemäß Art. 47 und 48 der Grundrechtecharta) auswirken würde, Art. 30 Abs. 1. Außerdem bleibt gem. Art. 30 Abs. 2 die Würdigung von der Europäischen Staatsanwaltschaft vorgelegter Beweise – und damit auch die Entscheidung über den Beweiswert – vollkommen dem Gericht vorbehalten. Dies stellt einen wichtigen Schutzmechanismus gegen die Kombination von geringen Anforderungen an die Beweiserhebung einerseits und niedrigen Schutzstandards bei der Beweisverwertung andererseits dar. Ohne eine solche Vorschrift könnte die bedingungslose Verwertung von im Ausland gewonnenen Beweisen eine sub-

---

<sup>38</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>39</sup> Siehe etwa KOM (2001) 715 endg.



stanziale Aushöhlung von Beschuldigtenrechten zur Folge haben.

Bemängeln lässt sich jedoch, dass lediglich die Fairness des Verfahrens und Verteidigungsrechte gegen die Zulassung von Beweismitteln angeführt werden können. Es wäre überlegenswert gewesen, dem Gericht auch bei der Verletzung von nicht strafverfahrensspezifischen Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Grundrechtecharta (wie etwa des Rechts auf Schutz der Privatsphäre in Art. 8 der Konvention) einen größeren Spielraum hinsichtlich der Zulassung von Beweismitteln einzuräumen. Zwar gelten diese an sich in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen. Jedoch zeigt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dass es auch in den Mitgliedstaaten der Union immer wieder zu Verletzungen dieser Rechte kommt. Das Gericht in einem solchen Fall zu der Verwertung des Beweismittels zu zwingen, ist nicht nur im Hinblick auf die Individualrechte, sondern auch auf den *ordre public* des Forumsstaates nicht akzeptabel.

- Aus der Perspektive des Individualschutzes problematisch ist dagegen z.B. die Vorschrift des Art. 26 Abs. 1 lit. r, der ohne weitere Voraussetzungen die gezielte Überwachung nicht nur eines Beschuldigten, sondern auch diejenige Dritter an öffentlichen Orten zulässt. Auf der Grundlage dieser Regelung kann ggf. sehr weitreichend in die Rechte von Personen eingegriffen werden, die nur zufällig durch ein von der Europäischen Staatsanwaltschaft geführtes Strafverfahren betroffen sind.
- Die in dem Verordnungsvorschlag enthaltenen oder deklaratorisch wiederholten Gewährleistungen von Individualrechten sind wie gesehen vielfach davon abhängig, dass sie auch durch das Recht der betroffenen Mitgliedstaaten anerkannt werden. Sie sind folglich weder dazu bestimmt, noch dazu geeignet, einen zufriedenstellenden europäischen Schutzstandard zu schaffen. Hierfür bedarf es vielmehr einer weitergehenden Angleichung von Verfahrensrechten durch die Union. Die zur Kompensation rechtsstaatlicher Defizite bislang erlassenen Richtlinien über Beschuldigtenrechte (siehe näher unten II. 6.) stellen erste Schritte in die richtige Richtung dar. Der damit eingeschlagene Weg muss aber konsequent weitergegangen werden.

Will der Unionsgesetzgeber einem Verfahrensbeteiligten besondere Mitwirkungsrechte einräumen, darf dies die Balance des Strafverfahrens insgesamt nicht beeinträchtigen:

- Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet würden, dem Opfer einer Straftat ein umfassendes Rechtsmittelrecht zuzugestehen. Zwar mag dies in einigen Mitgliedstaaten vorgesehen sein. In einer Verfahrensordnung, die solche Mitwirkungsrechte hingegen nicht kennt, könnte ihre Schaffung die Position des Beschuldigten schwächen und damit die Balance des Verfahrens nachhaltig in Schieflage bringen.

Um ein zunehmend supranationalisiertes europäisches Strafverfahren ausgewogen zu gestalten, muss ferner auch insoweit ein Interessenausgleich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gesucht werden:

- Dass für eine strafprozessuale Maßnahme ein vernünftiger Grund bestehen und stets das mildeste, gleich wirksame Mittel gewählt werden muss, sollte in jedem rechtsstaatlichen Strafverfahren eine Selbstverständlichkeit sein. Deshalb ist es zu begrüßen, dass Art. 11 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 26 Abs. 3 des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>40</sup> die Geltung dieses fundamentalen Grundsatzes betont. Obwohl dies der Verordnungsentwurf nicht ausdrücklich fordert, ergibt sich aus dem letzten Satz von Art. 5 des Protokolls über die Anwendung der Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit<sup>41</sup>, dass auch die Angemessenheit jeder in Betracht gezogenen Maßnahme sorgfältig zu prüfen ist. Nur wenn auf diese Weise eine Abwägung und ein Ausgleich der kollidierenden Interessen stattfindet, lassen sich – gerade angesichts einiger weitreichender Eingriffsbefugnisse wie in Art. 26 Abs. 1 lit. r des Vorschlags – inakzeptable Ergebnisse vermeiden.

Die Ausgewogenheit des europäischen Strafverfahrens wird außerdem bereits allein durch die Schaffung neuer, supranationaler Institutionen an sich beeinträchtigt:

- Schon die Vernetzung der mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsbehörden, etwa durch Eurojust, hat ebenso wie die Schaffung supranationaler Strukturen zur Datensammlung dazu beigetragen, die Strafverfolgung zu stärken. Dies ist sinnvoll, um Defizite auszugleichen, die dadurch entstehen, dass mitgliedstaatliche Behörden auch in einem vereinten Europa weiterhin an Staatsgrenzen gebunden sind, wohingegen organisierte, finanzstarke Schwerstkriminelle die Grundfreiheiten zur Begehung von Straftaten missbrauchen. Gegenüber dem „Durchschnittskriminellen“, der weder über einen besonderen Organisationsapparat, noch große finanzielle Mittel verfügt, begründen diese Schritte jedoch ein Ungleichgewicht, das eine effektive Verteidigung erheblich erschweren kann.
- Zwar sieht Art. 11 Abs. 5 des Verordnungsvorschlags zu einer Europäischen Staatsanwaltschaft vor, dass die Behörde objektiv arbeiten und auch entlastende Beweise ermitteln soll. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sie in erster Linie die Strafverfolgung erleichtern würde. Über die allgemeine Vorschrift des Art. 11 Abs. 5 hinaus muss darum bei der Schaffung der Europäischen Staatsanwaltschaft (ebenso wie allgemein von supranationalen Institutionen zur Förderung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung) darauf geachtet werden, dass die Verteidigung nicht ins Hintertreffen gerät. Dies kann insbesondere dadurch geschehen, dass auch institutionell ein Ausgleich

---

<sup>40</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>41</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 306, S. 150.

für die Stärkung der Strafverfolgungsbehörden gesucht wird. Beispiele hierfür liefert etwa das Strafverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof, wo ein „Office of Public Counsel for the Defence“ u.a. dafür zu sorgen hat, dass die Verteidigung Unterstützung bei juristischer Recherche und rechtliche Beratung erhält, wo sie dies wünscht.<sup>42</sup> Dies könnte als Vorbild für die Einrichtung einer Verteidigungsorganisation auf europäischer Ebene dienen – entsprechende Vorschläge für einen Ombudsmann<sup>43</sup> oder „Eurodefensor“<sup>44</sup> existieren bereits.

### 3. Erläuterungen zur Forderung der Gesetzmäßigkeit und Justizförmigkeit des Europäischen Strafverfahrens

In den bisher erlassenen Rechtsakten lassen sich einige Vorschriften finden, bei denen sich der Unionsgesetzgeber darum bemüht hat, eine hinreichend klare Regelung zu schaffen, die den hohen Anforderungen an Formalisierung und Justizförmigkeit im Strafverfahren gerecht wird:

- Ein zufriedenstellendes Maß an gerichtlicher Überprüfbarkeit sieht etwa Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie über das Recht auf Belehrung im Strafverfahren<sup>45</sup> vor. Danach sind Einschränkungen des Informationsrechts nur auf Anordnung oder jedenfalls vorbehaltlich einer Überprüfung durch eine Justizbehörde zulässig. Ebenso müssen Versäumnisse und Verweigerungen dieses Rechts nach den Vorschriften der innerstaatlichen Rechtsordnung justitiabel sein, vgl. Art. 8 Abs. 2. In ähnlicher Form schreiben Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren<sup>46</sup> vor, dass sich verdächtige oder beschuldigte Personen (im Einklang mit den nach nationalem Recht vorgesehenen Verfahren) sowohl gegen die Versagung dieser Rechte wenden, als auch über die mangelhafte Qualität der Dolmetsch- bzw. Übersetzungsleistungen beschweren können.
- Soll eine Europäische Überwachungsanordnung erlassen werden, erfolgt die Auswahl des Vollstreckungs-, d.h. des Überwachungsstaats nach den klaren Kriterien des Art. 9 des entsprechenden Rahmenbeschlusses<sup>47</sup> (Staat des regelmäßigen Aufenthalts; Abweichung nur auf Wunsch des Betroffenen). Auch das Verfahren hierfür wird in Art. 10 und 11 detailliert festgelegt.

Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass in diesem Bereich noch ganz erhebliche Defizite bestehen:

- Da die Entscheidung über den Verfahrensstaat maßgeblich für das anwendbare materielle und prozessuale Recht

ist, muss sie in einem einheitlichen Rechtsraum anhand möglichst präziser Regelungen getroffen werden. Diesem Anspruch wird der Rahmenbeschluss zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten<sup>48</sup> in keiner Weise gerecht. Im Gegenteil sieht er vollkommen unregelmäßige Konsultationen zwischen den Mitgliedstaaten vor, bei denen „die gesamte Sach- und Rechtslage des Falles sowie alle Faktoren, die [die beteiligten Mitgliedstaaten] als sachdienlich betrachten“, berücksichtigt werden sollen. Damit verzichtet der Rahmenbeschluss selbst auf eine andeutungsweise Präzisierung der Voraussetzungen für die Bestimmung des Verfahrensstaats, obwohl sie gerade für den betroffenen Bürger von immenser Bedeutung ist. Selbst eine Entscheidung aufgrund der zu erwartenden Strafhöhe, der Verurteilungswahrscheinlichkeit oder völlig willkürlicher Kriterien wird dadurch nicht ausgeschlossen. Zugespielt ließe sich formulieren, dass der Rahmenbeschluss dadurch, dass er eine Pflicht zu Konsultationen schafft, ohne diese näher zu reglementieren, geradezu eine „Einladung zum Forum Shopping“ ausspricht.

Gleichzeitig entsteht durch die „ne bis in idem“-Vorschriften ein strikt zeitliches Prioritätsregime nach dem Motto „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“. Welcher Mitgliedstaat einen Sachverhalt verfolgt und welche Rechtsordnung maßgeblich ist, hängt deshalb von reinen Zufälligkeiten ab. Beispielsweise kann die längere Bearbeitungsdauer in einem Mitgliedstaat, die wiederum durch Aspekte wie Postlaufzeiten, Erkrankungen eines Richters etc. bedingt ist, dafür maßgeblich sein, welcher Mitgliedstaat das „letzte Wort“ hat. Dass solche Umstände darüber entscheiden, welches materielle Recht gilt (also auch darüber, ob das Verhalten überhaupt mit Strafe bedroht ist und wie hoch diese sein darf) sowie auf der Grundlage welches Prozessrechts die Tat verfolgt und abgeurteilt wird, ist in einem einheitlichen Rechtsraum nicht akzeptabel.

- Einen Schritt weiter als der genannte Rahmenbeschluss geht der Verordnungsvorschlag zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft: Sein Art. 27 Abs. 4 nennt einige Kriterien, die bei der Entscheidung dieser neuen Behörde, wo sie einen Sachverhalt anklagt, Berücksichtigung finden sollen. Die Ausgangslage ist insoweit indes eine etwas andere als sonst bei Jurisdiktionskonflikten, weil die Taten, die unter die Verfolgungskompetenz der Europäischen Staatsanwaltschaft fallen sollen, harmonisiert sind bzw. noch weitergehend harmonisiert werden sollen. Die Strafbarkeit des Verhaltens vorherzusehen, wird deshalb in der Regel weniger schwierig sein. Ebenso sieht der Vorschlag einen Mindeststandard an Verfahrensrechten vor, die folglich unabhängig davon gelten müssen, wo das Verfahren geführt wird.

Gleichwohl ist die vorgeschlagene Regelung des Art. 27 Abs. 4 problematisch: Mangels effektiver Harmonisierung in diesem Bereich bleiben voraussichtlich Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Rechts-

<sup>42</sup> Vgl. Regulation 77 der Regulations of the Court.

<sup>43</sup> Siehe dazu *Mitchell*, in: Schönemann (Hrsg.), Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 191 ff.

<sup>44</sup> Siehe dazu Schönemann (Fn. 43), S. 4 ff.

<sup>45</sup> Richtlinie 2012/13/EU, ABl. EU 2012 Nr. L 142, S. 1.

<sup>46</sup> Richtlinie 2010/64/EU, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1.

<sup>47</sup> Rahmenbeschluss 2009/829/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20.

<sup>48</sup> Rahmenbeschluss 2009/948/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 328, S. 42.

folgen bestehen. Ein großer Ermessensspielraum der Europäischen Staatsanwaltschaft lässt sich deshalb als Verstoß gegen das Erfordernis von Bestimmtheit auf der Rechtsfolgenseite verstehen. Außerdem erstreckt sich die Entscheidung über den Forumsstaat auch auf im Zusammenhang stehende Taten gem. Art. 13 Abs. 1, für die es keine Harmonisierungsbemühungen gegeben hat. Das Prozessrecht bleibt zudem ungeachtet der jüngsten zaghaften Harmonisierungsbestrebungen weiterhin maßgeblich für die Verurteilungswahrscheinlichkeit. Vor diesem Hintergrund ist es nicht hinnehmbar, dass die in Art. 27 Abs. 4 genannten Anknüpfungspunkte (und damit auch die darauf beruhende Entscheidung der Europäischen Staatsanwaltschaft) häufig zufallsabhängig sein werden. Zudem fehlt es an einer Rangordnung der Kriterien und es geht aus der Formulierung des Katalogs nicht klar hervor, ob dieser als abschließend zu verstehen ist. In der Folge hätte die Europäische Staatsanwaltschaft praktisch völlig freie Hand bei der für den weiteren Prozess so weichenstellenden Entscheidung über den Verfahrensstaat. Dass sie gem. Art. 27 Abs. 4 zur „Berücksichtigung einer geordneten Rechtspflege“ verpflichtet ist, spielt in erster Linie auf die möglichst effiziente Durchsetzung des Strafverfolgungsinteresses an und hilft somit wenig weiter. Es hätte wenigstens parallel zu Art. 30 auch eine Pflicht zur Achtung der Fairness des Verfahrens und der Verteidigungsrechte (gemäß Art. 47 und 48 der Grundrechtecharta) festgeschrieben werden sollen.

Nur ergänzend sei hier bemerkt, dass die Aufnahme des Kriteriums des „gewöhnlichen Aufenthalts der direkten Opfer“ (Art. 27 Abs. 4 lit. d) in eine Regelung, die primär auf den Schutz der Finanzinteressen der Union abzielt, wenig plausibel erscheint.

- Die neue Behörde hätte jedoch nicht nur die Möglichkeit, sich den Mitgliedstaat auszusuchen, in dem sie Anklage erhebt. Vielmehr soll es dem Europäischen Staatsanwalt nach Art. 18 Abs. 5 des Vorschlags<sup>49</sup> auch weitgehend freigestellt sein, welchem Abgeordneten Europäischen Staatsanwalt er die Ermittlungen überträgt. Dadurch kann er den Mitgliedstaat, in dem Ermittlungsmaßnahmen ergriffen werden, und somit die rechtlichen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe im Vorverfahren, letztlich selbst auswählen.

Abgesehen von der grundlegenden Problematik von Jurisdiktionskonflikten, die auch im Bereich der Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union fortbesteht, gibt es bei zahlreichen einzelnen Unionsvorschriften Nachbesserungsbedarf:

- Das bereits angesprochene Auseinanderfallen von Anordnungs- und Aburteilungskompetenz hat zur Folge, dass der Rechtsschutz gegen Maßnahmen, die über Instrumente der gegenseitigen Anerkennung unionsweit vollstreckbar sind, geteilt ist. Dies kann dazu führen, dass ein und dieselbe Maßnahme anhand verschiedener Rechtsordnungen und ggf. anhand uneinheitlicher Bewertungsmaßstäbe zu

überprüfen ist (zu den Problemen im Hinblick auf eine effektive Verteidigung siehe bereits II. 1. a). Eine starke Verkürzung des Rechtsschutzes stellt es außerdem dar, wenn gegen eine Maßnahme aufgrund des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung nur solche Rechtsverletzungen geltend gemacht werden können, die sich aus der Anordnung selbst ergeben (vgl. etwa Art. 20 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses über die gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen<sup>50</sup>).

- Die in den „Positivlisten“ der Anerkennungsinstrumente (etwa Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>51</sup>) aufgeführten Fallgruppen von Delikten sind teilweise unscharf, etwa wenn darin von „Sabotage“, „Cybercrime“ oder „schwerer Körperverletzung“ die Rede ist. Dadurch ist nicht immer eindeutig, ob bei einer bestimmten Straftat eine Pflicht zur Kooperation besteht – wann ist z.B. eine Körperverletzung „schwer“? Angesichts der Grundrechtseingriffe, die zumindest mit einigen Formen der Zusammenarbeit verbunden sind (etwa einer Überstellung des Beschuldigten) und deshalb eine klare gesetzliche Grundlage erforderlich machen, ist dieser Mangel an Bestimmtheit hoch problematisch. Nur eine „Notlösung“ kann es vor diesem Hintergrund sein, wie in Art. 23 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung<sup>52</sup> oder Art. 14 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses über die Überwachungsanordnung<sup>53</sup> ein Opt-out aus diesen „Positivlisten“ zuzulassen.
- Nach Art. 19 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>54</sup> können die Bedingungen einer Vernehmung von den Ermittlungsbehörden des Ausstellungs- und des Vollstreckungsstaats jedenfalls in gewissem Umfang ausgehandelt werden. Dies verleiht dem Beschuldigten zwar die Sicherheit, nicht nach unterschiedlichen Regeln vernommen zu werden. Es kann jedoch nicht angehen, dass die beteiligten Strafverfolgungsbehörden nach Gutdünken die Verfahrensregeln für den konkreten Einzelfall festlegen, die ihnen als passend erscheinen. Denn eine Garantie, dass sie auf legitime Interessen des Beschuldigten Rücksicht nehmen, gibt es dabei nicht – genau dies ist der Grund dafür, warum Prozesshandlungen in innerstaatlichen Strafverfahren gesetzlich geregelt sind. Wenn die Union ein einheitlicher Rechtsraum sein möchte, muss sie sich an diesem Maßstab messen lassen und die Verfahrensregeln – oder wenigstens ein Mindestmaß an Beschuldigtenrechten – wesentlich präziser festlegen.

<sup>50</sup> Rahmenbeschluss 2005/214/JI, ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16.

<sup>51</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>52</sup> Rahmenbeschluss 2008/978/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>53</sup> Rahmenbeschluss 2009/829/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20.

<sup>54</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>49</sup> KOM (2013) 534 endg.

- In manchen Mitgliedstaaten spielen Richtervorbehalte bei einigen Ermittlungsmaßnahmen eine wichtige Rolle: Sie ermöglichen eine unabhängige Vorabkontrolle und tragen so zur Formalisierung des Verfahrens bei. Dadurch, dass eine Europäische Beweisverordnung<sup>55</sup> oder künftig eine Europäische Ermittlungsverordnung<sup>56</sup> von Staatsanwälten und Ermittlungsbehörden (vor allem der Polizei) erlassen werden kann, wenn dies nach dem Recht des Anordnungsstaats vorgesehen ist, droht ein Richtervorbehalt im Vollstreckungsstaat entwertet zu werden. Da dieser häufig auf in der jeweiligen Verfassung garantierte Grundrechte zurückzuführen ist, wäre dies für den Vollstreckungsstaat hoch problematisch.

Zwar ist das als Ersatz angedachte Validierungsverfahren (Art. 5a Abs. 3 des Kompromisstextes zur Richtlinie über die Ermittlungsverordnung<sup>57</sup>) insoweit ein Schritt in die richtige Richtung. Es sieht vor, dass unter gewissen Voraussetzungen von Polizisten oder Ermittlungsbehörden erlassene Ermittlungsanordnungen durch einen Richter, ein Gericht, einen Staatsanwalt oder einen Ermittlungsrichter des Anordnungsstaats bestätigt werden müssen. Wenn aber eine solche Validierung auch durch einen Staatsanwalt möglich ist, bleibt es dabei, dass kein Richter befasst werden muss. Überdies ist zweifelhaft, ob eine Justizbehörde des Anordnungsstaats eine ausreichende Kontrolle gewährleistet, da ihre Rechtsordnung einen solchen Vorbehalt ja gerade nicht kennt und da sie auch nicht die nach dem Recht des Vollstreckungsstaats zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitserwägungen kennen kann. Deutlich überlegen ist dieser Lösung diejenige, die von der Kommission in dem Vorschlag für eine Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft<sup>58</sup> angeregt wurde: Nach dessen Art. 26 Abs. 4 ist für eine Reihe von Ermittlungsmaßnahmen zwingend die Genehmigung einer (nach innerstaatlichem Recht) zuständigen Justizbehörde des Mitgliedstaats erforderlich, in dem sie durchgeführt werden sollen. Bei anderen Ermittlungsmaßnahmen wird gem. Art. 26 Abs. 5 ein nach innerstaatlichem Recht vorgesehener Genehmigungsvorbehalt zumindest toleriert.

- Schließlich soll die im Verordnungsvorschlag zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>59</sup> vorgeschlagene Vergleichsregelung des Art. 29, der eine außergerichtliche Einigung mit dem Beschuldigten vorsieht, nicht unerwähnt bleiben. Art. 29 soll offenbar in allen Phasen des Strafverfahrens gelten (selbst nach einer Anklage)

<sup>55</sup> Vgl. Art. 2 lit. c Rahmenbeschluss 2008/978/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 2 lit. a Ratsdokument Nr. 18918/11; siehe ferner Art. 6 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2009/829/JI über die Europäische Überwachungsanordnung, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20.

<sup>57</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11; ebenso schon Art. 11 Abs. 4 und 5 des Rahmenbeschlusses 2008/978/JI über die Europäische Beweisverordnung, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>58</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>59</sup> KOM (2013) 534 endg.

und erlaubt gleichzeitig keinerlei gerichtliche Kontrolle. Dies öffnet heimlich ausgehandelten „Deals“ Tür und Tor, bei denen der Beschuldigte erheblich unter Druck geraten kann, und wird den Anforderungen an ein justizförmiges Verfahren nicht gerecht. Es sollte ferner hervorgehoben werden, dass solche außergerichtlichen Verständigungen nicht in allen Mitgliedstaaten vorgesehen sind und deshalb Probleme im Hinblick auf die vertikale Kohärenz aufwerfen können (weitere Beispiele sogleich unter II. 4. b).

#### 4. Erläuterungen zur Forderung der Wahrung der Kohärenz

##### a) Horizontale Kohärenz

Zur Wahrung der Kohärenz in horizontaler Hinsicht muss der Unionsgesetzgeber darauf achten, dass seine Rechtsakte sich nicht zu dem durch anderweitige Vorschriften des Unionsrechts geschaffenen Bezugsrahmen in Widerspruch setzen. Dies ist bei mehreren Vorschriften gelungen:

- Begrüßenswert ist z.B. der Rahmenbeschluss hinsichtlich der gegenseitigen Anerkennung von Abwesenheitsentscheidungen,<sup>60</sup> mit dem Ablehnungsgründe in mehreren Rahmenbeschlüssen vereinheitlicht wurden – wenngleich man bemängeln kann, dass diese vom Vollstreckungsstaat immer noch in zu weitem Umfang anzuerkennen sind.
- Auch die Kopplung des Rahmenbeschlusses über die Europäische Überwachungsanordnung an die Voraussetzungen des Europäischen Haftbefehls<sup>61</sup> ist ein Beispiel für die Wahrung der horizontalen Kohärenz, da beide Instrumente denselben Zweck verfolgen. Es wurde jedoch schon angesprochen, dass leider ein Gleichlauf beider Rechtsakte nicht konsequent hergestellt wurde, da ein Europäischer Haftbefehl schon bei einer deutlich niedrigeren Mindesthöchststrafe ausgestellt werden kann als eine Überwachungsanordnung (siehe oben II. 1. c).
- Art. 13 Abs. 1 des Verordnungsvorschlags zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>62</sup> sieht vor, dass Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union gemeinsam mit anderen Taten verfolgt werden können, wenn diese (unter anderem) „auf demselben Sachverhalt beruhen“. Dies trägt wie gesehen (oben II. 2.) dem Grundsatz „ne bis in idem“ Rechnung. Allerdings ist im Hinblick auf die Kohärenz des Unionsrechts fragwürdig, weshalb hier auf denselben Sachverhalt abgestellt wird, wohingegen Art. 54 SDÜ von „derselben Tat“ und Art. 50 GRC von „[einer] Straftat“ spricht. Auch mit den vom EuGH in seiner Rechtsprechung zum Tatbegriff gewählten Begrifflichkeiten<sup>63</sup> stimmt diese Formulierung nicht vollständig

<sup>60</sup> Rahmenbeschluss 2009/299/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 81, S. 24.

<sup>61</sup> Art. 15 Abs. 1 lit. h Rahmenbeschluss 2009/829/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20.

<sup>62</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>63</sup> EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04 (Van Esbroeck), Rn. 36: „Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhanden-



überein. Mangels Erklärung in den vorbereitenden Materialien und den Begründungserwägungen führt diese Abweichung zu Unklarheiten hinsichtlich des Bedeutungsgehalts der Vorschrift, die sich mühelos hätten vermeiden lassen.

Erhebliche Unstimmigkeiten zeigen sich zudem zwischen verschiedenen Rechtsakten zur Verwirklichung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung im Hinblick auf die Ablehnungsgründe:

- Beispielsweise ist eine vorangegangene rechtskräftige Aburteilung in einem anderen Mitgliedstaat wegen derselben Handlung („ne bis in idem“) nach Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>64</sup> ein zwingender Ablehnungsgrund. In anderen Rechtsakten soll sie dagegen nur einen fakultativen Ablehnungsgrund darstellen, z.B. in Art. 10 Abs. 1 lit. e des Vorschlags für eine Europäische Ermittlungsanordnung<sup>65</sup> und Art. 15 Abs. 1 lit. c des Rahmenbeschlusses über die Europäische Überwachungsanordnung.<sup>66</sup> Das führt zu dem widersinnigen Ergebnis, dass ein Betroffener zwar nicht wegen neuer Ermittlungen an den anderen Mitgliedstaat überstellt werden darf (was überzeugt), dass er aber eine Durchsuchung seiner Wohnung kraft Europäischer Ermittlungsanordnung über sich ergehen lassen muss, wenn der Vollstreckungsstaat – weshalb auch immer – von dem Ablehnungsgrund keinen Gebrauch macht.
- Die fehlende Abstimmung zwischen den einzelnen Instrumenten zeigt sich auch bei den Ablehnungsgründen bzgl. Taten, die jedenfalls zu einem Teil auf dem Gebiet des Vollstreckungsstaats begangen worden sind: Im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl genügt es etwa, dass die betreffende Tat zum Teil im Vollstreckungsstaat begangen wurde.<sup>67</sup> Im Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisordnung wird einschränkend verlangt, dass sie mindestens zu einem wesentlichen Teil dort begangen wurde.<sup>68</sup> Der Vorschlag zur Europäischen Ermittlungsanordnung schließlich beschneidet diesen Ablehnungsgrund noch einmal, indem er zusätzlich kumulativ verlangt, dass die Tat ausschließlich außerhalb des Hoheitsgebiets des Anordnungsstaats begangen wurde, dass die Ermittlungsanordnung auf eine Zwangsmaßnahme abzielt und dass die zugrundeliegende Tat nach dem Recht des Vollstreckungsstaats nicht strafbar war.<sup>69</sup> Was es rechtfertigt, diesen Ablehnungsgrund nur in so viel engerem Rahmen zuzulassen, wird vom Unionsgesetzgeber in keiner Weise dargelegt.

- Zwar erlaubt der Kompromisstext zur künftigen Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung es dem Vollstreckungsstaat, mildere und gleich wirksame Mittel zu ergreifen.<sup>70</sup> Diese Möglichkeit ist hingegen unter anderem im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl nicht vorgesehen (siehe schon II. 1. c).<sup>71</sup>

### b) Vertikale Kohärenz

Das Gebot der Kohärenzwahrung verlangt in vertikaler Hinsicht, dass der Unionsgesetzgeber auf die Stimmigkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen Rücksicht nimmt.

- Ein Konflikt mit diesem Grundsatz wurde z.B. vermieden, indem aus dem Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand<sup>72</sup> im Laufe der Verhandlungen im Rat eine Vorschrift gestrichen wurde,<sup>73</sup> der zufolge bestimmte Rechtsverstöße zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot hätten führen müssen. Denn eine solche Vorgabe könnte ein Mitgliedstaat nicht akzeptieren, nach dessen Recht Beschränkungen der richterlichen Beweiswürdigung unzulässig sind. Allerdings hätte dieser Konflikt besser aufgelöst werden können: Anstatt das Beweisverwertungsverbot komplett zu streichen, wäre es vollkommen ausreichend – und zur Wahrung der Beschuldigteninteressen vorzugswürdig – gewesen, nur eine Ausnahmeklausel (ordre public-Klausel) für die Mitgliedstaaten vorzusehen, für die es schwerwiegende Kohärenzprobleme bedeutet hätte.
- Es wurde bereits angesprochen, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu einer Vermischung von Prozesssystemen führen kann, die sich vor allem auf die Position des Beschuldigten nachteilig auswirkt (siehe oben II. 1. a). Daran zeigt sich, dass die Kohärenz der nationalen Verfahrensregeln auch für die Wahrung von Individualrechten unerlässlich ist. Der forum regit actum-Grundsatz (z.B. in Art. 8 Abs. 2 des Kompromisstextes für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung<sup>74</sup>) kann hier Abhilfe schaffen, indem er dazu beiträgt, dass auf das Verfahren insgesamt die Regeln des Anordnungsstaats zur Anwendung kommen. Ein anderer Weg wurde in dem Vorschlag zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft gewählt<sup>75</sup>: Dort stellt Art. 30 weitgehend sicher, dass die Verwertung eines Beweises, der in einem ande-

---

sein eines Komplexes konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände“.

<sup>64</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>65</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>66</sup> Rahmenbeschluss 2009/829/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20.

<sup>67</sup> Art. 4 Nr. 7 lit. a Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>68</sup> Art. 13 Abs. 1 lit. f sublit. i Rahmenbeschluss 2008/978/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 72.

<sup>69</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. f Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>70</sup> Siehe Art. 9 Abs. 1a Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>71</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. EU 2002 Nr. L 190, S. 1.

<sup>72</sup> Art. 13 KOM (2011) 326 endg.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 11 Ratsdokument Nr. 12988/13.

<sup>74</sup> Ratsdokument Nr. 18918/11.

<sup>75</sup> KOM (2013) 534 endg.

ren Mitgliedstaat als demjenigen gewonnen wurde, wo das Verfahren stattfindet, nicht zu Brüchen innerhalb der nationalen Rechtsordnung führt (siehe oben II. 2.).

### 5. Erläuterungen zur Forderung der Achtung des Subsidiaritätsprinzips

Auch wenn sich die Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes recht leicht begründen lässt, wenn ein Unionsrechtsakt die grenzüberschreitende Strafverfolgung zum Gegenstand hat, gibt es Regelungen und Entwürfe, die vor diesem Hintergrund zweifelhaft erscheinen:

- Dies betrifft zum einen die Richtlinie über die Rechte von Opfern von Straftaten:<sup>76</sup> Weshalb bestimmte Mindestopferrechte unionsrechtlich sogar für Verfahren vorgesehen werden müssen, die überhaupt keinen grenzüberschreitenden Bezug besitzen, hätte einer näheren Erklärung durch den Gesetzgeber bedurft.
- Zumindest zweifelhaft ist vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips auch, inwieweit derzeit die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>77</sup> gerechtfertigt ist, obwohl es Mitgliedstaaten gibt, in denen die Strafverfolgung bei Delikten gegen die finanziellen Interessen der Union schon bisher funktioniert. Erst recht gelten diese Bedenken, wenn künftig einmal eine Erweiterung der Zuständigkeit dieser Institution auf andere Formen schwerer grenzüberschreitender Kriminalität gem. Art. 86 Abs. 4 AEUV erwogen werden sollte. Jedenfalls wäre hier eine die Souveränitätsinteressen schonende Konzeption – etwa nach einem Modell der Komplementarität, wie es bei der Ausübung der Gerichtsbarkeit des IStGH zur Anwendung gelangt – erwägenswert.

### 6. Erläuterungen zur Forderung einer Kompensation für Defizite des europäischen Strafverfahrens

Die bisher genannten Beispiele haben vielfache Möglichkeiten aufgezeigt, wie der Unionsgesetzgeber den Forderungen des Manifests durch Sicherungsmechanismen in einzelnen Rechtsakten Rechnung tragen kann (und dies teils auch schon tut). Noch nicht angesprochen wurde hingegen, in welchem Umfang die allgemein mit grenzüberschreitend geführten Strafverfahren einhergehenden Schwierigkeiten (vor allem für den Beschuldigten) durch Rechtsakte der Union zu kompensieren sind.

Im grenzüberschreitenden Strafverfahren muss sich der Beschuldigte mit mindestens einer weiteren und damit für ihn fremden Rechtsordnung auseinandersetzen, deren (Fach-)Sprache er zumeist nicht hinreichend spricht und versteht; und er muss dort zur effektiven Wahrnehmung seiner Rechte eine weitere, somit doppelte Verteidigung aufwändig organisieren. Durch eine eventuelle Überstellung ins europäische Ausland wird er zudem seinem sozialen Umfeld entrissen. Auf diese dem Beschuldigten drohenden Belastungen muss die europäi-

sche Kriminalpolitik reagieren, indem sie europaweite Mindeststandards für spezifische Beschuldigtenrechte schafft, die die Nachteile der Beschuldigten in einem grenzüberschreitend geführten Strafverfahren ausgleichen:

- So ist es zu begrüßen, dass die Union im Stockholmer Programm<sup>78</sup> die Stärkung von Verfahrensrechten auf ihre politische Tagungsordnung gesetzt und sich auf einen „Fahrplan“<sup>79</sup> zu diesem Ziel verständigt hat. Uneingeschränkte Zustimmung verdient insbesondere Erwägungsgrund Nr. 8 des „Fahrplans“, der klarstellt, dass zur Erreichung eines ausreichenden Schutzniveaus für Beschuldigte in der Union der durch die Europäische Menschenrechtskonvention geschaffene Standard nicht ausreichend ist, sondern dass Unionsrechtsakte einen darüber hinausgehenden Schutz gewährleisten müssen.
- Welch wichtigen Fortschritt z.B. die Richtlinie über das Recht auf Übersetzung in Strafverfahren<sup>80</sup> mit sich bringt, obwohl dieses Recht auf den ersten Blick geradezu als Selbstverständlichkeit anmutet, zeigt etwa die umfangreiche Falldokumentation der NGO „Fair Trials International“.<sup>81</sup>

Die Union muss diesen Weg (etwa bzgl. der Anforderungen an Abwesenheitsurteile, der Prozesskostenhilfe bei besonders kostspieligen grenzüberschreitenden Strafverfahren und der Wahrung der Unschuldsvermutung) unbedingt konsequent fortsetzen. Allerdings darf die Schaffung gemeinsamer Mindeststandards keinesfalls ein „race to the bottom“ (hinsichtlich dieser Standards) einleiten. Diese Gefahr wird an dem Zusammenspiel von Harmonisierung und gegenseitiger Anerkennung deutlich, nämlich wenn nach der Angleichung der Verfahrensvorschriften in einem bestimmten Bereich eine automatische gegenseitige Anerkennung stattfinden soll. In diesem Fall könnte der Vollstreckungsstaat die Anerkennung nicht mehr aufgrund des höheren Schutzstandards in seiner Rechtsordnung verweigern; der im Harmonisierungsrechtsakt gefundene kleinste gemeinsame Nenner aller Mitgliedstaaten nähme weitergehenden Individualrechten im Vollstreckungsstaat die Wirkung.

- Dieses Phänomen zeigt sich besonders deutlich an dem Rahmenbeschluss, dem zu „verdanken“ ist, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Abwesenheitsentscheidungen gegenseitig anzuerkennen sind.<sup>82</sup> Dadurch mögen einerseits zwar gewisse Mindeststandards für Abwesenheitsurteile in der Union etabliert worden sein. Jedoch ist andererseits die generelle Berechtigung von Abwesenheitsurteilen angesichts des heute weitgehend unkomplizierten Rechtshilfeverkehrs innerhalb der Union kaum noch zeit-

---

<sup>76</sup> Richtlinie 2012/29/EU, ABl. EU 2012 Nr. L 315, S. 57.

<sup>77</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>78</sup> ABl. EU 2010 Nr. C 115, S. 1.

<sup>79</sup> ABl. EU 2009 Nr. C 295, S. 1.

<sup>80</sup> Richtlinie 2010/64/EU, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1.

<sup>81</sup> <http://www.fairtrials.net/cases/> (Stand: 5.11.2013).

<sup>82</sup> Rahmenbeschluss 2009/299/JI, ABl. EU 2009 Nr. L 81, S. 24.

gemäß. Da sie regelmäßig tief in das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und damit seine Chance auf eine effektive Verteidigung eingreifen, sollte diese Form von Entscheidungen – zumindest in der Union – alsbald der Vergangenheit angehören.

- Des Weiteren verdient der Umstand Kritik, dass die Verfahrensrechte, die bisher Gegenstand von Harmonisierungsrichtlinien waren, oft zu spät eingreifen sollen. So soll die Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren<sup>83</sup> nach ihrem Art. 2 Abs. 1 insgesamt erst gelten, wenn die betroffene Person von den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats davon in Kenntnis gesetzt wird, dass sie der Begehung einer Straftat verdächtig oder beschuldigt ist. Dies schafft Umgehungsmöglichkeiten – richtigerweise muss die Belehrungspflicht schon ab dem Zeitpunkt bestehen, in dem die Behörden einen konkreten Verdacht gegen eine befragte Person hegen. Zudem wird das Recht auf Belehrung und Unterrichtung durch einzelne Vorschriften weiter verwässert, etwa durch die vage Anordnung einer „umgehenden“ Information über den Tatvorwurf (Art. 6 Abs. 1). In Art. 6 Abs. 2 (Mitteilung der Gründe für eine Festnahme oder Inhaftierung) ist überhaupt keine zeitliche Vorgabe mehr vorgesehen. Gemäß Art. 7 Abs. 3 wird schließlich auch Akteneinsicht erst spätestens mit der Anklageerhebung gewährt. Gerade hier wäre – ohne das Ermittlungsergebnis zu gefährden – zumindest die Vorverlegung auf den Augenblick des Abschlusses der Ermittlungen denkbar gewesen. Der Unionsgesetzgeber hat in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen<sup>84</sup> und in Art. 2 Abs. 1 des mittlerweile vom Parlament und vom Rat angenommenen Vorschlags für eine Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand<sup>85</sup> für die Entstehung dieser Rechte ebenfalls den Zeitpunkt gewählt, zu dem der Beschuldigte von den Ermittlungen durch amtliche Mitteilung oder auf andere Weise in Kenntnis gesetzt wurde. Jedoch stellen Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie über das Recht auf Übersetzung und Art. 3 Abs. 1 und 2 der künftigen Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand sicher, dass diese Rechte schon bei der ersten Vernehmung gewährt werden – unabhängig davon, ob ihm zu diesem Zeitpunkt der gegen ihn bestehende Verdacht offiziell bekanntgegeben worden ist. Eine vergleichbare Klarstellung sollte auch in die Richtlinie über das Recht auf Belehrung im Strafverfahren aufgenommen werden.
- Problematisch ist ferner, dass die genannten Richtlinien Einschränkungen mit Blick auf weniger gravierende Zuwiderhandlungen enthalten. Sofern Sanktionen durch eine andere Behörde als ein in Strafsachen zuständiges Gericht verhängt werden, sollen die Richtlinien erst auf das Verfahren vor einem solchen Gericht nach Einlegung eines Rechtsbehelfs (sofern nach nationalem Recht möglich)

Anwendung finden. Diese Einschränkung findet sich in den bisher erlassenen Richtlinien<sup>86</sup> sowie in dem durch das Parlament und den Rat angenommenen Vorschlag über das Recht auf Rechtsbeistand.<sup>87</sup> Erstens besteht durch diese Einschränkung die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie zu umgehen suchen. Zweitens ist nicht ersichtlich, warum nicht bestimmte Informations- und Belehrungspflichten ebenfalls gegeben werden sollten. Jedenfalls sollte auch in diesen Verfahren der Hinweis erteilt werden müssen, dass durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs diese unionsrechtlichen Gewährleistungen aktiviert werden können.

- Die Reichweite von Individualrechten und die Voraussetzungen für Eingriffe in diese sind teils so unscharf umschrieben, dass die Gefahr der Aushöhlung in der Praxis besteht: So ist das Recht auf Übersetzungsleistungen nach der entsprechenden Richtlinie<sup>88</sup> auf die „wesentlichen“ Unterlagen beschränkt. In der Tat erfordert das Akteneinsichtsrecht eines Rechtsanwalts es aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht zwingend, dass sämtliche noch so unbedeutenden Unterlagen übersetzt werden. Dennoch sollte dieser vage Begriff (über das negative Kriterium des Art. 3 Abs. 4 hinaus) spezifiziert werden, etwa durch eine Klarstellung, dass alle für die Verteidigung wesentlichen Dokumente übersetzt werden müssen.
- Speziell die Diskussion über die Ausgestaltung des Rechts auf Rechtsbeistand hat gezeigt, dass die Schaffung scheinbarer Mindeststandards in Wahrheit zu einer Aushöhlung von Verfahrensrechten führen kann: Es war ein gravierender Mangel des vom Rat als Kompromiss angenommenen Textes<sup>89</sup>, dass die Vertraulichkeit der rechtsanwaltlichen Beratung nicht absolut geschützt gewesen wäre. Glücklicherweise wurden diese Einschränkungen in dem vom Parlament und dem Rat angenommenen Text der künftigen Richtlinie<sup>90</sup> beseitigt und so ein rechtsstaatlicher Tabubruch und eine Erosion des Rechts auf eine effektive Verteidigung verhindert. Auch weitere Kritikpunkte an dem ursprünglichen Kompromisstext des Rates für eine Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand<sup>91</sup> konnten in den gemeinsamen Beratungen von Rat, Parlament und Kommission zumindest abgemildert werden:<sup>92</sup> So sind die Voraussetzungen für einen Verzicht auf das Recht auf Rechtsbeistand nun in Art. 9 deutlich präziser gefasst. Ferner wurde die zwi-

<sup>86</sup> Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2012/13/EU, ABl. EU 2012 Nr. L 142, S. 1; Art. 1 Abs. 3 Richtlinie 2010/64/EU, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1.

<sup>87</sup> Art. 2 Abs. 4 Ratsdokument Nr. 12899/13; anders noch Art. 2 KOM (2011) 326 endg.

<sup>88</sup> Richtlinie 2010/64/EU, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1.

<sup>89</sup> Art. 4 Abs. 2 Ratsdokument Nr. 10467/12.

<sup>90</sup> Ratsdokument Nr. 12899/13.

<sup>91</sup> Ratsdokument Nr. 10467/12.

<sup>92</sup> Ratsdokument Nr. 12899/13.

<sup>83</sup> Richtlinie 2012/13/EU, ABl. EU 2012 Nr. L 142, S. 1.

<sup>84</sup> Richtlinie 2010/64/EU, ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1.

<sup>85</sup> Ratsdokument Nr. 12899/13.

schenzeitlich vom Rat gestrichene Vorschrift<sup>93</sup>, wonach in Verfahren bzgl. eines Europäischen Haftbefehls rechtliche Beratung auch im Ausstellungsstaat zu gewährleisten ist, in Art. 10 Abs. 4 des konsentierten Textes wieder eingefügt. Auch die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Einschränkung des Rechts auf Rechtsbeistand (die jedoch weiterhin problematisch ist) wurden erheblich konkretisiert. Nach wie vor ist jedoch kein Recht des Beschuldigten vorgesehen (zumindest nicht ausdrücklich), sich seinen Anwalt frei zu wählen. Außerdem hat der Rechtsbeistand (anders als gem. Art. 4 Abs. 4 des Kommissionsentwurfs<sup>94</sup>) nicht das Recht, die Haftbedingungen zu überprüfen.

Die vorgenannten Beispiele belegen, dass noch große Anstrengungen notwendig sein werden, um die Union auch bei der Strafverfolgung zu einem wirklichen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu machen. Das vorliegende Manifest soll dazu einen Beitrag leisten.

### **Die Mitglieder der European Criminal Policy Initiative:**

*Petter Asp*, Universität Stockholm  
*Nikolaos Bitzilekis*, Aristoteles Universität Thessaloniki  
*Sergiu Bogdan*, Babes-Bolyai Universität Cluj-Napoca  
*Thomas Elholm*, Universität von Süddänemark  
*Luigi Foffani*, Universität Modena  
*Dan Frände*, Universität Helsinki  
*Helmut Fuchs*, Universität Wien  
*Dan Helenius*, Universität Helsinki  
*Maria Kaiafa-Gbandi*, Aristoteles Universität Thessaloniki  
*Jocelyne Leblois-Happe*, Universität Strasbourg  
*Adán Nieto-Martín*, Universität von Castilla-La Mancha  
*Helmut Satzger*, Ludwig-Maximilians-Universität München  
*Annika Suominen*, Universität Bergen  
*Elisavet Symeonidou-Kastanidou*, Aristoteles Universität Thessaloniki  
*Ingeborg Zerbes*, Universität Bremen  
*Frank Zimmermann*, Ludwig-Maximilians-Universität München

### **Wir danken folgenden Kolleginnen und Kollegen für ihre überaus wertvollen Diskussionsbeiträge bei zwei vorbereitenden Workshops:**

*Lorena Bachmaier Winter* (Madrid), *Pedro Caeiro* (Coimbra), *Wendy De Bondt* (Ghent), *Sabine Gleß* (Basel), *Stefano Manacorda* (Neapel/Paris), *Carol Steiker* (Cambridge, MA), *Stavomir Steinborn* (Danzig), *Valéry Turcey* (Paris/Berlin), *Jenia Turner* (Dallas), *Gert Vermeulen* (Ghent), *Joachim Vogel* (München)†, *Marianne Wade* (Birmingham), *Thomas Weigend* (Köln), *Fritz Zeder* (Wien)

---

<sup>93</sup> Ratsdokument Nr. 10467/12.

<sup>94</sup> KOM (2011) 326 endg.



# A Manifesto on European Criminal Procedure Law\*

## European Criminal Policy Initiative\*\*

### Preamble

The undersigned criminal law scholars from ten Member States of the European Union hereby present a Manifesto on European Criminal Procedure Law, which follows the Manifesto on European Criminal Policy in the field of substantive criminal law of 2009.<sup>1</sup>

This manifesto is rooted in the common tradition of European enlightenment. Its authors act in recognition of the fact that the spirit of enlightenment is the major contributor to and the driving force behind European civilisation and current integration, and that it should provide guidance for the preservation of European culture and future cooperation between Member States. In particular, the laws of criminal procedure and mutual legal assistance, which recently have increasingly been shaped by Union legislation, must adhere to the highest standards of the rule of law and must continuously guarantee fundamental rights, notwithstanding the fact that in this area of law various interests of states, societies and individuals have to be balanced.

Being aware that effective criminal justice is a basic prerequisite for peaceful coexistence in any society, the undersigned emphasise that the inevitable clash with the fundamental rights of those persons against whom the proceeding is conducted or who are otherwise affected by it may not, however, be resolved one-sidedly in favour of the criminal prosecution - regardless of whether it is conducted by national or supranational authorities.

The undersigned acknowledge that if a cross-border criminal prosecution is to be conducted on the basis of the competences that have been granted to the Union, the interests of those Member States whose participation is required also must be taken into account. Respect for their sovereignty alone already requires this. Conversely, the Member States are also obliged to loyally cooperate among themselves and with the Union for the purposes of criminal prosecution.

The authors furthermore emphasise that, if the European Union is to become a single area of justice which places the individual at the centre of its actions and in which the highest requirements of the rule of law as well as the legal orders and traditions of the Member States are observed at the same time, the Union legislator must strike a balance between the – national or supranational – interest in criminal prosecution, the

individual rights that are affected, and the Member States' legal orders and traditions. In particular, Union legal instruments on cross-border or supranational criminal proceedings should aim to create a level of protection for individuals which sets standards internationally.

For this purpose, the undersigned direct the following demands to those institutions that participate in the enactment of Union legal instruments in the area of criminal procedure law. In doing so, the undersigned are aware that far-reaching informal cooperation among police and intelligence services may circumvent parts of the demands. Therefore, the Union legislator is also emphatically called upon to prevent or suppress these possible circumventions through legal instruments on police cooperation.

### I. Fundamental demands to the Union legislator

#### 1. First demand: limitation of mutual recognition

The Member State or Union interest in the efficient execution of a cross-border criminal proceeding on the basis of the principle of mutual recognition must not be absolute, but rather is to be limited in two respects. It must recede where the criminal proceeding would risk violating legitimate interests either of the individual or the Member State. The extent to which mutual recognition is to be limited is determined by means of a proportionality test. This must take into account both individual and national interests. Such a limitation of mutual recognition also reinforces mutual trust among Member States and citizens' trust in the Union.

##### *a) Limitation of mutual recognition through the rights of the individual*

Where cross-border criminal proceedings are conducted based on the principle of mutual recognition, different legal orders intertwine. The transnational nature of such proceedings alone risks placing those persons who are affected by them in a weaker position than had the proceedings been purely domestic, regardless of the general recognition of their basic rights. This is particularly problematic if they have relied on a legal position which does not exist in the forum state in full or at all. Moreover, the overlap of different legal orders can result in ambiguity as to the applicable law and thereby impair legal certainty. Specifically, therefore, the Union legislator must observe the following guidelines depending on the affected group of persons:

##### *aa) The rights of the suspect*

In every fair proceeding held in accordance with the rule of law, the suspect must be granted the status of a subject of the proceedings with comprehensive suspect's rights at the earliest possible opportunity and in any event before investigations are initiated or compulsion is used against him. This is necessary in order to satisfy the second paragraph of art. 47 of the Charter of Fundamental Rights and art. 6 para. 1 of the European Convention on Human Rights.

\* This project has been funded by the European Commission's Criminal Justice 2010 Programme and the Ragnar Söderbergs Stiftelse.

\*\* A list of the ECPI members can be found at the end of the document. We would like to kindly thank Mr *Georg Langheld*, Mr *Christoph Wesch*, Mr *Simon Drew*, Ms *Miriam Meyer*, Mr *Adrian Mühlbauer*, Mr *Carl Whittaker* and Ms *Alexandra Zahn*, without whose great commitment this project could not have been accomplished.

<sup>1</sup> The manifesto was published in various languages in ZIS 12/2009, available online at:

[http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_12\\_383.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf).

In the course of a criminal prosecution where several Member States cooperate on the basis of mutual recognition, this status may be withheld from the suspect and the attendant rights may be weakened or granted to him too late. Similarly, due to the legal and factual differences that continue to exist between the Member States, the suspect's rights may be largely devalued or circumvented by "forum shopping".

The Union legislator must primarily respond to this danger by creating a general level of protection in respect of the most important suspects' rights which clearly exceeds the minimum rules of the European Convention on Human Rights. In any case, under the principle of compensation (below I. 6.), Union legal instruments must provide full compensation for weakened or deprived legal positions and for the abovementioned factual differences (e.g. ensure interpretation or translation services and consular assistance).

### *bb) The rights of the victim of a crime*

The legitimate interests of a person who presumably has been harmed by a crime (victim) are to be taken into account in a criminal proceeding. However, the balance of the criminal proceeding must not be impaired thereby.

If the criminal proceeding takes place outside the victim's country of residence, those rights risk being weakened: the victim must then cope with a foreign legal order and foreign society. Typically, victims also face linguistic problems and, due to the physical distance alone, their communication with authorities and the victim protection facilities in the prosecuting state are limited. The fact that Member States each grant different rights of participation in the proceedings does not in itself legitimise harmonisation.

In order to resolve the abovementioned difficulties under the principle of compensation (below I. 6.), there is first and foremost a need for practical assistance, in particular through timely information about the criminal proceeding, on victim protection facilities and on victims' rights, interpretation or translation assistance as well as assistance with the appointment of legal counsel.

### *cc) The rights of third persons affected by the proceeding*

If other persons are affected by measures taken in connection with a criminal proceeding – such as, for example, family members, witnesses or owners of seized property – their rights may only be interfered with to the smallest extent possible.

As a result of the principle of mutual recognition, legal positions which third persons affected by the proceeding enjoy in the executing state, and on which they rely, can be devalued. This may amount to a violation of their basic rights as recognised in the Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and the constitutional traditions of the Member States.

The Union legislator must respond to this possible devaluation under the principle of compensation (below I. 6.).

### *b) Limitation of mutual recognition through the national identity and ordre public of the Member States*

As a classic expression of sovereign state power, every criminal proceeding – including one conducted cross-border – requires that the ordre public and national identities of the Member States involved be taken into account (art. 4 para. 2 TEU). In principle, the Union legislator must also respect them.

If a Member State is compelled to recognise and execute another Member State's measures and thus acts of foreign sovereignty which run counter to its own values, this can present a serious challenge to its legal and social order.

Therefore, under the principle of compensation (below I. 6.), Union legal instruments based on the principle of mutual recognition must always be drafted in such a way that the executing state can act in accordance with its national traditions and values. This can be achieved by introducing a specific ground for refusal of cooperation, as is for instance explicitly provided for in respect of civil proceedings.

### *c) Limitation of mutual recognition through the principle of proportionality*

A fundamental principle of the exercise of power in accordance with the rule of law is the principle of proportionality. This is enshrined both in art. 5 para. 4 TEU and in the constitutions of numerous Member States. Therefore, also in the course of a cross-border criminal proceeding, all measures must be suitable, necessary and appropriate to achieve the legitimate aim. In a system based on mutual recognition, the Union legislator must ensure that the issuing state examines the proportionality of each of its measures.

In cross-border criminal proceedings, interferences with individual rights are often more intrusive than in a purely domestic proceeding. This is so, *inter alia*, because affected persons are confronted with measures which have been taken by a foreign authority on the basis of a law that is foreign to them, because they cannot communicate in their language, and because they have more difficulties contacting next of kin. In the course of the assessment of a measure's proportionality by the issuing state, the principle of compensation (below I. 6.) requires that the specific disadvantages for the affected person resulting from the cross-border dimension are given particular consideration.

As far as mutual recognition results in only the authorities of the issuing state assessing a measure's proportionality, the authorities of the executing state have – except for cases where the national identity and the ordre public are affected (above I. 1. b) – no opportunity to make adjustments even though they may be in a better position to evaluate some aspects of the measure that are relevant to proportionality. In any case, as far as the factual basis of the proportionality test is concerned, the Union legislator must ensure that the issuing authority obtains and takes into account the assessment of the executing state's authorities to the extent that the latter are closer to the relevant facts.

Moreover, the law of the executing state may provide for measures which are less repressive but entirely sufficient to achieve the aim pursued, yet were not considered by the issuing state's authorities when the order was made. The executing

state must at least be permitted to resort to less repressive measures that evidently are equally effective for the purposes of the issuing state.

### *2. Second demand: balance of the European criminal proceeding*

With regard to both a criminal proceeding on the basis of mutual recognition and an increasingly supranationalised European criminal proceeding, the fundamental rights that apply in the Union and art. 4 para. 2 TEU require that the public interest in criminal prosecution, the Member State's interest in preserving the national identity, and the affected citizens' interests are all balanced on the basis of the principle of proportionality.

The creation and increasing involvement of supranational institutions in criminal proceedings – especially of a future European Public Prosecutor's Office – may lead to a shift in power solely in favour of the prosecution. This may weaken the position of the suspect, the victim, and third persons affected by the proceeding. In addition, supranational authorities can be harder to communicate with than national authorities in a domestic criminal proceeding. To a lesser extent, Member States' national identities may be affected too.

To avoid such an imbalance and to comply with the principle of compensation (below I. 6.), the Union legislator should, in addition to guaranteeing procedural rights for the affected individuals, consider establishing institutions that strengthen their position. When creating supranational authorities and defining their competences, preserving Member States' national identities is important.

### *3. Third demand: respect for the principle of legality and judicial principles in European criminal proceedings*

A criminal proceeding is characterised by its high degree of formalisation. To comply with the requirement of legality, decisions on the applicable law and on criminal procedural measures which interfere with individual rights, at least, must be based on clear legal provisions. The affected person must be allowed to seek a remedy before a tribunal, which the first paragraph of art. 47 of the Charter of Fundamental Rights also requires.

When criminal proceedings were governed by purely national law, the Member States' legislators could ensure that these principles were observed. The lack of clear supranational rules for cross-border cases therefore could be tolerated more easily. However, nowadays cooperation in criminal matters is increasingly governed by Union law. Therefore, in the future the adherence to the principle of legality and judicial principles in cross-border criminal proceedings must be ensured at the Union level.

Where several Member States have criminal jurisdiction over an offence, there is a danger of parallel proceedings which not only cost time and money but also put a significant burden on the suspect. As the current provisions on *ne bis in idem* follow the principle "first come, first served", it is largely a matter of chance which substantive and procedural law is applicable in the end. Furthermore, some of the conditions under which basic rights may be interfered with in the course

of judicial cooperation within the Union are unclear, and they are laid down in a multiplicity of legal instruments which often are only partially implemented by the Member States. The interaction between supranational and national institutions in cross-border criminal proceedings, too, is not always clearly regulated.

The Union legislator, therefore, must create a clear set of rules governing which Member States may exercise criminal jurisdiction over an offence and thereby prevent conflicts of jurisdiction. If the Union legislator creates possibilities for cooperation between Member States or procedural participation of supranational institutions, then under the principle of compensation (below I. 6.) it must at least define the requirements and limits to interferences in individual rights as clearly as possible. Similarly, it must ensure that the affected person can obtain effective legal protection.

### *4. Fourth demand: preservation of coherence*

A fair criminal proceeding in accordance with the rule of law is only possible in a system without internal contradictions which strikes a balance in each case between the interests of the state and the suspect. Further, the law of criminal procedure must be coherent with substantive criminal law, which it is supposed to enforce.

When the Union legislator sets out requirements for cross-border criminal proceedings, there is the danger that these provisions would contradict rules and definitions contained in existing Union legal instruments and thereby violate art. 11 para. 3 TEU and art. 7 TFEU (lack of horizontal coherence). At the same time, the harmonisation of criminal procedure law may interfere with the consistency of domestic systems of criminal justice (lack of vertical coherence). The consistency and balance of a national criminal proceeding is also endangered if, through mutual recognition, elements of different procedural systems are combined with one another ("hybrid proceeding").

Coherence at a vertical – within the legal order of the Union – and horizontal – in respect of Member States' systems of criminal justice – level must be borne in mind by the Union legislator. If it deviates from the frame of reference established at the Union level, this requires specific justification. To avoid unnecessary interference with the consistency of national criminal justice systems, the Union legislator has to examine the impact of new legal instruments – both for the implementation of the principle of mutual recognition and for the harmonisation of national systems of procedure – in this regard and must explicitly substantiate their harmlessness on this basis. If the coherence of a Member State's system of criminal justice was to be seriously disrupted, the Union legislator would have to arrange appropriate compensation under the principle of compensation (below I. 6.).

### *5. Fifth demand: observance of the principle of subsidiarity*

Instruments which are relevant for criminal procedure law and which are enacted on the basis of shared competences must, in accordance with the general principles of Union law (art. 5 para. 3 TEU), observe the principle of subsidiarity.

According to this principle, the Union legislator may take action only on the condition that the goal pursued:

- (a) cannot be reached as effectively by measures taken at the national level; and
- (b) due to its nature or scope can be better achieved at Union level.

The principle of subsidiarity applies to instruments regulating criminal law cooperation between the Member States, to harmonisation of national procedural law and to the establishment of supranational institutions or entities such as the European Public Prosecutor's Office.

Accordingly, the national legislator should have priority over the Union legislator to the extent that the Member State can deal with a given issue. In that way, citizens will be brought closer to decision making on questions of criminal procedure law.

Moreover, in determining whether a goal pursued within criminal procedure is "better achieved" at Union level, side effects regarding, in particular, democratic participation and human rights related issues (effective defence) must be taken into consideration. If the proposed Union legislation, for instance, considerably weakens the position of the defence – and if this weakness cannot be compensated at the Member State level – the goal is not "better achieved" at Union level.

The test of subsidiarity should be applied separately in every single case, i.e. in relation to every instrument and each part of that instrument. Legislative measures must be thoroughly justified in accordance with the protocol on subsidiarity (Protocol no. 2 to the Lisbon Treaty); the national parliaments must be involved as provided for therein. In accordance with the requirements of good governance, the proposition of a legal instrument relating to criminal procedure law must always be preceded by an extensive evaluation (in the sense of a prior subsidiarity test) weighing all circumstances and taking into account all alternative courses of action. A merely formalistic affirmation of the subsidiarity requirements is not sufficient under any circumstances.

### *6. Sixth demand: compensation of deficits in the European criminal proceeding*

To ensure that each legal instrument in the area of criminal procedure law adheres to the aforementioned demands, the Union legislator must first and foremost provide for safety mechanisms in each respective legal instrument. To the extent that such mechanisms are not sensible or not sufficient, particularly in areas in which the deficits of the European criminal proceeding present themselves as purely factual consequences of cross-border criminal prosecution, the enactment of supplementary measures which provide for appropriate compensation for existing deficits is necessary.

In the spirit of good governance, the Union legislator has to explain in detail why it decides in favour or against a particular type of compensation. In principle, it must be guided by the notion that the more serious the effects of a legal instrument are, the more extensive the compensation measures need to be. Particularly in the area of mutual recognition, a

legal instrument has to grant to the executing state a degree of leeway corresponding to the degree to which the relevant provisions have not been harmonised beforehand.

## **II. Explanatory notes to the demands of the European Criminal Policy Initiative**

In the following, the Manifesto's criminal policy demands for the Union legislator will be explained by referring to concrete examples of legal instruments that are already in force or in preparation. This will show that, especially in more recent legislation, there are positive tendencies which address concerns voiced in regard to older legal instruments. Nonetheless, there is plenty of room for improvement. When assessing the compliance of Union legal instruments with the demands of the Manifesto, it becomes apparent at several points that none of these demands can be examined in isolation; rather, they are linked in multiple ways. The result is that while a provision may be welcomed in regard to one demand, other demands may require its improvement.

### *1. Explanatory notes to the demand of limiting mutual recognition*

The principle of mutual recognition is enshrined in primary Union law, see art. 82 para. 1 TFEU. But that provision is silent about the extent to which decisions in criminal matters by one Member State's authorities must be recognised in all Member States. There is no authority requiring absolute, unrestricted recognition. Rather, it has always been accepted that the extent of the obligation to recognise another Member State's judicial decisions has to be determined individually for each measure based on its particular circumstances.<sup>2</sup> Consequently, there is room to limit mutual recognition where this is sensible.

This section first presents examples of legal instruments that are directly based on the principle of mutual recognition. To the extent that the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office<sup>3</sup> also raises questions in regard to individual rights, state interests, or the balance struck by the principle of proportionality, these are examined more closely in the explanatory notes to the second demand of the Manifesto.

#### *a) Limitation of mutual recognition through the rights of the individual*

##### *aa) The rights of the suspect*

The realisation of the state interest of uncovering the truth through a criminal proceeding is limited by the rule of law and the status of the suspect as subject of the proceedings. Respect for the subject's dignity demands that he is not reduced to being a mere object of the state's efforts to determine the truth. Rather, he must be granted a position that enables him to pursue his rights effectively in the criminal proceeding.

---

<sup>2</sup> See the programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters, OJ EC 2001 no. C 12, p. 10, 11 et seq.

<sup>3</sup> COM (2013) 534 final.



For European criminal policy, this means that the scope of the principle of mutual recognition must be limited by providing for essential rights of the suspect.

That a sensible limitation of mutual recognition is possible, yet has not been sufficiently achieved so far, can be seen in the following provisions:

- Art. 23 para. 4 of the Framework Decision on the European arrest warrant<sup>4</sup> permits the postponement of the surrender of a person to the issuing state as long as serious humanitarian reasons require this, such as substantial grounds for believing that it would manifestly endanger the life or health of the requested person. Art. 20 para. 3 of the Framework Decision on mutual recognition of financial penalties<sup>5</sup> goes even further, providing for an – albeit only optional – ground for refusal in cases where fundamental rights or fundamental legal principles of the Union may have been infringed. Regrettably, infringements of fundamental rights, however, are not generally acknowledged as limiting the principle of mutual recognition: only recently the CJEU failed, in its decisions in the cases of Radu<sup>6</sup> and Melloni<sup>7</sup>, to establish such a human rights-driven limitation to mutual recognition. The blanket references to human rights obligations<sup>8</sup> that are frequently found in legal instruments have thus proven to have had little effect in practice.
- The affected person's interest in protection from being prosecuted twice for the same act (*ne bis in idem*) is in many ways taken into account in legal instruments for the implementation of mutual recognition. Thus, for instance, art. 3 no. 2 of the Framework Decision on the European arrest warrant<sup>9</sup> contains a mandatory ground for refusal. Furthermore, it is to be welcomed that art. 4 no. 2 of this Framework Decision permits the executing Member State to refuse the transfer of a person where he is being prosecuted for the same act in the executing Member State (even though a statutory regime of criminal jurisdiction at the European level would be preferable, see below II. 3.).

---

<sup>4</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>5</sup> Framework Decision 2005/214/JHA, OJ EU 2005 no. L 76, p. 16.

<sup>6</sup> CJEU, judgment of 29.1.2013 – case C-396/11 (Radu).

<sup>7</sup> CJEU, judgment of 26.2.2013 – case C-399/11 (Melloni).

<sup>8</sup> See e.g. art. 1 para. 3 Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1; art. 10 Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings, OJ EU 2012 no. L 142, p. 1; art. 8 Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ EU 2010 no. L 280, p. 1; art. 14 of the agreed text of the Proposal for a Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest, Council Document no. 12899/13.

<sup>9</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

Furthermore, the protection of the suspect is additionally extended by the optional ground for refusal in art. 4 no. 5, according to which the execution of a European arrest warrant can be denied on account of the requested person being finally judged in a third state in certain circumstances.

However, this must not conceal the fact that this protection from double punishment in mutual recognition instruments remains incomplete: For the most part, only optional grounds for refusal are provided to prevent a violation of the *ne bis in idem* principle. This is for instance demonstrated by art. 4 no. 3 of the Framework Decision on the European arrest warrant regarding final decisions by authorities in another Member State, which according to the jurisprudence of the CJEU, in principle, also fall under art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA)<sup>10</sup>. Similarly, the latest version of the draft Directive on a European investigation order<sup>11</sup> and the Framework Decision on mutual recognition of financial penalties<sup>12</sup> provide merely optional grounds for refusal (in the original initiative for a European investigation order<sup>13</sup>, a possibility to deny recognition on grounds of *ne bis in idem* was absent altogether). But if it is already apparent that a further conviction in the issuing state will be barred by the prohibition of double punishment, any cooperation between Member States aimed at this should be impermissible.

Several legal instruments also illustrate the general problems in respect of the principle of mutual recognition from the suspect's perspective.

- The principle of mutual recognition facilitates the mixing of different national systems of criminal procedure law (see also below II. 4. b) – vertical coherence). Thus, important safeguards protecting the suspect can be weakened: if evidence such as DNA samples or the transcript of an interrogation is gathered in a purely domestic proceeding in Member State A, this is done in accordance with the procedural law of Member State A. If subsequently Member State B requests this evidence by way of a European evidence warrant or, in the future, by way of a European investigation order for use in its own criminal proceeding, then the requirements which its own law provides for the collection of evidence (such as the right to consult a lawyer prior to interview) can no longer be seen at all. Accordingly, there is (already on the basis of the legal instruments currently in existence!) the danger of a “patchwork proceeding” in which rights of the suspect are disregarded. The European Court of Human Rights' decision

---

<sup>10</sup> OJ EC 2000 no. L 239, p. 19.

<sup>11</sup> See art. 10 para. 1 lit. e Council Document no. 18918/11.

<sup>12</sup> Art. 7 para. 2 lit. a Framework Decision 2005/214/JHA, OJ EU 2005 no. L 76, p. 16.

<sup>13</sup> Council Document no. 9145/10.

in the case of *Stojkovic*<sup>14</sup> illustrates that this separation of competences for ordering and executing a measure is not merely a theoretical problem but can lead to a palpable loss of rights.

- The forum regit actum rules (first sentence of art. 12 of the Framework Decision on the European evidence warrant<sup>15</sup>, art. 8 para. 2 of the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>16</sup>) can help to prevent a mixing of procedural systems and thus a “patchwork proceeding” in which suspects’ rights are weakened or even circumvented. But this is true only subject to some restrictions: First, whether and to what extent the issuing state makes use of the forum regit actum rule is purely a matter of that Member State’s discretion. It would be more sensible to impose a general obligation to specify the formalities and procedures that are obligatory under its national law. Second, the formal requirements indicated by the issuing state can be disregarded by the executing state on the grounds that they are contrary to its fundamental principles of law. On the one hand, this is sensible and to be welcomed because it enables the executing state to preserve the coherence of its legal system. On the other hand, this, of course, amounts to a significant weakening of the forum regit actum rule and its above-mentioned benefits.
- The fact that requirements for ordering a measure and for its execution are to be assessed under different legal orders makes an effective defence more difficult. In particular, the affected persons often need legal counsel in both Member States. This is not taken into account by the mutual recognition instruments currently in force. Very much to be welcomed, by contrast, is the text of the future Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings<sup>17</sup> which has recently been adopted by the Parliament and the Council. In its art. 10 paras. 1 and 4, it provides for the first time that a person who has been arrested on the basis of a European arrest warrant has the right of access to a lawyer in the issuing as well as in the executing state. What matters now is that the Member States effectively implement this right. Furthermore, it would be desirable to introduce a similar guarantee into other measures based on the principle of mutual recognition. In addition, communication and coordination between the legal representatives in the executing state and the issuing state must be ensured so that institutional support should be considered (cf. on this also below II. 2.).
- Despite ever so far-reaching limitations on mutual recognition, material points of criticism remain from the defence’s point of view. These often have their origins in

factual circumstances, such as linguistic difficulties, problems in the selection of a suitable legal representative or the suspect’s lack of legal knowledge. To remedy these shortcomings and to further control the abovementioned risk of patchwork proceedings, it is vital that the Union continues to harmonise the Member States’ procedural law. The directives which have so far been adopted or drafted to compensate for the suspect’s disadvantages (cf. on this below II. 6.) can only be a first step in this regard.

- The principle of mutual recognition represents an additional burden on the suspect against the background that multiple criminal proceedings in respect of one offence are not effectively excluded. This leads to a lack of legal certainty because the suspect cannot know which substantive and procedural law will ultimately apply and thus cannot prepare his defence properly (see on this also II. 3.). Leaving the ineffective division of work among the prosecution authorities wholly to one side, parallel proceedings on the basis of the principle of mutual recognition can, moreover, lead to a situation where the suspect is confronted with investigative measures in several Member States and has to defend himself in several legal orders at the same time. That can only succeed with a team of cooperating lawyers who are not only experts in the respective legal orders but also in respect to interjurisdictional cooperation. The “average” suspect, however, cannot organise much less finance such a coordinated defence.

The existing rules of art. 54 CISA or art. 50 of the Charter of Fundamental Rights (which actually are suspect-friendly forms of mutual recognition) cannot prevent this because they intervene too late, i.e. only after a decision has become final in one Member State. Moreover, the exceptions to the prohibition on double punishment and double prosecution in art. 55 CISA appear too broad. Under certain conditions, they allow further punishment even if the courts of the Member State of the first instance have already sufficiently taken into account the other Member State’s interest in prosecution. If, for instance, a Frenchman kills an Italian in Germany and is convicted of murder in France (by virtue of the active personality principle) or Italy (by virtue of the passive personality principle), then, according to art. 55 para. 1 lit. a of CISA, Germany could, nonetheless, take action against this person once more – even though it is not obvious why the other Member States’ court decisions should be insufficient.

Against this background, the rules of the Framework Decision on prevention and settlement of conflicts of exercise of jurisdiction in criminal proceedings<sup>18</sup> are very disappointing. This legal instrument does not provide for a mandatory termination of parallel proceedings. On the contrary, it leaves it entirely to the Member States whether they choose to concentrate the proceedings in one Member State (“consultations [...] which may, where ap-

---

<sup>14</sup> ECtHR, judgment of 27.10.2011 – 25303/08 (*Stojkovic* ./ France and Belgium).

<sup>15</sup> Framework Decision 2008/978/JHA, OJ EU 2008 no. L 350, p. 72.

<sup>16</sup> Council Document no. 18918/11.

<sup>17</sup> Council Document no. 12899/13.

---

<sup>18</sup> Framework Decision 2009/948/JHA, OJ EU no. L 328, p. 42.

propriate, lead to the concentration of the criminal proceedings”) or to continue parallel proceedings. Thus, the double burden on the citizen remains.

### *bb) The rights of the victim of a crime and of third persons affected by the proceeding*

Just as instruments for the implementation of the principle of mutual recognition can weaken the legal position of the suspect, some instruments also create difficulties from the view of third persons who are affected by the proceeding.

- Therefore, the Council’s compromise text in regard to the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>19</sup> is to be viewed positively. By virtue of its art. 21 para. 6 lit. e and art. 22 para. 4 it provides for most-favoured treatment clauses in regard to questioning witnesses or experts by videoconference or other audio-visual transmission. According to those provisions the affected person can benefit from both Member States’ rights not to testify.
- Generally, it also is to be welcomed that the Framework Decision on the European evidence warrant<sup>20</sup> and the abovementioned future Directive on the European investigation order<sup>21</sup> contain provisions according to which recognition and execution can be refused where they would contravene immunities or privileges. According to the latter’s draft recital 12b, this may also include immunities or privileges for medical and legal professions. Similarly, rules on the freedom of the press and freedom of expression in other media are also encapsulated by this. Nonetheless, these grounds for refusal leave significant points of criticism unaddressed:  
First, the rules are unclear and the draft recitals refer very selectively to a number of circumstances so that doubts remain in respect of other important cases: the examples are exclusively tailored to certain professions. But “privileges and immunities” should also include provisions protecting family members or clerics. This should have been clarified explicitly in the Union instruments to avoid ambiguity.  
Second, in these cases only an optional ground for refusal is provided to the executing state. This may satisfy the executing state’s interest in preserving the integrity of its legal order. But from the point of view of citizens’ rights it is not apparent why their application should be placed fully within the discretion of that state: Even if the affected persons rely on these legal positions, it would then depend on the discretion of the executing state whether their rights apply – although observance of those rights would be mandatory in a purely domestic proceeding in the executing state.

---

<sup>19</sup> Council Document no. 18918/11.

<sup>20</sup> Art. 13 para. 1 lit. d Framework Decision 2008/978/JHA, OJ EU 2008 no. L 350, p. 72.

<sup>21</sup> Art. 10 para. 1 lit. a Proposal for a Directive on the European investigation order, Council Document no. 18918/11.

- That the separation of competences for ordering and executing a measure may also reduce the rights of third persons becomes apparent, for instance, if rules exist in the issuing state which govern the handling of confidential documents after seizure. These are at risk of being devalued if corresponding provisions are absent in the executing state and if observance of these rules is not (cannot be) requested by way of the *forum regit actum* provisions.

### *b) Limitation of mutual recognition through the national identity and the *ordre public* of the Member States*

The executing state’s interest in the preservation of its identity is taken into consideration in several provisions:

- In the Framework Decision on the European evidence warrant<sup>22</sup> and in the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>23</sup>, grounds for refusal are provided for where the executing state has an interest in the confidentiality of particular pieces of evidence. In the Framework Decision on mutual recognition of financial penalties<sup>24</sup> and in that on the European arrest warrant<sup>25</sup>, the Member States’ typically value-based positions regarding the age of criminal responsibility are taken into consideration. However, this by no means resolves all the problems: For instance, it still remains possible to issue a European arrest warrant in respect of behaviour which in the issuing state is punishable on the basis of strict liability, i.e. irrespective of fault. In the executing state, this can lead to a conflict with the principle of *nulla poena sine culpa*.
- Similarly, it is a positive point that as regards mutual recognition of custodial sanctions, probation, and surveillance measures, there is the possibility of resorting to alternative measures if conflicts with the law of the executing state can be avoided thereby<sup>26</sup>.
- Important provisions can also be found in art. 20 para. 4 lit. a of the EU Convention on mutual legal assistance<sup>27</sup> and art. 27d para. 3 of the Council’s general approach on

---

<sup>22</sup> Art. 13 para. 1 lit. d Framework Decision 2008/978/JHA, OJ EU 2008 no. L 350, p. 72.

<sup>23</sup> Art. 10 para. 1 lit. a Council Document no. 18918/11.

<sup>24</sup> See art. 7 para. 2 lit. f Framework Decision 2005/214/JHA, OJ EU 2005 no. L 76, p. 16; similarly art. 15 para. 1 lit. g Framework Decision 2009/829/JHA, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20.

<sup>25</sup> Art. 3 no. 3 Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>26</sup> Art. 13 para. 1 Framework Decision 2009/829/JHA on the mutual recognition of supervision measures, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20; art. 9 para. 1 Framework Decision 2008/947/JHA on the mutual recognition of probation decisions, OJ EU 2008 no. L 337, p. 102; art. 8 para. 2 Framework Decision 2008/909/JHA on the mutual recognition of custodial sentences or measures involving deprivation of liberty, OJ EU 2008 no. L 327, p. 27.

<sup>27</sup> OJ EC 2000 no. C 197, p. 1.

the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>28</sup>: if the technical assistance of the Member State in which a person is present is not necessary for the surveillance of that person's telecommunications, that Member State can demand that the surveillance is stopped and the material already obtained while the above person was on its territory is not used. Thereby, account is taken, in such cases, of circumstances where the communication has at least partially taken part on the territory of a Member State other than the surveilling state. That state's sovereignty would be called into question if the surveilling state could wiretap without consultation. On the other hand, this restriction also protects the suspect's confidence that investigative measures will only infringe on his rights in accordance with the law of the Member State in which he is present.

Irrespective of these welcome developments, the executing state must realise that its interest in its identity and its ordre public remain unaddressed in many cases:

- Specifically, a general ordre public reservation is lacking in the area of criminal justice. This makes little sense because in the area of free movement of goods – from which the concept of mutual recognition stems – such a reservation is provided for in art. 36 TFEU. Similarly, in regard to the enforcement of many decisions in civil matters, art. 45 para. 1 lit. a of the new Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters<sup>29</sup> continues to provide, on the application of any interested party, for the refusal of recognition if it is manifestly contrary to the ordre public in the Member State concerned. That such a ground for refusal is lacking altogether in the area of criminal justice, which has a particularly strong connection to basic rights and therefore is linked to fundamental value judgments underpinning the legal order, cannot be justified.
- Due to the priority regime created by art. 54 CISA, in extreme cases one Member State can take a case away from another legitimately interested Member State simply by completing the proceeding first. For instance, where the offence has been committed in several Member States, art. 55 para. 1 lit. a CISA determines that the chronological order of judgments is decisive, even if the slowest Member State has a far greater connection to the offence (majority of acts in the case take place there, citizenship of offender and victim).
- The so-called “positive lists”, for instance in art. 2 para. 2 of the Framework Decision on the European arrest warrant<sup>30</sup> and art. 7 para. 1 of the Framework Decision on the

recognition of custodial sanctions<sup>31</sup>, also include behaviour which is by no means considered criminal in all Member States. Thus, for instance, euthanasia, which under certain conditions may be permitted in Member State A and not subject to punishment, may be classified as part of the case group of “murder” in Member State B. The consequence is that Member State A must transfer the suspect to Member State B and thereby act against the values of its own legal order. Similar cases can be constructed e.g. in regard to abortion (“murder”) and the circumcision of boys (“grievous bodily injury”).

### *c) Limitation of mutual recognition through the principle of proportionality*

The current legal instruments for the implementation of the principle of mutual recognition often do not place sufficient weight on the principle of proportionality.

- First, de minimis limits such as those in art. 7 para. 2 lit. h of the Framework Decision on the recognition of financial penalties<sup>32</sup> for particularly low sanctions (below 70 EUR or the equivalent to that amount) are to be welcomed. This provision may in fact be aimed at the executing state's interest not to undertake significant measures if the result does not warrant the effort. However, it at least indirectly benefits the affected citizens.
- Commendable approaches can also be found in the current text of the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>33</sup>: Generally, it is positive that distinctions are drawn between measures of lesser and greater intrusiveness, with additional grounds for refusal in respect of the latter. Moreover, art. 9 para. 1 *bis* of the Proposal merits special attention. It provides that the executing state may, under certain conditions, for the requested measure substitute a less intrusive one. Such a discretion is very sensible because the executing state's authorities are “closer” to the execution of the measures and can assess the adequacy of less intrusive measures better than the issuing state's authorities can from a distance. Nonetheless, there is room for further improvements: First, in regard to the European investigation order, it is unsatisfactory that the replacement power is purely optional – the choice of proportionate measures cannot be left to the discretion of the executing state. Apart from this point, criticism must be made that this very sensible rule is not used throughout all instruments on mutual recognition – for instance in the Framework Decision on the European arrest warrant which infringes fundamental rights to an even greater extent. Here, there is a need for amendment to safely rule out the issuing of a European

---

<sup>28</sup> Council Document no. 18918/11.

<sup>29</sup> Regulation (EU) 1215/2012, OJ EU 2012 no. L 351, p. 1.

<sup>30</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

---

<sup>31</sup> Framework Decision 2008/909/JHA, OJ EU 2008 no. L 327, p. 27.

<sup>32</sup> Framework Decision 2005/214/JHA, OJ EU 2005 no. L 76, p. 16.

<sup>33</sup> Council Document no. 18918/11.

arrest warrant if, for instance, procedural acts may be ordered on the papers without the suspect being present.

- The Framework Decision on the European arrest warrant<sup>34</sup> does not provide for a mandatory proportionality assessment by the issuing authority at all. Compared to this, art. 5a para. 1 lit. a of the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>35</sup> must be regarded as an improvement, as it states that a measure may only be issued if this is proportionate for the purpose of the proceedings. Regrettably, among the factors which are to be taken into account in the proportionality assessment, the cross-border dimension of the proceeding is not mentioned. However, this factor, in particular, can amount to an extraordinary burden on the affected person and his right to an effective defence due to the attendant practical difficulties.
- Art. 2 para. 1 of the Framework Decision on the European arrest warrant<sup>36</sup> (issued for the purpose of conducting a criminal prosecution) extends this measure's scope of application to all criminal offences punishable by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least twelve months. This is not only problematic because the Member States' penalty regimes differ greatly and the minimum maximum penalty has only limited indicative value in regard to the seriousness of the crime. In particular, in the vast majority of national criminal justice systems, a maximum penalty of one year is a threshold that is crossed even by minor offences. It would (besides introducing a compulsory proportionality test in the issuing state, see above) be preferable to make the issuing of a European arrest warrant dependent upon the sanction that is to be envisaged in the particular case or at least to increase the threshold significantly. An example of a higher threshold is found at art. 14 para. 1 of the Framework Decision on the recognition of supervision measures,<sup>37</sup> which applies only in case of a maximum penalty of three years or more. It is, however, not understandable why such a supervision order, which – as a less intrusive measure – can at least sometimes make a European arrest warrant unnecessary, should not be available in particularly minor cases (also see below II. 4. a) on horizontal coherence). A more far-reaching recognition of supervision measures re-placing the European arrest warrant would be very welcome, specifically for reasons of proportionality.

### *2. Explanatory notes to the demand of balancing the European criminal proceeding*

Striking a fair balance between the interest in having an effective criminal prosecution, rights of the individual and matters of state sovereignty is indispensable not only with regard to measures for the implementation of the principle of mutual recognition. The reason is that limitations of mutual recognition alone do not sufficiently address the enrichment of the criminal proceeding with supranational elements – for instance with a future European Public Prosecutor's Office. An aspect of particular importance in an increasingly supranationalised criminal proceeding is the observance of the rights of individuals, which thankfully, albeit with a significant delay, enjoy the increasing attention of the Union legislator. That legislator's efforts to introduce certain minimum standards in this regard by means of directives can significantly contribute to reducing the factual difficulties for the suspect and re-establishing a balance in European criminal proceedings. This becomes particularly apparent when, for instance, the suspect is granted the right to have access to a lawyer in each of the Member States involved in a cross-border criminal proceeding (see further below II. 6.).

Moreover, the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office,<sup>38</sup> presented by the Commission in summer 2013, exhibits some clear improvements over earlier approaches<sup>39</sup> in this regard.

- The emphasis in art. 11 para. 1 and art. 32 para. 1 on the application of the Charter of Fundamental Rights is positive, even though it is merely declaratory and thus does not, in itself, raise the level of protection. However, the wording of some provisions in the proposal is unfortunate. Thus, art. 32 para. 2 grants “the following procedural rights as they are provided for in Union legislation and the national law of the Member State”. This could be understood as meaning that the rights are only granted insofar as both legal orders provide them. This would be questionable if, for instance, a Member State fails to comply with its obligation to implement procedural rights required by a Directive. What is more, the rights referred to in arts. 33 to 35 are granted only to the extent that they are also provided for in national law.
- It is to be welcomed that art. 32 para. 3, in contrast to other Union legal instruments (below II. 6.), clarifies that the procedural rights apply from the time a person is suspected of having committed an offence. Thus, those rights must also be respected during the preliminary analysis preceding the decision on whether an investigation should be initiated (art. 15 para. 4 and art. 16 para. 1). This approach is further underlined by art. 32 para. 4, according to which suspects' rights (as set out in art. 32 para. 2) also apply to a person who is heard (for instance as a witness) and in the course of the questioning, interrogation or hearing becomes suspected of having committed an offence.

---

<sup>34</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>35</sup> Council Document no. 18918/11.

<sup>36</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>37</sup> Framework Decision 2009/829/JHA, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20.

---

<sup>38</sup> COM (2013) 534 final.

<sup>39</sup> See, for instance, COM (2001) 715 final.



- Art. 13 establishes the possibility of prosecuting offences affecting the financial interests of the Union jointly with offences connected to them if (inter alia) they are based on identical facts. This is sensible in view of the *ne bis in idem* principle: such concentration of proceedings can prevent parallel proceedings and furthermore takes efficiency considerations into account, because under the *ne bis in idem* principle, the other proceeding would in any event have to be discontinued once a trial has been finally disposed of (art. 54 CISA). Even though the provision is therefore in principle to be welcomed, it raises questions in particular in regard to foreseeability (below II. 3.) and horizontal coherence (below II. 4. a).

- Two further provisions are particularly to be welcomed from the view of the affected citizen (on vertical coherence see below II. 4. b). These are aimed at the limitation of disadvantages due to the mixing of Member State's procedural systems: art. 32 para. 5 provides that persons who are involved in the proceedings of the European Public Prosecutor's Office shall always be able to invoke the procedural rights of the applicable national law. This provision guards against the danger that prerequisites for an investigative measure in one Member State are bypassed by requesting it under the law of a Member State with more lenient requirements. Otherwise provisions which limit the scope of gathering evidence with the purpose of protecting the individual could be systematically circumvented.

At the same time, art. 30 contains a parallel provision in regard to the admissibility of evidence. Thus, evidence presented by the European Public Prosecutor's Office (this refers to evidence gathered according to the law of another Member State) shall in principle be admitted without additional requirements. However, the court can nonetheless declare it inadmissible if it believes that its admission would adversely affect the fairness of the procedure or the rights of defence (as enshrined in arts. 47 and 48 of the Charter of Fundamental Rights), art. 30 para. 1. Moreover, according to art. 30 para. 2, the assessment of evidence presented by the European Public Prosecutor's Office – and thus the decision on its weight – remains fully within the competence of the court. This represents an important safeguard against the combination of low requirements for the gathering of evidence on the one hand and low requirements for its admission on the other. Without such a provision, the unconditional admission of evidence gathered abroad could result in a substantial erosion of suspects' rights.

Unfortunately, only the fairness of the procedure and the rights of the defence can be opposed to the admission of evidence. It would have also been worth considering granting the court a greater discretion on the admission of evidence in respect of violations of the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights that do not concern specific guarantees of criminal procedure (such as, for instance, the right to respect for private and family life, art. 8 of the Convention). Admit-

tedly, these similarly apply in all Member States. But the jurisprudence of the European Court of Human Rights shows that these rights are often violated in Member States of the Union as well. To force the court in such cases to admit evidence is unacceptable not only in view of the concerned individual's rights, but also in view of the *ordre public* of the forum state.

- Problematic in regard to the protection of the individual is, for instance, art. 26 para. 1 lit. r, which permits without further requirements the targeted surveillance in public places not only of the suspect but also of third persons. On the basis of this provision, the rights of persons who are only by chance involved in a proceeding conducted by the European Public Prosecutor's Office can be interfered with extensively.
- The guarantees of rights of individuals which are contained or declaratorily repeated in the Proposal are, as shown, often dependent on their recognition by the Member States involved. Thus they are neither intended nor suitable for creating a satisfactory Union level of protection. This much rather requires a more far-reaching harmonisation of procedural rights through the Union. The Directives on suspects' rights that have been enacted so far for the compensation of deficits regarding the fairness of proceedings (see further below II. 6.) are first steps in the right direction. The path thus taken, however, has to be consequently followed.

If the Union legislator wants to grant special rights of participation to a person involved in a criminal proceeding, this must not impair the balance of the proceeding as a whole:

- This would, for instance, be the case if Member States were obliged to grant to the victim of an offence a comprehensive right to remedies. In some Member States, such a right may be provided, but in a procedural system to which such rights of participation are foreign it could weaken the position of the suspect and thus permanently disturb the balance of the proceeding.

Further, in order to balance an increasingly supranationalised European criminal proceeding, it is necessary also in this regard to adhere to the principle of proportionality:

- It should be a matter of course in any criminal proceeding in accordance with the rule of law that for each measure of criminal procedure there has to be a sufficient reason and that the least invasive, equally effective measure should be employed. Thus is it to be welcomed that art. 11 para. 2 read in conjunction with art. 26 para. 3 of the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office<sup>40</sup> emphasises the application of this fundamental principle. Even though these provisions do not explicitly mention it, the last sentence of

---

<sup>40</sup> COM (2013) 534 final.

art. 5 of the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality<sup>41</sup> furthermore clearly requires that any measure considered must be commensurate with the objective to be achieved. Only if conflicting interests are balanced and compensated in this way, can unacceptable results – especially in view of some far-reaching competences such as art. 26 para. 1 lit. r of the Proposal – be avoided.

The balance of the European criminal proceeding, moreover, is impaired by the mere fact that new supranational institutions are being created:

- Already the interconnection of Member States' criminal prosecution authorities, for instance through Eurojust, and the creation of supranational structures for data collection have contributed to the strengthening of the prosecution. This is sensible to compensate for deficits which arise if state authorities, even in a unified Europe, are confined to state borders while organised, well-funded criminals of the most serious kind abuse the fundamental freedoms to commit offences. However, in respect of the "average criminal", who has at his disposal neither special organisational structures nor significant financial means, these steps create an imbalance which can make an effective defence considerably more difficult.
- Admittedly art. 11 para. 5 of the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office provides that this authority shall conduct its investigations in an impartial manner and seek all relevant evidence, whether inculpatory or exculpatory. This however does not change the fact that it would, above all, facilitate criminal prosecution. Going beyond the general provision of art. 11 para. 5, it is therefore necessary that in the creation of the European Public Prosecutor's Office (as well as generally of supranational institutions for the promotion of cross-border criminal prosecution) regard be had to not putting the defence at a disadvantage. In particular, this can be done by arranging for compensation, also at an institutional level, in respect of the strengthening of the criminal prosecution authorities. Examples for this are, for instance, provided by the criminal proceeding before the International Criminal Court, where an "Office of Public Counsel for the Defence" *inter alia* has to ensure that the defence is given support regarding legal research and legal advice wherever it so desires.<sup>42</sup> This could be used as a model for a defence organisation at the Union level – corresponding proposals for an ombudsman<sup>43</sup> or "Eurodefensor"<sup>44</sup> already exist.

### 3. Explanatory notes to the demand of respecting the principle of legality and judicial principles in European criminal proceedings

In the legal instruments that have been enacted so far, some provisions can be found where the Union legislator has made an effort to create sufficiently clear rules which comply with the criminal proceeding's high standard regarding formalisation and judicial principles:

- A satisfactory level of judicial reviewability is for instance provided by art. 7 para. 4 of the Directive on the right to information in criminal proceedings<sup>45</sup>. According to it, restrictions of the right to information can only be imposed following a decision by a judicial authority or at least subject to judicial review. Likewise, cases of neglect or denial of this right have to be challengeable under provisions of the domestic legal order, cf. art. 8 para. 2. In a similar manner, art. 2 para. 5 and art. 3 para. 5 of the Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings<sup>46</sup> provide that (according to procedures in national law) the suspected or accused person can both take action against the denial of these rights as well as complain against the quality of interpretation or translation services.
- If a European supervision order is to be issued, the choice of the executing state, meaning the supervising state, is made on the basis of the clear criterion of art. 9 of the respective Framework Decision<sup>47</sup> (Member State in which the person is lawfully and ordinarily residing; deviation only upon request of the affected person). The relevant proceeding is also set out in detail in arts. 10 and 11.

This, however, must not conceal the fact that in this area there still are very significant deficits:

- As the decision on the proceedings' forum state is decisive for the applicable substantive and procedural law, in a single area of justice it must be made on the basis of precise rules. The Framework Decision on prevention and settlement of conflicts of exercise of jurisdiction in criminal proceedings<sup>48</sup> does not satisfy this requirement in any way. On the contrary, it provides for wholly unregulated consultations between the Member States in the course of which they are to consider "the facts and merits of the case and all the factors which [the participating Member States] consider to be relevant." Thereby, the Framework Decision refrains from making even an indicative specification of the requirements for the determination of the forum state, although it is of immense importance particularly for the affected citizen. Even a decision on the basis of the expected punishment, the likelihood of a conviction,

---

<sup>41</sup> OJ EU 2007 no. C 306, p. 150.

<sup>42</sup> See Regulation 77 of the Regulations of the Court.

<sup>43</sup> See *Mitchell*, in: Schünemann (ed.), *A programme for European Criminal Justice*, 2006, p. 191 et seq.

<sup>44</sup> See Schünemann (fn. 43), p. 4 et seq.

<sup>45</sup> Directive 2012/13/EU, OJ EU 2012 no. L 142, p. 1.

<sup>46</sup> Directive 2010/64/EU, OJ EU 2010 no. L 280, p. 1.

<sup>47</sup> Framework Decision 2009/829/JHA, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20.

<sup>48</sup> Framework Decision 2009/948/JHA, OJ EU 2009 no. L 328, p. 42.

or altogether arbitrary criteria is not excluded thereby. Somewhat pointedly, one could say that by creating an obligation to consult without further regulating that consultation, the Framework Decision virtually spells out an “invitation to forum shop”.

At the same time, the *ne bis in idem* provisions entail a strict regime of chronological priority true to the motto “first come, first served”. Which Member State prosecutes a matter and which legal order applies thus depends on pure coincidence. For instance, longer processing times, which in turn result from aspects such as the speed of delivering mail, sickness of a judge etc., can determine which Member State has the “last word”. That such circumstances should determine the applicable substantive law (and thus also whether the behaviour is subject to punishment at all and how severe the sanction may be) as well as the law of procedure according to which the offence is prosecuted and decided is not acceptable in a single area of justice.

- The Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office<sup>49</sup> goes one step further than the abovementioned Framework Decision: Its art. 27 para. 4 provides for several criteria which must be taken into account by this new authority when choosing the jurisdiction of trial. The starting point is somewhat different than in other conflicts of jurisdiction because offences which are within the prosecutorial competence of the European Public Prosecutor’s Office are harmonised or supposed to be harmonised further. It will therefore be less difficult to foresee the criminalisation of a particular behaviour. Similarly, the Proposal provides for a minimum standard of procedural rights which accordingly apply irrespective of the trial jurisdiction.

Nonetheless, the proposed rule in art. 27 para. 4 is problematic: in the absence of effective harmonisation in this area, differences between the Member States regarding the type and level of criminal sanctions will probably remain. The large margin of appreciation that the European Public Prosecutor’s Office will enjoy can therefore be considered as a violation of the legal certainty requirement in regard to criminal sanctions. Furthermore, the decision on the forum state also applies to related offences encompassed by art. 13 para. 1 for which there has been no harmonisation. Procedural law, notwithstanding the latest hesitant efforts towards harmonisation, remains a paramount factor for the likelihood of a conviction. Against this background, it is unacceptable that the criteria referred to in art. 27 para. 4 (and thus the decision by the European Public Prosecutor’s Office which is based on them) will often be determined by chance. Moreover, the list lacks a hierarchy among the criteria and the wording of the provision does not make clear whether they are exhaustive. Consequently, the European Public Prosecutor’s Office in fact is absolutely unfettered in its choice of a forum state, even though this decision is key to the proceeding. That the new authority

shall be obliged to “[bear] in mind the proper administration of justice” according to art. 27 para. 4 actually addresses the efficiency of criminal prosecution and thus is of little help. In line with art. 30, at least an obligation to observe the fairness of the proceeding and the rights of defence (as enshrined in arts. 47 and 48 of the Charter of Fundamental Rights) should have been included.

As a related point, it should be noted that the inclusion of the criterion of “the place where the direct victims have their habitual residence” in a provision which primarily is aimed at the protection of the Union’s financial interests does not seem very reasonable.

- Furthermore the new authority shall not only have the possibility to choose the jurisdiction of trial, but also the European Public Prosecutor, according to art. 18 para. 5 of the Proposal, shall be given significant discretion in deciding which European Delegated Prosecutor will investigate the case. This ultimately allows the choice of the Member State where investigative measures are taken and, thus, of the legal requirements for infringements upon fundamental rights during the pre-trial phase.

Apart from this fundamental problem of conflicts of jurisdiction, which also continues to exist in the area of offences against the financial interests of the Union, several individual provisions in Union law are in need of improvement:

- The abovementioned separation of competences for ordering and executing a measure has the consequence that legal protection is similarly split in respect of measures that are executable across the Union via instruments of mutual recognition. This can entail that the selfsame measure has to be reviewed on the basis of different legal orders and potentially on the basis of varying standards (regarding the problems in view of an effective defence see above II. 1. a). There also is a strong curtailment of legal protection if, due to the principle of mutual recognition, a measure can be challenged only in respect of those violations of law that follow from the order itself (cf. for instance art. 20 para. 3 of the Framework Decision on mutual recognition of financial penalties<sup>50</sup>).
- The types of offences set out in the “positive lists” of mutual recognition instruments (e.g. art. 2 para. 2 of the Framework Decision on the European arrest warrant<sup>51</sup>) are in some parts vague, for instance where they refer to “sabotage”, “computer-related crime” or “grievous bodily injury”. As a result, it is not always clear whether an obligation for cooperation exists in regard to a particular offence – when, for instance, is bodily injury “grievous”? In view of the infringements of fundamental rights which result at least from some types of cooperation (for instance

---

<sup>50</sup> Framework Decision 2005/214/JHA, OJ EU 2005 no. L 76, p. 16.

<sup>51</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

---

<sup>49</sup> COM (2013) 534 final.

the transfer of the suspect) and thus require a legal basis, this lack of certainty is highly problematic. Against this background, it can only be a “makeshift” solution to allow an opt-out from these “positive lists”, as is possible under art. 23 para. 4 of the Framework Decision on the European evidence warrant<sup>52</sup> or art. 14 para. 4 of the Framework Decision on the European supervision order<sup>53</sup>.

- According to art. 19 para. 2 of the Framework Decision on the European arrest warrant<sup>54</sup>, the conditions of hearing a requested person can to some extent be negotiated by the investigating authorities of the issuing and the executing state. This protects the suspect from being heard according to differing rules. But it cannot be accepted that the prosecution authorities may – more or less arbitrarily – decide for themselves on the procedural rules they consider appropriate for the individual case: there is no guarantee that they will take the legitimate interests of the suspect into consideration – this is precisely the reason why in domestic proceedings procedural acts are governed by law. If the Union wishes to be a single area of justice, it has to measure up to this standard and must define the procedural rules – or at least a minimum level of suspects’ rights – with significantly more precision.
- In some Member States decisions on at least certain investigation measures are the preserve of a judge. This permits an independent ex ante control and thus contributes to the formalisation of the proceeding. By allowing the European evidence warrant<sup>55</sup> or the future European investigation order<sup>56</sup> to be issued by prosecutors and investigation authorities (especially the police) if this is possible under the law of the issuing state, the reservation of powers to a judge may be devalued. Since such a reservation is often born from constitutionally guaranteed basic rights, this would be highly problematic for the executing state. Intended as an alternative, the validation proceeding (art. 5a para. 3 of the Council’s general approach on the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>57</sup>) is a step in the right direction. It envisages that, under certain conditions, investigation orders that were issued by the police or investigation authorities must be

validated by a judge, court, public prosecutor or investigating magistrate of the issuing state. However, if such a validation could also be performed by a prosecutor, no judge would have to be involved. Moreover, it is questionable whether a judicial authority of the issuing state can exercise sufficient control since its legal order is unfamiliar with such reservations and it also cannot be familiar with the proportionality considerations which would have to be taken into account under the executing state’s law. A significantly better solution would be what the Commission suggested in its Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office<sup>58</sup>: According to art. 26 para. 4 of that instrument, a number of investigative measures require authorisation by the competent (under national law) judicial authority of the Member State where they are to be carried out. In respect of certain other investigative measures, under art. 26 para. 5 a requirement of judicial authorisation that is laid down in national law is at least tolerated.

- Finally, the provisions in art. 29 of the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office<sup>59</sup>, which allow for an out-of-court agreement with the suspect, merit a mention. Art. 29 appears to apply to all stages of the criminal proceeding (even after charges have been brought) and at the same time allows no judicial control whatsoever. This leaves the door wide open for secretly negotiated “deals” in which the suspect can be subjected to significant pressure, and which do not satisfy the requirements of a judicial proceeding. It should also be emphasised that such out-of-court agreements are not available in all Member States and may thus create problems with vertical coherence (for further examples see below II. 4. b).

#### 4. Explanatory notes to the demand of preserving coherence

##### a) Horizontal coherence

For the preservation of coherence in the horizontal perspective, the Union legislator must ensure that its legal instruments do not contradict the framework created by other provisions of Union law. This has been done successfully in respect of several instruments:

- Thus, for instance, the Framework Decision regarding the mutual recognition of decisions rendered in absentia<sup>60</sup>, which unified the grounds for refusal of several Framework Decisions, is to be welcomed – although one could criticise that these decisions still must be recognised by the executing state to a large extent.
- Similarly, linking the Framework Decision on the European supervision order to the requirements of the European

---

<sup>52</sup> Framework Decision 2008/978/JHA, OJ EU 2008 no. L 350, p. 72.

<sup>53</sup> Framework Decision 2009/829/JHA, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20.

<sup>54</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>55</sup> See art. 2 lit. c Framework Decision 2008/978/JHA, OJ EU 2008 no. L 350, p. 72.

<sup>56</sup> See art. 2 lit. a Council Document no. 18918/11; see also art. 6 para. 2 Framework Decision 2009/829/JHA on the mutual recognition of supervision measures, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20.

<sup>57</sup> Council Document no. 18918/11; already in this sense art. 11 paras. 4 and 5 Framework Decision 2008/978/JHA on the European evidence warrant, OJ EU 2008 no. L 350, p. 72.

---

<sup>58</sup> COM (2013) 534 final.

<sup>59</sup> COM (2013) 534 final.

<sup>60</sup> Framework Decision 2009/299/JHA, OJ EU 2009 no. L 81, p. 24.

arrest warrant<sup>61</sup> is an example of the preservation of horizontal coherence, as both instruments pursue the same purpose. However, as has been seen, congruence of both legal instruments was not achieved as a result, as the European arrest warrant can be issued for offences with a significantly lower minimum maximum penalty than is the case with the European supervision order (see above II. 1. c).

- Art. 13 para. 1 of the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office<sup>62</sup> provides that offences affecting the financial interests of the Union can be prosecuted jointly with other offences if (inter alia) those other offences are "based on identical facts". This, as seen (above II. 2.), makes sense with respect to the *ne bis in idem* principle. However, in view of the coherence of Union law it is questionable why the provision refers to identical facts when art. 54 CISA refers to "the same acts" and art. 50 of the Charter of Fundamental Rights refers to "an offence". This wording also does not fully correspond to the terminology of the CJEU's jurisprudence on identity of acts.<sup>63</sup> Due to the lack of an explanation in the preparatory materials and the recitals, this deviation leads to ambiguities regarding the content of the provision which could easily have been avoided.

Significant inconsistencies also emerge between the various legal instruments for the realisation of the principle of mutual recognition in respect of the grounds for refusal.

- For instance, a prior final judgment in another Member State regarding the same acts (*ne bis in idem*) is a mandatory ground for refusal pursuant to art. 3 no. 2 of the Framework Decision on the European arrest warrant.<sup>64</sup> In contrast, in other legal instruments it is only an optional ground for refusal, e.g. in art. 10 para. 1 lit. e of the Proposal for a European investigation order<sup>65</sup> and art. 15 para. 1 lit. c of the Framework Decision on the European supervision order<sup>66</sup>. This leads to the paradoxical result that while an affected person may not be transferred to another Member State due to new investigations (which is convincing), he must put up with the search of his home on the basis of a European investigation order if the exe-

cuting state – for whatever reason – does not invoke the ground for refusal.

- The lack of coordination between the individual instruments also appears in respect of the grounds of refusal concerning offences which have been committed at least in part on the territory of the executing state: For the Framework Decision on the European arrest warrant<sup>67</sup>, for instance, it is enough for the offence in question to have been partly committed on the territory of the executing state. The Framework Decision on the European evidence warrant<sup>68</sup> restrictively requires that a major or essential part of the conduct in question has been committed there. Finally, the Proposal for a Directive on the European investigation order<sup>69</sup> further curtails the ground for refusal by additionally imposing the cumulative requirements that the offence has been committed exclusively outside the territory of the issuing state, that the investigation order concerns the use of a coercive measure and that the conduct in connection with which the order is issued is not an offence in the executing state. The Union legislator does not explain the justification for this much more narrow admittance of the ground for refusal.
- The compromise text of the future Directive on the European investigation order permits the executing state to resort to less intrusive, equally effective measures.<sup>70</sup> This possibility, however, is *inter alia* not provided in the Framework Decision on the European arrest warrant (see above II. 1. c).<sup>71</sup>

### b) Vertical coherence

The preservation of coherence in the vertical perspective requires that the Union legislator considers the consistency of the Member States' legal orders.

- A conflict with this principle was avoided e.g. when in the course of Council negotiations concerning the Commission Proposal for a Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings<sup>72</sup>, a provision according to which certain violations would have led to mandatory inadmissibility of evidence was abandoned.<sup>73</sup> Such a requirement would not have been acceptable for a Member State whose law does not permit restrictions on the weighing of evidence by the judge. However, this conflict could have been resolved better: Instead of deleting altogether the provision requiring inadmissibility, it

---

<sup>61</sup> Art. 15 para. 1 lit. h Framework Decision 2009/829/JHA on the mutual recognition of supervision measures, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20.

<sup>62</sup> COM (2013) 534 final.

<sup>63</sup> CJEU, judgment of 9.3.2006 – case C-436/04 (Van Esbroeck), para. 36: "identity of the material acts, understood in the sense of the existence of a set of concrete circumstances which are inextricably linked together".

<sup>64</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>65</sup> Council Document no. 18918/11.

<sup>66</sup> Framework Decision 2009/829/JHA, OJ EU 2009 no. L 294, p. 20.

---

<sup>67</sup> Art. 4 no. 7 lit. a Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>68</sup> Art. 13 para. 1 lit. f sublit. i Framework Decision 2008/978/JHA, OJ EU 2008 no. L 350, p. 72.

<sup>69</sup> Art. 10 para. 1 lit. f Council Document no. 18918/11.

<sup>70</sup> Art. 9 para. 1 *bis* Council Document no. 18918/11.

<sup>71</sup> Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EC 2002 no. L 190, p. 1.

<sup>72</sup> Art. 13 COM (2011) 326 final.

<sup>73</sup> See art. 11 Council Document no. 12988/13.



would have been wholly sufficient – and preferable for the preservation of suspects’ rights – to merely include an exception clause (ordre public clause) for those Member States who would have faced serious problems regarding coherence.

- It has already been mentioned that the principle of mutual recognition can lead to a mixing of systems of criminal procedure which has a detrimental effect in particular on the position of the suspect (see above II. 1. a). This shows that the coherence of national procedural rules is also indispensable for the preservation of individual rights. The forum regit actum principle (e.g. in art. 8 para. 2 of the compromise text for a Directive on the European investigation order<sup>74</sup>) can remedy this by contributing to the general application of the issuing state’s rules in the proceeding. A different solution was chosen in the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office<sup>75</sup>: art. 30 of that instrument ensures for the most part that the admissibility of evidence which has been gathered in a Member State other than that in which the proceeding is conducted does not cause inconsistencies within the national legal order (see above II. 2.).

### 5. Explanatory notes to the demand of observing the principle of subsidiarity

Even though it is relatively easy to demonstrate observance of the principle of subsidiarity, if a Union legal instrument has cross-border criminal prosecution as its subject, there are rules and drafts which seem open to doubt in this regard.

- For one, this concerns the Directive establishing minimum standards on the rights of victims of crime<sup>76</sup>: Why it should be necessary to provide for certain minimum victims’ rights even for proceedings that have no cross-border dimension whatsoever would have required further explanation by the Union legislator.
- Against the background of the subsidiarity principle, it also is at least open to doubt to what extent the creation of a European Public Prosecutor’s Office<sup>77</sup> is currently justified when there are Member States in which the criminal prosecution of offences against the financial interests of the Union already works. These concerns would be even more relevant if at some point in the future the extension of the competences of this body to other forms of serious cross-border crime should be considered pursuant to art. 86 para. 4 TFEU. In any event, a concept that preserves the sovereign interests – for instance following a model of complementarity such as that applicable to the exercise of jurisdiction of the ICC – would be worth contemplating.

### 6. Explanatory notes to the demand of compensation for deficits in the European criminal proceeding

The examples mentioned so far have highlighted a variety of possibilities regarding the ways in which the Union legislator can (and, in part, already does) comply with the demands of the Manifesto by introducing safeguards in individual legal instruments. What has not yet been discussed, however, is the extent to which the difficulties which generally follow from cross-border criminal proceedings (especially for the suspect) have to be compensated for through Union legal instruments.

In a cross-border proceeding, the suspect must engage with at least one further legal order that is typically foreign to him and the (technical) language of which he usually neither speaks nor understands sufficiently well. To make use of his rights effectively, the suspect must make numerous arrangements for an additional and thus double defence. In the case of a transfer to another Member State, he also is torn from his social environment. European criminal policy must react to these dangers threatening the suspect by creating pan-European minimum standards for specific suspects’ rights which compensate for the disadvantages of suspects in a cross-border criminal proceeding:

- Thus, it is to be welcomed that in the Stockholm Programme<sup>78</sup>, the Union has put the strengthening of procedural rights on its political agenda and that it has agreed on a “Roadmap”<sup>79</sup> for this aim. Particularly, consideration no. 8 of this “Roadmap”, merits unqualified approval. This clarifies that the standard set by the European Convention on Human Rights is not sufficient to achieve an adequate level of protection for suspects in the Union and that Union legal instruments must provide protection exceeding that standard.
- How important e.g. the Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings<sup>80</sup> is – even though this right appears to be a matter of course – is illustrated by the extensive documentation of cases by the NGO “Fair Trials International”.<sup>81</sup>

The Union must unconditionally and consequently continue down this path (for instance in regard to requirements for judgments in absentia, legal aid in particularly expensive cross-border criminal proceedings and the preservation of the presumption of innocence). However, the creation of common minimum standards must under no circumstances lead to a “race to the bottom” (regarding these standards). This danger manifests itself in the interplay between harmonisation and mutual recognition, i.e. where harmonisation of procedural provisions in a particular area is to be followed by automatic mutual recognition. In this case, the executing state can no longer refuse recognition by reason of a higher level of pro-

---

<sup>74</sup> Council Document no. 18918/11.

<sup>75</sup> COM (2013) 534 final.

<sup>76</sup> Directive 2012/29/EU, OJ EU 2012 no. L 315, p. 57.

<sup>77</sup> COM (2013) 534 final.

---

<sup>78</sup> OJ EU 2010 no. C 115, p. 1.

<sup>79</sup> OJ EU 2009 no. C 295, p. 1.

<sup>80</sup> Directive 2010/64/EU, OJ EU 2010 no. L 280, p. 1.

<sup>81</sup> <http://www.fairtrials.net/cases/> (accessed on: 5.11.2013).

tection in its own legal order; the Member States' lowest common denominator as set by the harmonisation instrument would strip more extensive rights for individuals in the executing state of their effect.

- This phenomenon is displayed particularly clearly in regard to the Framework Decision to which it is “owed” that under certain circumstances, decisions made in absentia must also be mutually recognised.<sup>82</sup> On the one hand, certain minimum standards for judgments in absentia may have been established within the Union thereby. Yet on the other hand, in view of today's rather uncomplicated system of judicial assistance, the general justification for judgments in absentia is hardly up-to-date. As it usually impacts heavily upon the suspect's right to be present and thus interferes with his chance of an effective defence, this type of decision should soon – at least within the Union – be a thing of the past.
- Moreover, it is unacceptable that the procedural rights which so far have been subject to harmonisation according to the respective Directives would often intervene too late. Thus, according to its art. 2 para. 1, the Directive on the right to information in criminal proceedings<sup>83</sup> as a whole applies only once the affected person has been informed by the competent authorities of a Member State that he is suspected or accused of having committed an offence. This creates possibilities for circumvention – the obligation to inform must in fact already apply from the point in time at which the authorities form an initial suspicion against the person who is questioned. Furthermore, the right to information is additionally watered down by certain provisions, such as the vague requirements of “prompt” information about the criminal act the person is suspected or accused of having committed (art. 6 para. 1). In art. 6 para. 2 (information on the grounds for arrest or detention), there no longer is any temporal requirement at all. According to art. 7 para. 3, access to the materials of the case is granted at the latest upon submission of the merits of the accusation to the judgment of a court. Especially here it would have been conceivable – without endangering the result of the investigation – to move this to the completion of the investigation.  
In art. 1 para. 2 of the Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings<sup>84</sup> and in art. 2 para. 1 of the agreed text of the Proposal for a Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings<sup>85</sup>, the Union legislator similarly has decided to guarantee these rights from the time when the suspect is made aware by the competent authorities of the suspicion or accusation against him. However, art. 2 para. 1 of the Directive on the right to interpretation and translation in crim-

inal proceedings and art. 3 paras. 1 and 2 of the proposed Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings ensure that these rights are already granted at the time of first being questioned – irrespective of whether the suspicion against him has been officially announced at this point of time. A comparable clarification should also be included in the Directive on the right to information in criminal proceedings.

- Furthermore, it is problematic that the abovementioned directives contain restrictions in view of less serious violations. To the extent that an authority, other than a court having jurisdiction in criminal matters, is competent to impose sanctions, the directives apply only to proceedings before the abovementioned court following an appeal to that court (provided always that such appeals are possible under national law). This restriction is found in the directives<sup>86</sup> currently in force as well as in the Proposal on the right of access to a lawyer in criminal proceedings<sup>87</sup> as adopted by the Parliament and the Council. First, these restrictions carry the danger that the Member States seek to circumvent their obligations under the directives. Second, it is not apparent why certain obligations of information, for instance regarding the right of access to a lawyer, should not also apply. In any event, a notification should be given in this proceeding concerning the possibility of activating these Union law warranties through the invocation of a legal remedy.
- The scope of individual rights and the requirements for infringements of the same are in part circumscribed so imprecisely that in practice there is a danger of their being hollowed out: Thus, according to the relevant Directive<sup>88</sup>, the right to translation is limited to “essential” documents. In order to reasonably limit both the costs and length of the proceeding, the lawyer's right of access to the case materials does not necessarily require the translation of all documents, irrespective of their relevance. Nonetheless, this vague term (going beyond the negative criterion of art. 3 para. 4) should be specified, for instance by way of a clarification that all documents essential for the defence must be translated.
- In particular the debates on the content of the right of access to a lawyer have shown that the creation of would-be minimum standards in fact may hollow out procedural rights: A grave deficiency of the wording adopted by the Council as a compromise<sup>89</sup> was that the confidentiality of legal advice would not have been protected absolutely. Fortunately, these restrictions were removed in the wording

---

<sup>82</sup> Framework Decision 2009/299/JHA, OJ EU 2009 no. L 81, p. 24.

<sup>83</sup> Directive 2012/13/EU, OJ EU 2012 no. L 142, p. 1.

<sup>84</sup> Directive 2010/64/EU, OJ EU 2010 no. L 280, p. 1.

<sup>85</sup> Council Document no. 12899/13.

---

<sup>86</sup> Art. 2 para. 2 Directive 2012/13/EU, OJ EU 2012 no. L 142, p. 1; art. 1 para. 3 Directive 2010/64/EU, OJ EU 2010 no. L 280, p. 1.

<sup>87</sup> Art. 2 para. 4 Council Document no. 12899/12; not in this sense Article 2 COM (2011) 326 final.

<sup>88</sup> Directive 2010/64/EU, OJ EU 2010 no. L 280, p. 1.

<sup>89</sup> Art. 4 para. 2 Council Document no. 10467/12.

of the future Directive<sup>90</sup> as adopted by the Parliament and the Council, thus preventing a violation of a taboo under the rule of law and an erosion of the right to an effective defence.

Further points of criticism regarding the Council's original compromise text for a Directive on the right of access to a lawyer<sup>91</sup> were at least weakened over the course of common deliberations between the Council, the Parliament and the Commission.<sup>92</sup> For instance, the requirements to waive the right to a lawyer are now drawn with significantly more precision in art. 9. Furthermore, the provision<sup>93</sup> according to which legal advice during the proceeding concerning a European arrest warrant must also be offered in the issuing state, which originally had been deleted by the Council, has been reintroduced in art. 10 para. 4 of the agreed text. Similarly, the requirements for an exceptional restriction of the right to a lawyer (which, however, remains problematic) were made significantly more concrete. But still, no right of the suspect to freely choose a lawyer is provided (at least not explicitly). Furthermore, the lawyer does not have (in contrast to art. 4 para. 4 of the Commission proposal<sup>94</sup>) the right to examine the conditions of detention.

The abovementioned examples illustrate that considerable efforts still need to be taken in order to make the Union a genuine area of freedom, security and justice with regard to criminal prosecution. This Manifesto is intended to contribute to this aim.

### **The members of the European Criminal Policy Initiative:**

*Petter Asp*, Stockholm University  
*Nikolaos Bitzilekis*, Aristotle University of Thessaloniki  
*Sergiu Bogdan*, Babes-Bolyai University Cluj-Napoca  
*Thomas Elholm*, University of Southern Denmark  
*Luigi Foffani*, Modena University  
*Dan Frände*, Helsinki University  
*Helmut Fuchs*, Vienna University  
*Dan Helenius*, Helsinki University  
*Maria Kaiafa-Gbandi*, Aristotle University of Thessaloniki  
*Jocelyne Leblois-Happe*, Strasbourg University  
*Adán Nieto-Martín*, University of Castilla-La Mancha  
*Helmut Satzger*, Ludwig-Maximilians-Universität München  
*Annika Suominen*, Bergen University  
*Elisavet Symeonidou-Kastanidou*, Aristotle University of Thessaloniki  
*Ingeborg Zerbes*, Bremen University  
*Frank Zimmermann*, Ludwig-Maximilians-Universität München

### **We wish to thank the following colleagues for their most valuable contributions to two preparatory workshops:**

*Lorena Bachmaier Winter* (Madrid), *Pedro Caeiro* (Coimbra), *Wendy De Bondt* (Ghent), *Sabine Gleß* (Basel), *Stefano Manacorda* (Naples/Paris), *Carol Steiker* (Cambridge, MA), *Stavomir Steinborn* (Gdansk), *Valéry Turcey* (Paris/Berlin), *Jenia Turner* (Dallas), *Gert Vermeulen* (Ghent), *Joachim Vogel* (Munich)†, *Marianne Wade* (Birmingham), *Thomas Weigend* (Cologne), *Fritz Zeder* (Vienna)

---

<sup>90</sup> Council Document no. 12899/13.

<sup>91</sup> Council Document no. 10467/12.

<sup>92</sup> Council Document no. 12899/13.

<sup>93</sup> Council Document no. 10467/12.

<sup>94</sup> COM (2011) 326 final.

## § 4 VStGB und das Verhältnis zu Beteiligungsformen des allgemeinen Strafrechts

Von Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE), Dr. Alena Hartwig-Asteroth, Marie Scheffler, Marburg\*

Seit Mai 2011 wird vor dem OLG Stuttgart das erste Strafverfahren nach dem im Jahre 2002 in Kraft getretenen Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) geführt. Den Angeklagten, zwei Führungsmitgliedern der paramilitärischen Organisation FDLR<sup>1</sup>, wird vorgeworfen, die Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Milizen der FDLR auf dem Gebiet der Demokratischen Republik Kongo trotz bestehender Möglichkeiten nicht verhindert zu haben. Dabei soll einer der Angeklagten als Präsident der FDLR, der andere als dessen Stellvertreter, von Deutschland aus agiert und die Milizen im Kongo befehligt haben.<sup>2</sup>

Die Schwierigkeiten, die dabei entstehen, die Rolle der beiden Angeklagten rechtlich einzuordnen, sollen zum Anlass genommen werden, die Beteiligungsformen für Führungskräfte an der Spitze von hierarchisch aufgebauten Machtapparaten, wie sie sich nunmehr in § 4 VStGB, einer speziell völkerstrafrechtlichen Norm zur Vorgesetztenverantwortlichkeit, und den Beteiligungsformen des allgemeinen Strafrechts ausdrücken, näher zu untersuchen.

### I. Problemeinführung

Mit dem VStGB ist im Jahre 2002<sup>3</sup> eine Reihe neuer Vorschriften in das deutsche Strafrecht eingeführt worden.<sup>4</sup> Mit der Regelung in § 4 VStGB enthält das Völkerstrafgesetzbuch eine Ausprägung der besonderen Zurechnung, die im Völkerstrafrecht unter dem Begriff der „Vorgesetztenverantwortlichkeit“ firmiert. Um den Besonderheiten im Kontext von Makroverbrechen mit Verantwortlichen auf mehreren hierarchischen Ebenen Rechnung tragen zu können, ermöglicht

das Modell der Vorgesetztenverantwortlichkeit, den Führungspersonlichkeiten die Verbrechen der unmittelbar Handelnden zuzurechnen. § 4 VStGB zielt im Speziellen darauf ab, einen Vorgesetzten für die völkerrechtlichen Straftaten seiner Untergebenen zur Verantwortung zu ziehen, wenn dieser es unterlassen hat, die Verbrechenbegehung zu verhindern. Dabei sind die Voraussetzungen für eine Zurechnung über die Spezialnorm des § 4 VStGB recht eng. So kann die Vorschrift dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn eine militärische oder zivile Führungsposition, und damit die erforderliche Vorgesetztenstellung, im konkreten Fall nicht besteht.

Klärungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang, ob und inwieweit im Kontext völkerrechtlicher Makroverbrechen subsidiär auf die Zurechnungsnormen des allgemeinen Strafrechts zurückgegriffen werden kann, ob also § 4 VStGB eine täterschaftliche Unterlassungsstrafbarkeit wegen der Nichtverhinderung völkerrechtlicher Verbrechen abschließend regelt oder ob nachrangig eine Zurechnung über die §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB erfolgen kann, wenn die besondere Vorgesetztenstellung nicht gegeben ist.

Zur Verdeutlichung dient folgendes

*Beispiel:* M ist ruandischer Staatsangehöriger und 1. Vizepräsident einer Rebellengruppe, die auf dem Gebiet der Demokratischen Republik Kongo operiert. Diese Rebellengruppe ist streng hierarchisch organisiert; die Milizionäre befolgen in der Regel die von der Spitze gegebenen Befehle und beweisen ein hohes Maß an Disziplin gegenüber ihren Vorgesetzten. Als 1. Vizepräsident hat M keine Befehlsgewalt, sondern agiert hauptsächlich im Hintergrund. Auch faktisch ist er nicht in der Lage, Befehle zu erteilen, da die paramilitärische Organisation autokratisch durch den Präsidenten A geführt wird. Gegenüber A als oberstem Befehlsgeber nimmt M eine beratende Rolle ein. So berät er A in militärischen Angelegenheiten, vor allem auch in Bezug auf mögliche Übergriffe der Milizen auf die kongolesische Zivilbevölkerung. A schätzt M und seine Ratschläge sehr, und befolgt diese regelmäßig. Obwohl sowohl A als auch M bekannt war, dass die Milizionäre auch weiterhin Verbrechen gegenüber der Zivilbevölkerung begehen würden, haben beide nichts unternommen, um diese Übergriffe zu verhindern.

Während A als Befehlsgeber an der Spitze der Organisation „Vorgesetzter“ im Sinne von § 4 Abs. 1 VStGB ist, wird sich eine Vorgesetztenstellung von M als bloßer Berater nicht herleiten lassen können. Dem BGH zufolge gilt als militärischer Befehlshaber nach § 4 Abs. 1 VStGB, „wer die faktisch ausübende, gegebenenfalls auch rechtlich fundierte Möglichkeit hat, Untergebenen verbindliche Anweisungen zu erteilen und die Ausführung dieser Anweisungen durchzusetzen“.<sup>5</sup>

\* Der Autor Safferling ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Philipps-Universität Marburg, die Autorin Hartwig-Asteroth ist Mitarbeiterin dieser Professur, die Autorin Scheffler ist Mitarbeiterin an der Professur für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Philipps-Universität Marburg.

<sup>1</sup> Forces Démocratiques de Libération du Rwanda.

<sup>2</sup> Eine dritte Person, der angebliche „Pressesprecher“ der FDLR, Callixte Mbarushimana, wurde in Frankreich verhaftet und an den IStGH überstellt. Dort wurde aber kein Verfahren eröffnet, da für eine Zurechnung nach Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut die Vorverfahrenskammer keine ausreichenden Beweise erkennen konnte; vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Confirmation of Charges v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465-Red (Prosecutor v. Callixte Mbarushimana); siehe auch IStGH (Appeals Chamber), v. 30.5.2012 – ICC-01/04-01/10-514 (Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), OA4.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu: Engelhart, Jura 2004, 734; Krefß, NStZ 2000, 617; Safferling, Annual of German and European Law 1 (2003), 366; Satzger, NStZ 2002, 125; Werle, JZ 2001, 886; Werle/Jessberger, JZ 2002, 725; Zimmermann, NJW 2002, 3068; ders., ZRP 2002, 97.

<sup>4</sup> Zum zehnjährigen Bestehen des VStGB vgl. Safferling/Kirsch, JA 2012, 481.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 36. Safferling, JZ 2010, 965 (967), erachtet die rechtliche Befehlsmacht und

Demgegenüber stützt sich die Einordnung als gleichgestellte Person nach § 4 Abs. 2 VStGB allein auf die faktische Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrollmöglichkeiten. Gerade bei im Hintergrund agierenden Beratern wird es auf deren Stellung und Einflussmöglichkeiten im Einzelfall ankommen. Im oben geschilderten Beispielfall wird M ein solch weitreichender Einfluss nicht zuzuschreiben sein. So stellt sich die Frage, ob und nach welchen Maßstäben ihm die begangenen Verbrechen zugerechnet werden können.

Im übergreifenden Sinne geht es um die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für konkrete einzelne Völkerrechtsverbrechen. Während eine Zurechnung bei aktivem Tun nach dem StGB über die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates erfolgt, enthält das VStGB für täterschaftliches Unterlassen die spezielle Zurechnungsnorm des § 4 VStGB.

§ 4 VStGB modifiziert für einen qualifizierten Täterkreis die Regelung des § 13 Abs. 1 StGB.<sup>6</sup> Ohne die Sondervorschrift des VStGB würde man in den Konstellationen des obigen Beispiels in Anlehnung an die Politbüro-Rechtsprechung des BGH<sup>7</sup> über §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB zu einer täterschaftlichen Unterlassungsstrafbarkeit gelangen. Speziell im Kontext völkerrechtlicher Verbrechen enthält nun § 4 VStGB eine besondere Regelung für die vorsätzliche Nichtverhinderung durch den Vorgesetzten. Wie sieht die rechtliche Bewertung hingegen aus, wenn der Unterlassende (d.h. derjenige, der die Begehung völkerrechtlicher Verbrechen durch andere nicht verhindert) wie im obigen Beispiel den Status eines Vorgesetzten gerade nicht innehat? Kann in einem solchen Fall auf Zurechnungsnormen des StGB, konkret auf die §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB, zurückgegriffen werden?

## II. Ratio des Völkerstrafgesetzbuches

Das Völkerstrafgesetzbuch verfolgt dabei vier Hauptziele. Zuvorderst soll das spezifische Unrecht der Verbrechen gegen das Völkerrecht besser erfasst werden, als dies nach den Normen und Regeln des allgemeinen Strafrechts möglich ist. Weiterhin soll ein einheitliches Regelwerk für Rechtsklarheit und eine erleichterte Umsetzbarkeit in der Praxis sorgen. Als drittes Hauptziel formuliert der Gesetzgeber im Hinblick auf die Komplementarität die Sicherstellung einer permanenten Verfolgungsbereitschaft von Völkerrechtsverbrechen durch deutsche Behörden. Und viertens soll das VStGB zur Verbreitung und Förderung des humanitären Völkerrechts beitragen.<sup>8</sup> In dem Bewusstsein, dass zwar eine Vielzahl der

die faktische Durchsetzungsmacht als *kumulative*, und daher rechtlich gleichwertige, Voraussetzungen für die Stellung als Vorgesetzter nach § 4 Abs. 1 VStGB; anders hingegen *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (705).

<sup>6</sup> Weigend, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2009, § 4 VStGB Rn. 12.

<sup>7</sup> Hier ist insbesondere die 2. Politbüro-Entscheidung des BGH (Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01 = BGHSt 48, 77) gemeint, da dort die Konstellation der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen thematisiert wird.

<sup>8</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 12.

völkerrechtlich kriminalisierten Verhaltensweisen bereits nach den Regelungen des StGB strafbar und justiziabel war, jedoch diese häufig entweder dem *spezifischen* Unrechtsgehalt eines Völkerrechtsverbrechens nicht gerecht werden oder bestimmte Verhaltensweisen im deutschen Strafrecht schlichtweg nicht pönalisiert sind, werden die Regelungen des VStGB primär von dem Ziel der möglichst lückenlosen Übernahme des völkerrechtlichen Strafrechts und seiner Wertungen getragen.<sup>9</sup>

## III. Zur Regelung von § 4 VStGB

§ 4 VStGB stellt die deutsche Regelung der (täterschaftlich ausgerichteten) Vorgesetztenverantwortlichkeit in Anlehnung an Art. 28 IStGH-Statut<sup>10</sup> dar („superior responsibility“).<sup>11</sup> Bereits aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass das VStGB insgesamt darauf ausgerichtet ist, die völkerstrafrechtlichen Besonderheiten des Römischen Statuts in deutsches Recht zu transferieren.<sup>12</sup> Oftmals handelt es sich bei Völkerstraftaten (aus Sicht des „Vorgesetzten“) um Distanzdelikte, d.h. aufgrund des kollektiven Charakters der Verbrechen besteht eine gewisse Distanz zwischen dem Vorgesetzten und dem einzelnen Opfer.<sup>13</sup> Durch die Normierung einer speziellen Zurechnungsnorm soll sichergestellt werden, dass die befehlsgebenden Verantwortlichen entsprechend ihrer Schuld bestraft werden. Damit trägt § 4 VStGB gerade dem besonderen Umstand Rechnung, dass an der Begehung völkerrechtlicher Makroverbrechen regelmäßig eine Vielzahl von Personen auf unterschiedlichen Machtebenen beteiligt ist.<sup>14</sup> Das Modell der Vorgesetztenverantwortlichkeit, und im deut-

<sup>9</sup> Vgl. Weigend (Fn. 6), Einl. VStGB Rn. 36.

<sup>10</sup> Statut des Internationalen Strafgerichtshofs („Römisches Statut“) v. 17.7.1998, in: BGBl. II 2000, S. 1393.

<sup>11</sup> Streng genommen wurde mit Einführung der §§ 4, 13, 14 VStGB ein dreistufiges System geschaffen, um die Vorgesetztenverantwortlichkeit umzusetzen; dazu Safferling, JZ 2010, 965 (966). Im Gegensatz zum Regelungsgehalt von § 4 VStGB werden die Aspekte der §§ 13, 14 VStGB in Art. 28 IStGHSt. als Teilnehmehandlungen zugerechnet.

<sup>12</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 12; vgl. auch Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 8 Rn. 17.

<sup>13</sup> Dazu führte der BGH in seinem Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43, aus: „Dieses [das VStGB, Anm. d. Verf.] unterscheidet sich vom allgemeinen Strafgesetzbuch namentlich dadurch, dass es den regelmäßig kollektiven Charakter der von ihm erfassten Delikte in den Vordergrund stellt. Zentraler Aspekt seiner Strafkonzepktion ist gerade die Ahndung der Tatbeteiligung einer Vielzahl von Personen, die auf unterschiedlichen hierarchischen Ebenen an der Deliktsverwirklichung mitwirken.“

<sup>14</sup> Ausführlich Safferling (Fn. 12), § 5 Rn. 67 ff. Zwar geht es hier um die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem Statut des IStGH; die dort angestellten Überlegungen können allerdings verallgemeinernd auf das Konzept einer Vorgesetztenverantwortlichkeit übertragen werden.



schen Recht § 4 VStGB, ermöglicht explizit die Zurechnung zur obersten Befehlsebene.<sup>15</sup>

Nach der Konzeption von § 4 VStGB ist die Stellung als Vorgesetzter konstituierend für die Feststellung individueller Verantwortlichkeit (qualifizierter Täterbegriff). § 4 VStGB hat damit Sonderdeliktscharakter<sup>16</sup>: Täter kann nur ein Vorgesetzter oder eine ihm gleichgestellte Person sein.

Strukturell normiert § 4 VStGB eine Unterlassungsstrafbarkeit.<sup>17</sup> Dabei wird allein aus der besonderen Stellung als Vorgesetzter die Pflicht hergeleitet, Straftaten der Untergebenen zu verhindern. Von erheblicher Bedeutung für das Verständnis der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist in Anlehnung an *Ambos* festzustellen, dass „der Vorgesetzte primär für die mangelhafte Aufsicht und nur sekundär – gleichsam als Folge – für die Grundverbrechen selbst haftet“.<sup>18</sup> Anders als bei sonstigen Konstellationen, aus denen sich häufig eine Unterlassungsstrafbarkeit ergibt, „begeht“ der Vorgesetzte die Straftaten nicht durch sein Unterlassen. Vielmehr bewirkt die Verletzung seiner Kontroll- und Schadensabwendungsspflicht, dass die Verbrechen nicht verhindert werden.<sup>19</sup> Trotz dieses qualitativen Unterschieds zu anderen Unterlassungstätern ist der Vorgesetzte aufgrund seiner besonderen Verantwortlichkeit „wie ein Täter“ zu bestrafen. Diese Formulierung zielt auf die Festlegung des Strafrahmens ab, wie sie etwa auch in § 26 StGB oder § 357 StGB enthalten ist. Denn das durch ihn verwirklichte Unrecht ist erheblich: der Vorgesetzte hat innerhalb der hierarchischen Organisationsstruktur eine herausragende Stellung. Aufgrund der ihm zustehenden Kontrollmöglichkeiten unterliegt er hinsichtlich seiner Untergebenen der Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass diese keine Straftaten begehen. Insofern kann *Burghardt* nicht zugestimmt werden, wenn dieser den erhöhten Unrechtsgehalt aufgrund der Vorgesetztenstellung als „absurd“ ablehnt; ebenso wenig, wie die angedrohte Bestrafung „wie ein Täter“ „in bedenkliche Nähe zu einer Doppelverwertung i.S.d. § 46 Abs. 3 StGB“ gerät.<sup>20</sup> Dieses System der Normierung eines besonderen Täterkreises auf der Ebene der Tatbestandsmerkmale und der Androhung einer bestimmten, an einem erhöhten Unrechtsgehalt bemessenen Strafe auf Rechtsfolgenseite ist dem deutschen Strafrecht keineswegs fremd. So denke man beispielsweise an § 357

StGB<sup>21</sup>, der „Teilnahmehandlungen des Vorgesetzten“<sup>22</sup>, wie das bloße Geschehenlassen von Straftaten Untergebener, als eigene Tat des Vorgesetzten und diesen damit als Täter qualifiziert. Die Orientierung an der Strafe für die Tat des Untergebenen ist durch die besonderen Pflichten, die dem Vorgesetzten obliegen, und die weitreichenden Erfolgsabwendungsmöglichkeiten gerechtfertigt. Darüber hinaus gilt es, das hohe Gefahrenpotenzial für die Zivilbevölkerung und den Distanzdeliktscharakter von Völkerrechtverbrechen zu beachten, welche diesen Straftaten regelmäßig eine differenzierte Struktur verleihen, und das Bedürfnis entstehen lassen, auch dem kollektiven Charakter<sup>23</sup> der völkerrechtlichen Kernverbrechen bis in die „Spitze der Befehlskette“<sup>24</sup> durch entsprechende Sanktionierung Rechnung zu tragen.<sup>25</sup>

Die Situation bei § 4 VStGB stellt sich nicht anders dar. Auch hier trägt der Vorgesetzte eine besondere Verantwortung, und dies bereits allein aufgrund seines Status. Als Vorgesetzter im Rahmen bestimmter Organisationsstrukturen bedarf es keiner gesonderten Begründung der gesteigerten Verantwortlichkeit mehr. Die Kontroll- und Abwendungsmöglichkeiten aufgrund der exponierten Stellung, sowie die besonderen Befugnisse, werden ohne weitere Prüfung in dem Moment angenommen, in dem die Stellung als Vorgesetzter feststeht.

Der besondere Regelungsgehalt von § 4 VStGB besteht in einer Strafschärfung gegenüber der Strafbarkeit nach dem StGB: Zum einen werden sämtliche Verhaltensweisen des Vorgesetzten als Täterschaft eingeordnet, und zum anderen entfällt die Milderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB.<sup>26</sup> Hingegen handelt es sich nicht um eine strafbarkeitsbegündende Norm, da eine Strafbarkeit auch nach den allgemeinen Regeln des StGB hergeleitet werden kann.<sup>27</sup> Insbesondere besteht Einigkeit dahingehend, dass ein Vorgesetzter eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten Untergebener

<sup>15</sup> Zu den verschiedenen Ebenen vgl. *Safferling* (Fn. 12), § 5 Rn. 68. Zu den kriminologischen Erkenntnissen hinsichtlich der Funktionalität von Befehl als Legitimation des eigenen Verhaltens, vgl. *Neubacher*, Jura 2007, 848 (852 f.).

<sup>16</sup> *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 666 f.

<sup>17</sup> *Safferling*, JZ 2010, 965 (966), und *Ambos* (Fn. 16), S. 670, ordnen § 4 VStGB bzw. die Vorgesetztenverantwortlichkeit als echtes Unterlassungsdelikt ein. *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 47, und *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (703 f.), hingegen sprechen von einem unechten Unterlassungsdelikt.

<sup>18</sup> *Ambos* (Fn. 16), S. 669.

<sup>19</sup> Ebd. Dahingehend auch *Weigend*, ZStW 116 (2004), 999 (1006), der im Unterlassen der gebotenen Aufsicht einen Grund für die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten sieht.

<sup>20</sup> So *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (703).

<sup>21</sup> Und die Entsprechungen für militärische Vorgesetzte in §§ 30 Abs. 2, 31 Abs. 2, 33, 34, 41 WStG.

<sup>22</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 357 Rn. 2; *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 357 Rn. 12; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 357 Rn. 1; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 357 Rn. 2.

<sup>23</sup> Vgl. *Safferling* (Fn. 12), § 5 Rn. 67 ff.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 45.

<sup>25</sup> An dieser Stelle können auch die Argumente eingebracht werden, die der BGH in seinem Beschluss v. 17.6.2010 im Hinblick auf die Ausgestaltung des subjektiven Tatbestandes erörtert hat (BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43 ff.), und die *Safferling* in JZ 2010, 965 (967 f.), zusammengefasst hat. Es handelt sich hierbei um Aspekte, die die Besonderheiten von Völkerrechtsverbrechen zum Ausdruck bringen und daher auch bei der Strafkonzepktion zugrunde zu legen sind.

<sup>26</sup> *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12.

<sup>27</sup> Je nach Fallkonstellation kommt eine Strafbarkeit als Täter oder Teilnehmer, insbesondere nach § 357 StGB, in Betracht.

hat.<sup>28</sup> § 4 VStGB stellt somit eine strafschärfende Norm mit einer gewissen Beweiserleichterung bezüglich der besonderen Pflichten des Vorgesetzten dar.

#### IV. Strafbarkeiten unterhalb der Schwelle von § 4 VStGB

Entfällt nun § 4 VStGB in einem völkerstrafrechtlichen Verbrechenskontext als Zurechnungsnorm, so dass eine Unterlassungstäterschaft nicht über diese Vorschrift zugeschrieben werden kann, stellt sich die Frage nach einer Herleitung der Strafbarkeit nach allgemeinen Regeln. In Anlehnung an das eingangs formulierte Beispiel gibt es Personen, denen in hierarchischen Strukturen ein erheblicher Einfluss zukommt, die aber nicht die Definitionsmerkmale eines „Vorgesetzten“ erfüllen. Fraglich ist nun, ob auch diese Personen als Täter strafrechtlich verantwortlich sind, oder ob ungeachtet ihres Einflusses lediglich eine Teilnehmerstrafbarkeit nach den allgemeinen Regeln des StGB verbleibt.

##### 1. Beteiligungsformen

Sowohl die Annahme von Mittäterschaft als alternative Täterschaftsform als auch eine Teilnehmerstrafbarkeit sind in der Konstellation, um die es hier geht, ausgeschlossen.

Dies gilt zunächst für die Anstiftung, da eine solche nicht durch Unterlassen begangen werden kann.<sup>29</sup> Einzig eine Anstiftung zum Unterlassen wäre denkbar; in diesen Fällen wäre allerdings die Fallkonstellation (in Abweichung zum oben dargelegten Beispielfall) eine andere.<sup>30</sup> Losgelöst von Unterlassungskonstellationen wird die Annahme einer Anstiftung jedenfalls im Zusammenhang mit der Veranlassung von Tötungsdelikten diskutiert.<sup>31</sup> Die Teilnehmerstrafbarkeit des Hin-

termannes über § 26 StGB würde jedoch in diesen Fällen dazu führen, dass dessen beherrschende Rolle keine entsprechende strafrechtliche Würdigung erfährt: tatsächlich ist es der Hintermann, der die Tatherrschaft innehat.<sup>32</sup> Diese Tatherrschaft wird ihm vermittelt durch die hierarchische Organisationsstruktur, der sowohl der Hintermann als auch der Vordermann als unmittelbarer Täter angehören. Obwohl also der Vordermann vollverantwortlich im strafrechtlichen Sinne handelt, obliegt ihm die Entscheidung über die eigentliche Tatausführung nicht in vollem Umfang, da er an die Befehlskette gebunden ist. Bedingt durch die Einbettung in den organisatorischen Machtapparat sprechen noch zusätzliche Argumente gegen die Annahme einer Anstiftung: „Der Anstifter muss sich einen Täter erst suchen, der Schreibtischtäter braucht nur den Befehl zu geben; der Anstifter muss mit dem potenziellen Täter Kontakt aufnehmen, ihn für seinen Plan gewinnen und ggfs. seinen Widerstand überwinden; dem Befehlenden in der Hierarchie eines Machtapparates bleibt das erspart.“<sup>33</sup> Eben dieses Argument der Tatherrschaft des Hintermannes spricht auch gegen die Annahme einer Beihilfe nach § 27 StGB.

Täterschaftliches Pendant zur Beihilfe ist die Mittäterschaft, welche in den vorliegenden Konstellationen teilweise zugrunde gelegt wird.<sup>34</sup> Übereinstimmend erfolgt hier eine Ablehnung der mittelbaren Täterschaft für die Fälle, in denen der Vordermann selbst strafbar ist. Ungeachtet der dogmatischen Berechtigung der Figur des „Täters hinter dem Täter“ fehlt es aber an den für eine Mittäterschaft erforderlichen Voraussetzungen des gemeinsamen Tatentschlusses und der gemeinsamen Tatausführung. Aufgrund der typischen Befehlshierarchie ist der unmittelbar Handelnde bloßer Befehlsempfänger, ohne einen eigenen Beitrag zum Tatentschluss leisten zu können. Jedenfalls aber hat er diesen Tatentschluss nicht „gemeinsam“ mit dem Hintermann gefasst. Noch stärker fehlt das Merkmal der „Gemeinsamkeit“ bei der späteren Tatausführung. Es ist gerade ein Charakteristikum organisierter Machtapparate, dass von der Organisationsspitze ein Befehl gegeben wird, der auf unteren Hierarchieebenen ausgeführt wird. Eine Arbeitsteilung findet gerade nicht statt. Selbst unter Berücksichtigung der „Bandenchef“-Doktrin<sup>35</sup> kann hier keine gemeinsame Tatausführung konstruiert werden. Der Anordnende hat in der Regel keine Kenntnis von den Umständen der konkreten Tatausführung und dem Ausführenden, und

<sup>28</sup> Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12. Einzig die genaue Begründung der Garantenstellung ist umstritten, vgl. Burghardt, ZIS 2010, 695 (708), und Weigend, ZStW 116 (2004), 999 (1002 ff.).

<sup>29</sup> Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 26 Rn. 5; Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 26 Rn. 7; Ingelfinger, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 26 Rn. 9; grds. auch Haas, in: Matt/Renzikowski (Fn. 22), § 26 Rn. 12, der aber den Fall des „beredten Schweigens“ als Unterlassung ansieht.

<sup>30</sup> Die Person, deren Strafbarkeit untersucht werden soll, würde in diesem Fall nicht eine gebotene Handlung unterlassen, sondern einen Dritten aktiv dahingehend beeinflussen („bestimmen“), eine diesem obliegende Garantenpflicht zu verletzen.

<sup>31</sup> So hätten nach Herzberg, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33 (S. 48), Hitler, Himmler und Honecker die Tötungsdelikte vielmehr als Anstifter veranlasst, denn als Täter begangen. Dahingehend auch Rotsch, ZStW 112 (2000), 518 (561 f.), und ders., NStZ 1998, 491 (492 f.), sowie Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 87 ff.

<sup>32</sup> Ambos, GA 1998, 226 (233).

<sup>33</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 127.

<sup>34</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 8.; Jakobs, NStZ 1995, 26 f.; Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 68, 147.

<sup>35</sup> Der im Hintergrund Planende gleicht die mangelnde Beteiligung an der konkreten Tatausführung dadurch aus, dass er im Vorfeld der Tat durch die Planung und sonstige Vorbereitung seinen Beitrag leistet. Dazu BGHSt 33, 50 (53); 46, 120 (127 f.); Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 192 ff.

oftmals befindet er sich in erheblicher Entfernung zur Tat bzw. zum Tatgeschehen. Der einzige Beitrag des Hintermannes besteht in der Veranlassung der Tat. Hierin eine gemeinsame Tatausführung zu sehen, würde das Begriffsverständnis schlicht überspannen. Zuletzt spricht ein strukturelles Argument für die Ablehnung einer Mittäterschaft: Den Beispielfällen liegt nicht die horizontale, auf Gleichberechtigung abzielende Struktur der Mittäterschaft zugrunde, sondern vielmehr die vertikale Struktur der mittelbaren Täterschaft, welche sich auszeichnet durch einen im Hintergrund agierenden Täter und einen ausführenden Vordermann.<sup>36</sup> Diese Konstellation entspricht eher dem Wortlaut von § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und der Idee der Tatbegehung „durch einen anderen“. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden wird überwunden durch das Unterordnungsverhältnis innerhalb des Machtapparates, welches solche Fälle faktisch der mittelbaren Täterschaft (kraft Organisationsherrschaft) zuordnet. Hierzu führte der BGH aus:

„In diesen Fällen nutzt ein Hintermann staatliche, unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen aus, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Handelt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will er den Erfolg als Ergebnis seines Handelns, hat er die Tatherrschaft und ist mittelbarer Täter. Eine so verstandene mittelbare Täterschaft kommt in Fällen in Betracht, in denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht.“<sup>37</sup>

Auf eine Unterlassensstrafbarkeit des Hintermannes bezogen müssen jedoch nicht nur die regelhaften Abläufe, welche er selbst in Gang setzt, in Betracht gezogen werden, sondern im Hinblick auf seine Verhinderungs- und Kontrollpflichten auch diejenigen Abläufe, welche einen automatischen und regelmäßigen Informationsfluss von den unteren auf die oberen Hierarchieebenen sicherstellen. Dieses in der Regel bestehende Berichtswesen innerhalb einer Organisation stellt an den Täter denkbar geringe Anforderungen, um auch von detaillierten Vorgängen innerhalb eines Organisationsapparates Kenntnis zu erlangen.

## 2. Mittelbare Täterschaft durch Unterlassen

Da es sich bei § 4 VStGB um die Normierung einer Unterlassungsstrafbarkeit handelt, kann auch die mittelbare Täterschaft subsidiär nur in Gestalt des Unterlassens in Betracht kommen. Zusätzlich zur Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft soll also § 13 StGB zur Anwendung gelangen. Dabei ist – in den Worten des BGH<sup>38</sup> – „Grundlage der Haftung des pflichtwidrig untätigen Hintermannes [...], daß das Handeln Dritter ihm [dem Täter, Anm. d. Verf.] wegen seiner Tatherrschaft zugerechnet wird. Diese Zurechnung

ersetzt – im Vergleich zur aktiven mittelbaren Täterschaft – sein Tun“. Ohne vertieft auf die vielfältigen Begründungsansätze zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft eingehen zu wollen,<sup>39</sup> wird hier von der grundsätzlichen Anerkennung dieser Rechtsfigur ausgegangen.<sup>40</sup> So liegt es in den vorliegenden Fällen staatlicher bzw. quasi-staatlicher Machtstrukturen nahe, von einer mittelbaren Täterschaft auszugehen, da der Hintermann hier durch Organisationsstrukturen gegebene Rahmenbedingungen ausnutzt und sich für die Tatbestandsverwirklichung auf regelhafte Abläufe zurückziehen kann – ohne dass es darauf ankommt, ob sein eigener Tatbeitrag in einem aktiven Tun oder schlicht in der Nichtverhinderung, d.h. in einem Unterlassen, besteht. Als Pendant zu § 4 VStGB ist die letzte Konstellation der mittelbaren Unterlassungstäterschaft von Bedeutung, die der BGH in seiner zweiten Entscheidung zum Politbüro begründet hat. Auch bei Völkerrechtsverbrechen kann sich der „Schreibtischtäter“ auf Befehlsebene sicher sein, dass die Tat auf unterster Ebene ausgeführt wird.<sup>41</sup>

Die nachrangige Anwendbarkeit von §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB auf Fälle, in denen eine Vorgesetztenstellung nach § 4 VStGB nicht gegeben ist, lässt sich unter Anwendung der gängigen Auslegungsmethoden herleiten.

### a) Wortlaut

Für eine im Vergleich zu § 4 VStGB nachrangige mittelbare Unterlassungstäterschaft spricht zunächst der Wortlaut des VStGB.

So erklärt § 2 VStGB das allgemeine Strafrecht für anwendbar, soweit das VStGB „nicht in den §§ 1 und 3 bis 5 besondere Bestimmungen trifft“. Damit ist das allgemeine Strafrecht grundsätzlich anwendbar und nur in wenigen, speziellen Fällen aufgrund vorrangiger Regelung des VStGB ausgeschlossen. Dieser Grundsatz gilt auch für das Verhältnis von § 4 VStGB und §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB: Sofern die Vorgesetztenstellung nicht gegeben ist („soweit“), eine Verantwortlichkeit über § 4 VStGB also nicht begründet werden kann, kann auf Strafbarkeitsmodelle des allgemeinen Strafrechts und mithin auch auf §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB zurückgegriffen werden.

Darüber hinaus spricht insbesondere auch der Wortlaut von § 4 VStGB dafür, nach der Ablehnung von § 4 VStGB eine mittelbare Unterlassungstäterschaft annehmen zu können.

§ 4 Abs. 1 S. 2 VStGB schließt die Strafmilderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB „in diesem Fall“, d.h. im Fall der Anwendbarkeit von § 4 VStGB, aus. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in anderen Fällen die Strafmilderungs-

<sup>36</sup> Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 129.

<sup>37</sup> BGH, Beschl. v. 2.11.2007 – 2 StR 384/07 = NStZ 2008, 89.

<sup>38</sup> BGHSt 48, 77 (90).

<sup>39</sup> Für einen Überblick siehe Joecks (Fn. 35), § 25 Rn. 135 ff.; Schünemann (Fn. 36), § 25 Rn. 122 ff.; Schild (Fn. 29), § 25 Rn. 120 ff.; Haas (Fn. 29), § 25 Rn. 25 ff.

<sup>40</sup> Auch andere Begründungsmuster, die auf eine Organisationsstruktur verzichten und allein auf den Auftrag, die Weisung oder den Befehl als Begründung für die mittelbare Täterschaft abstellen, kommen in den hier relevanten Fällen zu einer mittelbaren Täterschaft, vgl. nur Haas (Fn. 29), § 25 Rn. 29 f. m.w.N.

<sup>41</sup> Dazu Safferling (Fn. 12), § 5 Rn. 68.

möglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB nicht ausgeschlossen ist – dies impliziert zugleich, dass es subsidiär eine Unterlassungsstrafbarkeit nach § 13 StGB gibt. Dabei ist nicht etwa ausschließlich an eine Teilnehmerstrafbarkeit zu denken, sondern primär an die Figur der mittelbaren Täterschaft. Bereits § 4 Abs. 1 VStGB verdeutlicht, dass der unterlassende Vorgesetzte „wie ein Täter“ zu bestrafen ist. Begründet also § 4 VStGB eine Verantwortlichkeit als Täter<sup>42</sup>, so ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch eine Täterschaft in Betracht kommen sollte, wenn die jeweilige Person zwar kein Vorgesetzter im Sinne des Gesetzes ist, ihr aber gleichwohl ein erheblicher Einfluss innerhalb der Befehlshierarchie zukommt.

Im Fall von § 4 VStGB begründet die exponierte Stellung als Vorgesetzter die Tatherrschaft für die Straftaten Untergebener. Übertragen auf das StGB gibt es auch dort Konstellationen, in denen der Hintermann aufgrund seiner besonderen Stellung die Tatherrschaft hat und damit Täter ist. Von besonderer Bedeutung ist vorliegend die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, die strukturell der Konstellation der Vorgesetztenverantwortlichkeit ähnelt. Zwar kommt es bei der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf die Zugehörigkeit und das Wirken innerhalb eines Gremiums an; dieses Erfordernis der Entscheidung innerhalb eines Kollektivs überwindet § 4 VStGB durch die Normierung der besonderen Stellung und Verantwortlichkeit des Vorgesetzten. Obgleich also die Formulierung „wie ein Täter“ in § 4 VStGB eher offen gehalten ist<sup>43</sup>, sprechen die besseren Argumente hier für die Annahme einer Täterschaft.<sup>44</sup> Damit ist § 4 VStGB nur bezüglich des Strafrahmens abhängig von der Tat des Vordermannes; im Übrigen ist das Unrecht des Vorgesetzten eigenständig und nicht mit der Tat des Untergebenen verbunden.<sup>45</sup>

#### b) Systematik

Unter systematischen Gesichtspunkten hebt bereits der Wortlaut von § 2 VStGB die subsidiäre Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln hervor („soweit“). Damit wird deutlich, dass § 4 VStGB den Charakter einer *lex specialis* hat. Das Verhältnis der *lex specialis* zur *lex generalis* gilt allgemein zwischen VStGB und StGB, da das VStGB die völkerrechtlichen Besonderheiten kodifiziert, die Regeln des allgemeinen Strafrechts aber nicht ausschließen will.<sup>46</sup> So sind Parallelen zu

ziehen zwischen Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut und § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB einerseits, sowie zwischen Art. 28 IStGH-Statut und § 4 VStGB andererseits. Daneben sind sich die Figuren der mittelbaren Täterschaft und der Vorgesetztenverantwortlichkeit ohnehin sehr ähnlich.<sup>47</sup> Wie in den Fällen der Organisationsherrschaft, geht es auch bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit darum, die an der Spitze eines Machtapparates stehenden Befehlsgeber für die Verbrechen ihrer Untergebenen strafrechtlich verantwortlich zu machen – entweder, weil sie diese aktiv befohlen haben, oder weil sie deren Begehung nicht verhindert haben. Ist der besondere Fall des § 4 VStGB mangels Vorgesetzteneigenschaft nicht gegeben, kann ohne weiteres auf die allgemeinen Regeln, und damit insbesondere auch auf die Einordnung als mittelbare Täterschaft, zurückgegriffen werden. So kommt es auch zur Einordnung von § 4 VStGB als *strafscharfend*, und nicht etwa als *strafbarkeitsbegründend*.<sup>48</sup>

Festzustellen bleibt, dass die „Grundform“ der Vorgesetztenverantwortlichkeit eine andere Form täterschaftlicher Verantwortlichkeit in Gestalt der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen ist, und dass § 4 VStGB diese Verantwortlichkeit für Vorgesetzte bloß in qualifizierter Form regelt.

#### c) Historische Auslegung

Obwohl das Konzept einer Vorgesetztenverantwortlichkeit bereits im 15. Jahrhundert bekannt war, kann jedoch erst in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg ein Konnex zwischen der Vorgesetztenposition und einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit festgestellt werden.<sup>49</sup>

Das Römische Statut hat mit der Kodifizierung des Art. 28 IStGH-Statut die bis dato umfassendste Regelung zur Verantwortlichkeit von militärischen und zivilen Vorgesetzten getroffen. Dennoch begegnet die deutsche Wissenschaft dem Art. 28 IStGH-Statut gerade wegen seiner Unklarheit bezüglich eines Kausalitätserfordernisses und der Außerachtlassung des Schuldgrundsatzes mit deutlicher Kritik.<sup>50</sup> Bereits im Nachgang zu den Verhandlungen zum Römischen Statut erklärte sich (die Bundesrepublik) Deutschland 1998 bereit, baldmöglichst eine dem IStGH-Statut äquivalente Regelung im nationalen Recht zu schaffen.<sup>51</sup> Das bereits erwähnte Primärziel einer möglichst lückenlosen Übernahme der Regelungsgehalte und Wertungen des völkerrechtlichen Strafrechts, welches die deutsche Delegation maßgeblich mitgeprägt hat, kollidierte jedoch mit den verfassungsrechtlichen Maßgaben und dem bereits bestehenden Regelungssystem des StGB. Der Gesetzgeber hat daher mit einigen Abstrichen<sup>52</sup> mit der

<sup>42</sup> Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12.

<sup>43</sup> Eine eindeutige Zuordnung zu Täterschaft oder Teilnahme ist auch im Vergleich zu anderen Formulierungen des StGB – etwa in § 26 StGB oder in § 357 StGB – nicht möglich.

<sup>44</sup> So geht auch Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 15, davon aus, dass § 4 VStGB ein eigenes Unterlassungsunrecht beinhaltet, so dass die für eine Teilnahme erforderliche Akzesessorität gerade nicht vorliegt.

<sup>45</sup> So verdeutlicht auch der BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 35, dass es ungeachtet der konkreten Verhaltensweise des Vorgesetzten nicht auf eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ankomme.

<sup>46</sup> Vgl. Safferling (Fn. 12), § 8 Rn. 16; a.A. soweit ersichtlich nur Hertel, HRRS 2010, 339; dagegen Basak, HRRS 2010, 513.

<sup>47</sup> Radtke, GA 2006, 350 (353).

<sup>48</sup> Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12, 14.

<sup>49</sup> Ambos, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Bd. 1, 3. Aufl. 2002, S. 823, 825.

<sup>50</sup> Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. 2011, § 7 Rn. 59; Werle, *Völkerstrafrecht*, 3. Aufl. 2012, Rn. 576; bzgl. Schuldprinzip a.A. Burghardt, ZIS 2010, 695 (700 f.).

<sup>51</sup> Weigend (Fn. 6), Einl. VStGB Rn. 32.

<sup>52</sup> Eine Strafbarkeit für die bloß fahrlässige Nichthinderung wurde nicht aus Art. 28 IStGH-Statut aufgegriffen.

Regelung der §§ 4 (täterschaftliches Unterlassen), 13 (Verletzung der Aufsichtspflicht) und 14 (Verletzung der Meldepflicht) VStGB ein dreigliedriges System geschaffen, welches der Maxime „respondeat superior“ und der damit verbundenen Ausweitung des Konzepts der Täterschaft Rechnung trägt.<sup>53</sup> Aufgrund dieser eindeutigen Zuschreibung einer täterschaftlichen Begehungsweise zu § 4 VStGB kann bei einem Nichtvorliegen der Vorgesetztenstellung im Sinne des § 4 VStGB eine Zurechnung dennoch nur auf der Ebene einer Täterschaft und nicht als bloßer Teilnehmer erfolgen. Anderenfalls würde nicht nur übersehen, dass die in Art. 28 IStGH-Statut geregelten Teilnahmestrafbarkeiten in die §§ 13, 14 VStGB aufgenommen wurden, sondern es würde ebenfalls dem frühzeitig formulierten Ziel des Regelungs- und Wertungstransfers in die deutsche Rechtsordnung nicht gerecht werden.

*d) Sinn und Zweck*

Auch unter teleologischen Gesichtspunkten ist der Ausschluss einer nachrangigen Strafbarkeit wegen mittelbarer Täterschaft nicht geboten. § 4 VStGB gilt für einen qualifizierten Täterkreis. Ist der Angeklagte kein Vorgesetzter im Sinne dieser Vorschrift und wäre eine Strafbarkeit als Unterlassungstäter nach §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB ausgeschlossen, bliebe nur eine Strafbarkeit als Teilnehmer an den Taten der unmittelbar Handelnden. Im Rahmen von § 27 StGB hätte dies zwingend eine Strafmilderung zur Folge. Es kann kaum das Ziel gewesen sein, eine mildere Bestrafung im Anwendungsbereich des VStGB vorzusehen als diejenige Strafe, die bei originärer Anwendung des StGB zu erwarten gewesen wäre, und folglich hinter dem „Bewertungsrahmen“ des StGB zurück zu bleiben. Bei Bewertung des Sachverhaltes auf Grundlage des StGB wäre eine Strafbarkeit als mittelbarer Unterlassungstäter zugrunde zu legen. Warum im Anwendungsbereich des VStGB in derselben Konstellation lediglich eine Beihilfe nach § 27 StGB vorliegen soll, bloß weil es sich nicht per definitionem um einen Vorgesetzten handelt, ist nicht ersichtlich. Auch aufgrund der Sonderstruktur von Völkerrechtsverbrechen muss neben § 4 VStGB noch eine weitere täterschaftliche Begehungsform möglich sein. Der Wille zur Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, den der Gesetzgeber mit der Schaffung des VStGB zum Ausdruck gebracht hat, ist schließlich nicht auf ein Spezialgesetz beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die allgemeinen Strafbarkeitsregeln. Ebendies gilt für eine mögliche Strafbarkeit nach § 26 StGB: Allein die Einordnung als „Teilnahme“ und nicht als „Täterschaft“ widerspricht dem typischen Gepräge und der hierarchischen Ausgestaltung bei der Begehung von Makroverbrechen. Diese Verbrechen zeichnen sich vertikal „durch ein gestuftes System unterschiedlicher Machtebenen und horizontal durch die Beteiligung vieler aus“.<sup>54</sup> Gerade diesem Umstand und der Schwere der Verbrechen will das VStGB

Rechnung tragen.<sup>55</sup> Ist das Spezialgesetz nicht anwendbar, prägt dieser Gedanke aber ebenso die Bewertung der Strafbarkeit nach allgemeinen Regeln.

Auch strukturell ist die Annahme bzw. die Erwägung einer mittelbaren Unterlassungstäterschaft zwingend, sofern die Vorgesetztenstellung nicht besteht. Funktionales Äquivalent zum qualifizierten Täterbegriff in § 4 VStGB ist der organisatorische Machtapparat über §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB. Nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis ist § 4 VStGB ein Spezialfall von §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB: Sobald eine Person den qualifizierten Täterbegriff erfüllt, kommt es nicht mehr auf den organisatorischen Machtapparat als eigenständige Prüfungsstation an. Bei § 4 VStGB ist die organisatorische Struktur und die sich hieraus ergebende Tatherrschaft irrelevant und nicht mehr darzulegen, da der Täter diese bereits kraft seines Status als Vorgesetzter innehat. Aufgrund der eben bereits erwähnten typischen hierarchischen Strukturen im Zusammenhang mit der Begehung von Völkerrechtsverbrechen lässt sich die Figur der mittelbaren (Unterlassungs-)Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates aber auf diejenigen Konstellationen übertragen, in denen der Hintermann im Rahmen der Hierarchiestrukturen gewisse Einflussmöglichkeiten hat, jedoch nicht als „Vorgesetzter“ nach § 4 VStGB zu erachten ist. Entfällt also die Vorgesetztenstellung, so ergibt sich regelmäßig aus den hierarchischen Strukturen der organisatorische Machtapparat und damit die Tatherrschaft, die zur Begründung der Täterschaft des Hintermannes führt.<sup>56</sup> Allein aufgrund seiner Eingliederung in den Machtapparat kommt dem Unterlassungstäter die erforderliche Tatherrschaft zu. Verallgemeinernd ist zu konstatieren, dass § 4 VStGB der Spezialfall von §§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB ist und damit jeder Fall von Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 4 VStGB zugleich eine mittelbare Unterlassungstäterschaft nach dem StGB darstellt.

Die für § 13 StGB erforderliche Garantenstellung ergibt sich aus der Stellung der Täters innerhalb der Hierarchie: ihm wird vorgeworfen, trotz seiner Einflussmöglichkeiten die Begehung von Verbrechen nicht verhindert zu haben. Der Täter hat damit eine Stellung als Überwachungsgarant inne. Bei einem Vorgesetzten im Sinne von § 4 VStGB ergibt sich diese besondere Pflicht allein schon aufgrund seiner Stellung, seiner Kontrollmöglichkeiten und seiner Befehlsbefugnis (d.h. allein aufgrund des qualifizierten Täterbegriffs<sup>57</sup>), und muss nicht gesondert begründet werden. Für Personen, die innerhalb eines organisatorischen Machtapparates wirken, aber keine Vorgesetztenstellung nach § 4 VStGB haben, muss die

<sup>53</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 19, zur Einordnung *Ambos* (Fn. 50), § 7 Rn. 61.

<sup>54</sup> So *Safferling* (Fn. 12), § 5 Rn. 68.

<sup>55</sup> Zum kollektiven Charakter und der Einordnung der Verbrechen als Distanzdelikte vgl. BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43, 45.

<sup>56</sup> An dieser Stelle sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass es gerade um die Fälle geht, in denen ein Hintermann aus einer gehobenen Stellung heraus operiert. Dieser Hintermann ist also dem Handelnden hierarchisch übergeordnet, so dass er ihn beeinflussen könnte. Eine Stellung als Vorgesetzter hat er jedoch nicht inne. Nur in diesen Konstellationen kommen die ausgeführten Erwägungen zum Tragen.

<sup>57</sup> Dazu *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (708).



Garantenstellung nach § 13 StGB als besondere Form der Zurechnung explizit geprüft und begründet werden. Im Grunde genommen besteht zwischen den beiden Konstellationen aber kein Unterschied in der Herleitung der Garantenstellung: diese folgt aus der Aufsichtspflicht, die dem Vorgesetzten und auch dem Angehörigen eines organisatorischen Machtapparates obliegt. In den Worten *Burghardts*: „Die Eigenart der hierarchischen Organisation bestimmt lediglich die Reichweite derselben“.<sup>58</sup>

Die besondere Organisationsstruktur ermöglicht über §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB eine besonders weitgehende Zurechnung, sofern Einflussmöglichkeiten auf den unmittelbaren Täter bestanden haben. Der Hintermann ist infolgedessen als Unterlassungstäter für Straftaten verantwortlich, die am unteren Ende der Befehlshierarchie begangen werden, und die er nicht verhindert hat. Diese außergewöhnliche Form der Zurechnung ist aber für Fälle der vorliegenden Art nicht zu beanstanden, sondern vielmehr auf die Besonderheiten der Situation zugeschnitten. Eben diese Grundsätze der Politbüro-Rechtsprechung des BGH sind ohne weiteres übertragbar auf den Kontext völkerrechtlicher Verbrechen und den dort agierenden Machtstrukturen. Hierfür spricht zunächst die Vergleichbarkeit der zugrundeliegenden Fallkonstellationen. In den Situationen sind keine Unterschiede erkennbar, die hier eine Sonderbehandlung (d.h. die Nichtanwendung von §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB) rechtfertigen könnten. In beiden Fällen sind die durch den Machtapparat vorgegebenen Rahmenbedingungen vorhanden, die es ermöglichen, dass an der Spitze der Befehlskette ein Täter agiert (oder untätig bleibt) und dabei sicher davon ausgehen kann, dass aufgrund der Struktur der Organisation der Vollzug jeglicher Anordnungen sichergestellt ist, und zwar bis zu einer anderslautenden Anweisung.

## V. Schlussfolgerung

Speziell für den Fall der unterlassenen Verbrechenverhinderung seitens übergeordneter Personen in einem hierarchisch gegliederten System gilt nach den vorstehenden Ausführungen folgendes: Im Anwendungsbereich des VStGB stellt § 4 VStGB eine spezielle Zurechnungsnorm für das Unterlassen des Vorgesetzten dar. Die Nichtverhinderung der Begehung von Verbrechen durch Untergebene wird durch diese Vorschrift als Täterschaft des Vorgesetzten eingestuft. Handelt es sich bei der unterlassenden Person aufgrund etwa nur indirekter Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten der Untergebenen gerade nicht um einen „Vorgesetzten“ im Sinne von § 4 VStGB, so erfolgt eine täterschaftliche Zurechnung subsidiär über die allgemeinen Regeln der §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB. Eine Teilnahme strafbarkeit scheidet in den vorgenannten Konstellationen, in denen eine im Hintergrund agierende Person keine unmittelbare Befehls- oder Führungsgewalt ausübt, jedoch gleichwohl erheblichen Einfluss auf die nachfolgenden Hierarchieebenen hat, vorerst aus. In Anlehnung an die Politbüro-Rechtsprechung des BGH kommt in solchen Fällen zunächst eine mittelbare Unterlassungstäterschaft kraft organisatorischen Machtapparates in Betracht. Hierdurch wird

der besonderen Struktur völkerrechtlicher Makroverbrechen mit mehreren hierarchischen Verantwortungsebenen und jeweils einer Vielzahl von dazugehörigen Personen Rechnung getragen. Der bloße Rückzug auf eine Strafbarkeit als Teilnehmer würde diesen Besonderheiten nicht gerecht werden.

Im eingangs formulierten Beispielsfall ist A als Präsident der Organisation und Vorgesetzter nach § 4 VStGB für die begangenen Völkerrechtsverbrechen strafrechtlich verantwortlich. Im Hinblick auf M gilt, dass mangels Vorgesetztenstellung § 4 VStGB nicht zur Anwendung gelangt, sondern dass eine Zurechnung über die allgemeinen Vorschriften der §§ 25 Abs. 1 Var. 2, 13 StGB erfolgt.

---

<sup>58</sup> *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (708).

# Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Dominik Brodowski**, LL.M. (Univ. Pennsylvania), München\*\*

*Größere institutionelle, strukturelle und programmatische Umbrüche werfen ihre Schatten voraus: Legislativvorschläge zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, zur Reform von Eurojust und von Europol werden derzeit in den Legislativorganen der EU diskutiert; der EuGH wurde beauftragt, die Vereinbarkeit des geplanten EMRK-Beitritts mit dem EU-Primärrecht zu begutachten; Parlament, Kommission und Rat haben eine Diskussion über das Nachfolgeprogramm zum Stockholmer Programm begonnen, also über die kriminalpolitischen Leitlinien für die kommenden fünf Jahre. Größere Aufmerksamkeit verdienen zudem mehrere Entscheidungen des EuGH zur Anwendbarkeit der Grundrechtecharta sowie zum Grundrechtsschutz im System des Europäischen Haftbefehls. Diese und etliche weitere Entwicklungen im Bereich der Europäisierung der Strafrechtspflege von November 2012 bis Oktober 2013 werden hier im Anschluss an ZIS 2012, 558 im Überblick vorgestellt und einer ersten Analyse unterzogen.*

*Institutional, structural and programmatic changes lie ahead to EU Criminal Justice: Proposals on the establishment of the European Public Prosecutor's Office and on a reform of Eurojust and Europol are discussed by the EU legislative bodies; the ECJ has to decide on whether the planned EU accession to the ECHR is in accordance with EU primary law; and Parliament, Commission and Council have started deliberations on the future criminal policy as the current Stockholm Programme ends in 2014. Several decisions by the ECJ on the applicability of the Charter of Fundamental Rights and on the protection of fundamental rights in European Arrest Warrant proceedings require special attention. These and more developments in EC Criminal Justice between November 2012 and October 2013 are presented in this overview, which follows up on ZIS 2012, 558.*

## I. Strafrechtsverfassung

### 1. Beitritt zur EMRK<sup>1</sup>

Die Verhandlungen hinsichtlich des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) konnten erfolgreich abgeschlossen werden.<sup>2</sup> Die EU als solche soll nur insoweit an die EMRK gebunden werden, als ein eigenes, originäres

Handeln der EU vorliegt (Art. 1 Abs. 3 BeitrittsAbk-E). Daher verbleibt die Umsetzung von Rechtsakten der EU in nationales Recht im Ausgangspunkt im Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten (Art. 1 Abs. 4 S. 1 BeitrittsAbk-E), wenn auch diese und die hierauf gestützten Gerichtsverfahren in den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH in den Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta fallen.<sup>3</sup> Indes verpflichtet sich die Europäische Union, in solchen Fällen als Streitgenosse (co-respondent) aufzutreten (Art. 36 Abs. 4 EMRK-E, Art. 3 Abs. 2 BeitrittsAbk-E, Erklärung der EU-E), was die Möglichkeit zur Verurteilung auch der Europäischen Union wegen einer gemeinsam zu verantwortenden Verletzung der EMRK eröffnet (Art. 59 Abs. 4 S. 2 EMRK-E, Art. 3 Abs. 7 EMRK-E).

Die Beteiligung der Europäischen Union im Ministerkomitee soll auf solche Fragen beschränkt bleiben, welche die EMRK betreffen (Art. 54 Abs. 2 EMRK-E); im Übrigen ist die Europäische Union anzuhören (Art. 54 Abs. 3 EMRK-E). Die Überwachung von Entscheidungen des EGMR soll auch dann effektiv sein, wenn diese gegen die EU oder gegen EU-Mitgliedstaaten ergangen sind (Art. 54 Abs. 4 EMRK-E). Hierzu soll die Geschäftsordnung des Ministerkomitees dahingehend ergänzt werden, dass in Fällen, in denen die Europäische Union beteiligt ist, anstelle der üblichen Entscheidungsquoren höhere (bei Entscheidungen zugunsten der Europäischen Union)<sup>4</sup> bzw. niedrigere<sup>5</sup> Schwellen gelten. Art. 3 Abs. 6 Beitrittsabkommen-E sieht vor, dass gegebenenfalls in einer Art Zwischenverfahren eine Entscheidung des EuGH hinsichtlich der Grundrechtskonformität eines EU-Rechtsakts eingeholt wird; das hatten in den Verhandlungen manche EU-Nichtmitgliedstaaten als Fremdkörper und ungerechtfertigte Privilegierung der EU gegenüber anderen Vertragsparteien der EMRK betrachtet.<sup>6</sup>

Die Kommission legte dem EuGH den Vertragsentwurf zur Begutachtung der Frage vor, ob dieser mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist (Gutachten 2/13). Auf Grundlage des Ergebnisses dieses Gutachtens wird die Kommission einen Legislativentwurf hinsichtlich der Zeichnung des Vertragsentwurfs – und ggf. hinsichtlich notwendiger Anpassungen des EU-Sekundärrechts – vorlegen.

<sup>3</sup> Siehe unten I. 2.

<sup>4</sup>  $\frac{4}{5}$  der abgegebenen Stimmen und  $\frac{2}{3}$  der Mitglieder bei Entscheidungen nach Art. 17 GO hinsichtlich der erfolgreichen Durchführung von Urteilen. Je nach Anzahl der abgegebenen Stimmen sind daher – bei 48 Mitgliedern und 28 EU-Mitgliedstaaten – zwischen drei und zehn Stimmen von EU-Nichtmitgliedstaaten erforderlich.

<sup>5</sup> Bei Entscheidungen nach Art. 10 (Einholung eines Gutachtens zur Interpretation eines Urteils) und nach Art. 11 (Konventionsverletzungsverfahren):  $\frac{1}{4}$  der Mitglieder, also derzeit ca. 63 % der EU-Nichtmitgliedstaaten; bei Verfahrensfragen  $\frac{1}{5}$  der Mitglieder, also derzeit ca. 50 % der EU-Nichtmitgliedstaaten.

<sup>6</sup> Zusammenfassende Stellungnahme der Kritikpunkte in 47+1 (2013) R04, Appendix III.

\* Fortsetzung von ZIS 2010, 376; ZIS 2010, 749; ZIS 2011, 940 und ZIS 2012, 558. Alle in diesem Bericht aufgeführten EU-Rechtsakte und EU-Rechtsetzungsvorgänge sind in der Datenbank <http://db.eurocrim.org/> verfügbar.

\*\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München, Prof. Dr. Joachim Vogel<sup>†</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt Brodowski, ZIS 2012, 558 (558 f.) m.w.N.; siehe ferner Grewe, Europarecht 2012, 285; Gstrein, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2012, 445.

<sup>2</sup> Abschlussbericht nebst Entwürfen und erläuterndem Bericht 47+1 (2013) 008rev2.

2. Anwendbarkeit der Charta der Grundrechte; *ne bis in idem*<sup>7</sup>

Mit Urteil vom 26.2.2013 sprach sich die Große Kammer des EuGH in Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson)<sup>8</sup> für eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta aus: Da es sich bei dem Recht der Umsatzsteuer um ein unionsrechtlich harmonisiertes Rechtsgebiet handle, seien „steuerliche Sanktionen und ein Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung wegen unrichtiger Angaben zur Mehrwertsteuer [...] als Durchführung des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta anzusehen“.<sup>9</sup> Allerdings stünde Art. 50 GRC einer Kombination steuerlicher und strafrechtlicher Sanktionen nicht entgegen, solange nur eine Sanktion „strafrechtlichen Charakter“ habe.<sup>10</sup> Dies sei allerdings eine Frage, deren Klärung den nationalen Gerichten vorbehalten sei.

Mit Urteil vom 26.9.2013 in Rs. C-418/11 (Texdata) bekräftigte der EuGH – trotz der zwischenzeitlichen Kritik unter anderem aus Karlsruhe<sup>11</sup> – diese Rechtsprechung, derzufolge „die durch die Charta garantierten Grundrechte [...] zu beachten sind, wenn eine nationale Regelung in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. Mit anderen Worten umfasst die Anwendbarkeit des Unionsrechts die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte“.<sup>12</sup> Da in jenem Fall die Elfte Richtlinie<sup>13</sup> in Art. 12 die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, „geeignete Maßregeln“ bei bestimmten Verstößen gegen diese Richtlinie vorzulegen und Texdata ein ebensolcher Verstoß vorgeworfen wurde, sei daher auch das konkrete (hier: österreichische) Verfahren hin zur Verhängung einer „Zwangsstrafe“ an der Charta der Grundrechte zu messen.

3. Europäische Kriminalpolitik post-Stockholm<sup>14</sup>

Das 2014 bevorstehende Ende des zentralen kriminalpolitischen Fünfjahresprogramms der EU – das „Stockholmer Programm“<sup>15</sup> – wirft seinen Schatten voraus: Der Europäische

Rat kündigte im vergangenen Sommer an, dass er sich im Juni 2014 mit strategischen Leitlinien im Sinne des Art. 68 AEUV<sup>16</sup> über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts befassen will.<sup>17</sup> Diesbezüglich fordert er den Rat der Europäischen Union und die Kommission – nicht aber das Europäische Parlament – auf, sich an den Vorbereitungen hin zu einem Nachfolgeprogramm zum „Stockholmer Programm“ zu beteiligen. Ob auch angesichts der 2014 bevorstehenden Wahlen zum Europäischen Parlament und der Neuwahl u.a. des Präsidenten des Europäischen Rates ein neues Mehrjahresprogramm bereits zu diesem Termin verabschiedet werden kann, erscheint zwar fraglich; lohnenswert ist allerdings ein Blick auf den Diskussionsprozess im Rat, in der Kommission und auch im Parlament, der zum Teil auch aus Anlass einer Zwischenevaluation des „Stockholmer Programms“ geführt wird.

a) Zwischenevaluation des Stockholmer Programms

Im November 2012 legte die Ratspräsidentschaft eine Zwischenevaluation<sup>18</sup> des Stockholmer Programms vor. Sie kritisierte darin das damals schleppende Vorankommen der Beitrittsverhandlungen zur EMRK, lobte die Fortschritte im Bereich der Harmonisierung des materiellen Strafrechts und verwies auf die Instrumente zur Umsetzung des Fahrplans zur Stärkung der Beschuldigtenrechte<sup>19</sup>, der indes zumindest um eine Maßnahme hinsichtlich der Unschuldsvermutung einer Ergänzung bedürfe. Begleitet wurde diese Zwischenevaluation durch eine Auflistung der vom Rat seit 2010 angenommenen Instrumente im Bereich des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.<sup>20</sup>

Dies hat das Europäische Parlament zum Anlass genommen, einen Initiativbericht 2013/2024(INI) zur Zwischenevaluation des Stockholmer Programms zu entwerfen. Die Berichterstatter *Luigi Berlinguer*, *Juan Fernando López Aguilar* und *Carlo Casini* kritisieren in ihrem Berichtsentwurf<sup>21</sup> mit deutlichen Worten eine noch immer unzureichende und zu späte Beteiligung des Europäischen Parlaments, erachten intergouvernemental vereinbarte Mehrjahresprogramme wie das Stockholmer Programm für eine nicht mehr zeitgemäße Herangehensweise und wollen statt dessen die Position der Kommission stärken. Sie bedauern, dass bislang noch keine Legislativmaßnahmen betreffend Prozesskostenhilfe/notwendige Verteidigung und betreffend gefährdete Personen ergriffen wurden. Änderungsanträge<sup>22</sup> zielen indes darauf ab, diese Kritik abzuschwächen oder auch gänzlich zu streichen; des Weiteren legen Änderungsanträge Schwerpunkte auf eine verbesserte Verfolgung von rassistischen und fremdenfeindli-

<sup>7</sup> Vgl. zuletzt *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (567); zum europäisch-transnationalen *ne bis in idem* siehe ferner zuletzt *Brodowski*, StV 2013, 339; *Radtke*, NSStZ 2012, 479; *Rosbaud*, StV 2013, 291.

<sup>8</sup> Anm. und Bespr. *Bülte/Krell*, StV 2013, 713; *Dannecker*, JZ 2013, 616; *Eckstein*, ZIS 2013, 220; *Gooren*, NVwZ 2013, 564; *Gstrein/Zeitzmann*, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2013, 239; *Kingreen*, JZ 2013, 801; *Rabe*, NJW 2013, 1407; *Streinz*, JuS 2013, 568; *Thym*, NVwZ 2013, 889; *Vogel*, StV-Editorial 5/2013; v. *Danwitz*, EuGRZ 2013, 253; *Wegner*, HRRS 2013, 126.

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10, Rn. 27.

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10, Rn. 34.

<sup>11</sup> BVerfG NJW 2013, 1499 (1500 f.) m. Anm. u. Bespr. *Arzt*, NVwZ 2013, 1328; *Gärditz*, JZ 2013, 633.

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 26.9.2013 – C-418/11, Rn. 73.

<sup>13</sup> Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates v. 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (ABl. EG 1989 Nr. L 395, S. 36).

<sup>14</sup> Vgl. zuletzt *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (558) m.w.N.

<sup>15</sup> ABl. EU 2010 Nr. C 115, S. 1

<sup>16</sup> Zum Handlungszyklus und zu strategischen Leitlinien i.S.d. Art. 68 AEUV siehe *Brodowski*, Jura 2013, 492 (498).

<sup>17</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates, angenommen auf dessen Sitzung am 27./28.6.2013, EUCO 104/2/13.

<sup>18</sup> Ratsdok. 15921/12.

<sup>19</sup> ABl. EU 2009 Nr. C, S. 1; vgl. hierzu *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (382).

<sup>20</sup> Ratsdok. 15921/12 ADD 1.

<sup>21</sup> PE514.784v01-00.

<sup>22</sup> PE516.857v01-00.

chen Straftaten, auf einen verbesserten europäischen wie internationalen Datenschutz und auf eine weitere Stärkung der Verfahrensrechte in Strafverfahren.

### *b) EU-Strategie der inneren Sicherheit; Prioritäten bei der Bekämpfung organisierter Kriminalität*

In ihrem zweiten Bericht über die Durchführung der EU-Strategie der inneren Sicherheit<sup>23</sup> wiederholte die Kommission unter anderem ihre Intention, im weiteren Verlauf des Jahres einen Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Verfolgung von Geldwäsche vorzulegen.<sup>24</sup> Auch im Hinblick darauf, dass die EU-Strategie der inneren Sicherheit zunächst auf den Zeitraum bis 2014 fokussiert war, sind die Schlussfolgerungen des Rates „Prioritäten der EU bei der Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität 2014-2017“<sup>25</sup> von Bedeutung, die der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3244. Sitzung am 6./7.6.2013 verabschiedete. Diese Schlussfolgerungen rücken vor allem die Umsetzung des europäischen Rechtsrahmens in den Mitgliedstaaten, eine ausreichende Finanzierung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität sowie die Nutzung „alternativer und komplementärer Ansätze“ zur Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität ins Blickfeld – also etwa durch administrative Maßnahmen wie Registrierungsspflichten die Betätigungsfelder organisierter Kriminalität auszutrocknen und die Möglichkeiten zur Vermögensabschöpfung auszuweiten.<sup>26</sup> Schwerpunkte seien des Weiteren zu setzen bei der Bekämpfung der (jeweils organisierten) Schleuserkriminalität und des Menschenhandels, der Betäubungsmittel- und der Cyberkriminalität.

### *c) Diskussionspapiere im Rat der Europäischen Union*

Die litauische Ratspräsidentschaft legte im Juli 2013 je ein Diskussionspapier zur zukünftigen Entwicklung in den Bereichen Inneres und Justiz vor,<sup>27</sup> in denen sie Schwerpunkte auf die Konsolidierung und tatsächliche Umsetzung des sekundärrechtlichen *acquis* setzt. Zudem betont sie die Bedeutung kosteneffizienter Maßnahmen in Zeiten ökonomischer Krisen; hierzu bringt die litauische Ratspräsidentschaft den Gedanken ins Spiel, die Politikzyklen und die Finanzplanungszyklen zeitlich aufeinander abzustimmen. Als Handlungsfelder mit Nachbesserungsbedarf sieht sie schließlich die Außenbeziehungen in den Bereichen Justiz und Inneres; zudem regt sie an, die Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologie in der Justiz („e-Justice“) zu stärken.

### *d) Konsultation der Kommission*

Die Kommission lädt die Öffentlichkeit ein, sich über ein Forum „Assises de la Justice“ am 21./22.11.2013 in Brüssel

an der Ausarbeitung von kriminalpolitischen Schwerpunkten für die kommenden Jahre zu beteiligen; schriftliche Diskussionsbeiträge können bis Ende des Jahres eingereicht werden.<sup>28</sup> Die Kommission veröffentlichte als Impuls zur Diskussion unter anderem ein Papier zum Strafrecht, das sie zwar nicht als offizielle Position der Kommission verstanden wissen will, aber gleichwohl aufschlussreiche Anhaltspunkte für in der Kommission vertretene Strömungen enthält.<sup>29</sup> Basierend auf den bisherigen Erfolgen<sup>30</sup> benennt sie als Zielsetzung, eine kohärente Kriminalpolitik zu entwickeln, die auf gegenseitigem Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten, Anerkennung von Opferrechten und Gewährleistung der Rechte Beschuldigter aufbauen müsse. Als ersten Schwerpunkt benennt die Kommission die Stärkung der Grundrechte – für Beschuldigte wie für Opfer – als Grundlage für gegenseitiges Vertrauen. Dabei verweist sie auf eine unzureichende Entschädigung der Opfer und wirft die Frage auf, ob ein „Opferschutzfonds“ gespeist aus der Einziehung von kriminellen Vermögenswerten eine taugliche Antwort hierauf sein könne. Einen zweiten möglichen Handlungsschwerpunkt sieht die Kommission in der Effektivierung des geltenden EU-Rechtsrahmens: Sie verweist hier explizit auf die ihr ab dem 1.12.2014 eingeräumte Möglichkeit, Vertragsverletzungsverfahren wegen unzureichender Umsetzung einzuleiten, daneben auf eine verbesserte Ausbildung der Justizpraktiker und schließlich auf eine mögliche Konsolidierung des inzwischen fragmentarischen Rechts der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Der dritte Handlungsschwerpunkt – eine mögliche Erweiterung der in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten „Europa-Delikte“ betreffend – und der eng verknüpfte vierte Handlungsschwerpunkt – auf Art. 83 Abs. 2 AEUV rekurrierend – thematisieren mögliche

---

<sup>28</sup> <http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/> (31.10.2013).

<sup>29</sup> [http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/criminal\\_law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/criminal_law_en.pdf) (31.10.2013).

<sup>30</sup> Als bisherige Erfolge benennt die Kommission erstens ein gemeinsames Verständnis dessen, was strafbares Verhalten darstelle, und verweist diesbezüglich auf die Harmonisierungsinstrumente des materiellen Strafrechts. Dass diese nur einen Teilbereich der Kriminalität abdecken und systematischen sowie prinzipiellen Bedenken ausgesetzt sind, lässt sie dabei außen vor. Zweitens enthalte, so dieses Diskussionspapier, der *acquis* einen kohärenten Bestand an strafprozessualen Regeln an Mindeststandards, die einen hohen Standard von „fair trial“-Garantien für die Bürger garantierten (im englischen Original: „coherent set of criminal procedural rules providing common minimum standards to ensure a high standard of fair trial rights for citizens“). Indes sind in diesem Bereich bislang nur drei Maßnahmen beschlossen worden; auch erscheint es gewagt, einen Mindeststandard mit einem hohen Standard gleichzusetzen. Drittens verweist die Kommission auf das Opferschutzpaket und die Maßnahmen zur Verbesserung der Verfolgung von Straftaten, einschließlich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen – insbesondere den Europäischen Haftbefehl – und einschließlich europäischer Koordinationsstellen wie Eurojust und das Europäische Justizielle Netz (EJN).

---

<sup>23</sup> KOM (2013) 179 endg. v. 10.4.2013.

<sup>24</sup> Siehe hierzu unten III. 6.

<sup>25</sup> Ratsdok. 12095/13; zuvor Ratsdok. 9849/13.

<sup>26</sup> Zu diesen komplementären Maßnahmen siehe etwa das nur teilweise öffentlich zugängliche Ratsdok. 10899/11.

<sup>27</sup> Ratsdok. 13340/13 (Inneres); Ratsdok. 13341/13 (Justiz); nunmehr zusammengefasst in Ratsdok. 14898/13.

Gebiete für eine weitergehende Harmonisierung des materiellen Strafrechts, die zumindest teilweise auch eine Expansion des Strafrechts darstellen könnte. Explizit genannt werden hier Marktmissbrauch – diesbezüglich ist ein Legislativvorschlag bereits in der Diskussion<sup>31</sup> –, Lebensmittelstrafrecht sowie der Schutz des sog. geistigen Eigentums; zu ergänzen ist ferner das Waffenrecht.<sup>32</sup>

e) *Fazit*

In diesem frühen Stadium lassen sich bereits gewisse Strömungen erkennen, welche die Ausrichtung des Nachfolgeprogramms zum Stockholmer Programm prägen könnten:

- erstens eine Reflexion auf den bislang erreichten *acquis*, der teilweise nur unzureichend in das Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt ist, der teilweise an einer Fragmentierung leidet und der auch deswegen in der Rechtspraxis gelegentlich für unbrauchbar gehalten wird;
- zweitens eine Fokussierung auf alternative und komplementäre Methoden der Kriminaljustiz, mit einer weiteren Expansion der Sicherstellung und Einziehung von Vermögen – auch im Rahmen nicht-strafrechtlicher Verfahren („civil forfeiture“) –;
- drittens allerdings auch ein Wiedererstarken des materiellen Strafrechts, das im „Stockholmer Programm“ nur ein Schattendasein führte,<sup>33</sup> in letzter Zeit aber erneut größere kriminalpolitische Bedeutung in der EU erlangte;<sup>34</sup>
- viertens eine Ergänzung der Verfahrensrechte Beschuldigter und Opfer von Straftaten im Dreiecksverhältnis Staat – Beschuldigter – Opfer; damit verknüpft ist die von mehreren Seiten geforderte Reform der Ablehnungsgründe des Europäischen Haftbefehls, etwa im Hinblick auf dessen Verhältnismäßigkeit; sowie
- fünftens eine Europäisierung der Außenbeziehungen im Auslieferungs- und vor allem im Rechtshilfebereich.

4. *Europäisches Modell für den Informationsaustausch*

In Erfüllung einer Vorgabe der Strategie der inneren Sicherheit für die Europäische Union<sup>35</sup> legte die Kommission im Dezember 2012 eine Mitteilung „Stärkung der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden in der EU: Das Europäische Modell für den Informationsaustausch“ vor.<sup>36</sup> Sie erachtet dabei den bestehenden Informationsfluss für „gut funktionier[en]d“ und hält „weder neue Strafverfolgungsdatenbanken noch neue Instrumente für den Informationsaustausch“ für erforderlich und belegt dies anhand einer Darstellung der Funktionalität der existierenden Instrumente. Indes seien insbesondere der sog. Prüm-Beschluss<sup>37</sup> und die sog. schwedische

Initiative<sup>38</sup> noch nicht in allen Mitgliedstaaten umgesetzt worden; insoweit sei eine Nachsteuerung erforderlich.

Indes ist hierin kein Abrücken der Kommission von der Vorratsdatenspeicherung von Fluggastdatensätzen (PNR)<sup>39</sup> und von einem europäischen System zum Aufspüren der Terrorismusfinanzierung (EU-TFTP)<sup>40</sup> zu sehen, da diese nicht den europäischen Informationsaustausch sondern eine europäisierte Informationsgewinnung betreffen und daher außerhalb der eng gefassten Mitteilung der Kommission liegen.

5. *Datenschutz*<sup>41</sup>

Hinsichtlich des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr,<sup>42</sup> der die Datenschutz-Grundverordnung<sup>43</sup> ergänzen soll, ist eine Skepsis der Mitgliedstaaten dahingehend zu verzeichnen, den bisherigen und allein durch die Regierungsvertreter ausgehandelten Rechtsrahmen<sup>44</sup> zu verändern.<sup>45</sup> Daher verwundert es nicht, dass das Legislativverfahren im Rat hinsichtlich der Datenschutz-Grundverordnung vorangetrieben wird, nicht indes eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem strafprozessual und polizeirechtlich bedeutsameren Richtlinienentwurf geplant ist.

6. *Opt-out des Vereinigten Königreichs*<sup>46</sup>

Mit Schreiben vom 24.7.2013 erklärte das Vereinigte Königreich seinen „opt-out“ gemäß Art. 10 Abs. 4 Protokoll Nr. 36

---

zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität (ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 1); siehe hierzu noch unten V. 4.

<sup>38</sup> Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates v. 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. EU 2006 Nr. L 386, S. 89 i.d.F. CONSLEG 2006F0960 v. 30.12.2006).

<sup>39</sup> Siehe hierzu noch unten IV. 3.

<sup>40</sup> KOM (2011) 429 endg. v. 13.7.2011; Ratsdok.18287/11; siehe hierzu Brodowski, ZIS 2011, 940 (950); ders., ZIS 2012, 558 (568).

<sup>41</sup> Vgl. zuletzt Brodowski, ZIS 2012, 558 (559) m.w.N.

<sup>42</sup> KOM (2012) 10 endg. v. 25.1.2012.

<sup>43</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM (2012) 11 endg. v. 25.1.2012.

<sup>44</sup> Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates v. 27.11.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 60).

<sup>45</sup> Ratsdok. 16525/12.

<sup>46</sup> Vgl. zuletzt Brodowski, ZIS 2012, 558 (559 f.); siehe ferner Zeder, Europarecht 2013, 454

---

<sup>31</sup> Siehe unten III. 3.

<sup>32</sup> Siehe unten III. 8.

<sup>33</sup> Vgl. Brodowski, ZIS 2010, 376 (378).

<sup>34</sup> Siehe hierzu unten III.

<sup>35</sup> Ratsdok. 5842/10.

<sup>36</sup> KOM (2012) 735 endg. v. 7.12.2012.

<sup>37</sup> Beschluss 2008/615/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere

über die Übergangsbestimmungen<sup>47</sup> und wird folglich mit Wirkung zum 1.12.2014 aus dem *acquis* im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen aussteigen. Allerdings will das Vereinigte Königreich um die fortdauernde Beteiligung an etlichen zentralen Regelwerken ersuchen (Art. 10 Abs. 5 S. 1 Protokoll Nr. 36). Hinsichtlich dem Schengen-*acquis* unterfallenden Legislativmaßnahmen ist hierzu ein einstimmiger Beschluss des Rates erforderlich;<sup>48</sup> hinsichtlich sonstiger Legislativmaßnahmen nach einem „Prinzip() der offenen Tür“<sup>49</sup> allerdings nur eine Bestätigung der Kommission, ggf. unter Erlass von Übergangsvorschriften.<sup>50</sup> Neben der „no. 1 priority“ – dem Europäischen Haftbefehl<sup>51</sup> – will sich das Vereinigte Königreich auch zukünftig an den weiteren Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen<sup>52</sup>, an den Maßnah-

men zur Erleichterung des Informationsaustauschs<sup>53</sup> – allerdings ohne „Prüm“<sup>54</sup> –, an Eurojust in seiner derzeitigen Gestalt<sup>55</sup>, an Europol<sup>56</sup>, an Gemeinsamen Ermittlungsgruppen<sup>57</sup> sowie am SDÜ beteiligen. Unter Berücksichtigung derjenigen Maßnahmen, zu denen das Vereinigte Königreich unter neuem Primärrecht bereits sein „opt-in“ erklärt hat – vorrangig zu erwähnen ist hier die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen<sup>58</sup> – betrafe ein „opt-out“ solcher Ausprägung daher vorrangig vier Aspekte:

- erstens Maßnahmen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts – diese sind jedoch zumindest größtenteils bereits im Recht des Vereinigten Königreichs umgesetzt, wären in Zukunft allerdings nicht mehr „versteinert“ –;

---

im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen (ABl. EU 2008 Nr. L 337, S. 102 i.d.F. CONSLEG 2008F0947 v. 28.3.2009).

<sup>53</sup> Namentlich:

- SIS II;
- Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates v. 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. EU 2006 Nr. L 386, S. 89 i.d.F. CONSLEG 2006F0960 v. 30.12.2006);
- Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates v. 27.11.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (ABl. EU 2008 Nr. L 350, S. 60);
- Rahmenbeschluss 2009/315/JI des Rates v. 26.2.2009 über die Durchführung und den Inhalt des Austauschs von Informationen aus dem Strafregister zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. EU 2009 Nr. L 93, S. 23) nebst Beschl. 2009/316/JI des Rates v. 6.4.2009 zur Einrichtung des Europäischen Strafregisterinformationssystems (ECRIS) gem. Artikel 11 des Rahmenbeschlusses 2009/315/JI (ABl. EU Nr. L 93, S. 33) sowie den hiermit thematisch zusammenhängenden
- Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates v. 24.7.2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren (ABl. EU Nr. L 220, S. 32).

<sup>54</sup> Beschluss 2008/615/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität (ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 1); siehe hierzu noch unten V. 4.

<sup>55</sup> Beschluss des Rates v. 28.2.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (ABl. EG 2002 Nr. L 63, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2002D0187 v. 4.6.2009).

<sup>56</sup> Beschluss des Rates v. 6.4.2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol), ABl. EU 2009 Nr. L 121, S. 37.

<sup>57</sup> Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen („Joint Investigation Teams“; ABl. EG 2002 Nr. L 162, S. 1).

<sup>58</sup> Siehe hierzu unten V. 2.

---

<sup>47</sup> ABl. EU 2012 Nr. C 326, S. 322.

<sup>48</sup> Art. 10 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 Protokoll Nr. 36 i.V.m. Art. 4 Protokoll Nr. 19 über den in den Rahmen der Europäischen Union einbezogenen Schengen-Besitzstand, ABl. EU 2012 Nr. C 326, S. 290.

<sup>49</sup> *Blanke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 46. Lfg., Stand: Oktober 2011, Art. 331 AEUV Rn. 2.

<sup>50</sup> Art. 10 Abs. 5 S. 2 Alt. 2 Protokoll Nr. 36 i.V.m. Art. 4 Protokoll Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EU 2012 Nr. C 326, S. 295 i.V.m. Art. 331 Abs. 1 AEUV.

<sup>51</sup> Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2002F0584 v. 28.3.2009).

<sup>52</sup> Namentlich:

- Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates v. 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union (ABl. EU 2003 Nr. L 196, S. 45);
- Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates v. 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16 i.d.F. CONSLEG 2005F0214 v. 28.3.2009);
- Rahmenbeschluss 2006/783/JI des Rates v. 6.10.2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen (ABl. EU 2006 Nr. L 328, S. 59 i.d.F. CONSLEG 2006F0783 v. 28.3.2009);
- Rahmenbeschluss 2008/909/JI des Rates v. 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union (ABl. EU 2008 Nr. L 327, S. 27 i.d.F. CONSLEG 2008F0909 v. 28.3.2009); sowie
- Rahmenbeschluss 2008/947/JI des Rates v. 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und Bewährungsentscheidungen



- zweitens Maßnahmen, die – wie der Austausch von Verbindungsrichtern und -staatsanwälten – nach Auffassung des Vereinigten Königreichs ohnehin keine Umsetzung in nationales Recht erfordern;
- drittens „soft-law“-Maßnahmen – etwa zur Evaluierung von Kriminaljustizsystemen –, deren unmittelbare rechtliche Wirkung begrenzt ist; sowie
- viertens den Informationsaustausch basierend auf dem „Prüm“-Beschluss – an dessen praktischer Umsetzung sich das Vereinigte Königreich allerdings bislang ohnehin nicht beteiligt hatte.<sup>59</sup>

Gelingt es, die vom Vereinigten Königreich gewünschte Beteiligung an den genannten Maßnahmen bis zum 1.12.2014 zu vereinbaren,<sup>60</sup> wäre der „opt-out“ in seinen faktischen und unmittelbaren strafrechtlichen Auswirkungen nicht mehr als ein Feigenblatt.

## II. Institutionen

### 1. Europäischer Gerichtshof

Der Europäische Gerichtshof veröffentlichte angesichts seiner neuen Verfahrensordnung<sup>61</sup> überarbeitete Empfehlungen an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen.<sup>62</sup>

### 2. Europäische Staatsanwaltschaft (EPPO)<sup>63</sup>

#### a) Gesetzgebungspaket

Am 17.7.2013 legte die Kommission ein Gesetzgebungspaket gerichtet auf die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vor, bestehend aus einer den Rahmen absteckenden

<sup>59</sup> Vgl. Ratsdok. 5074/6/13.

<sup>60</sup> Andernfalls ist erstens festzuhalten, dass in britisches Recht umgesetzte Maßnahmen keineswegs mit diesem Datum ihre Wirkung verlieren. Zweitens differenziert der UK Extradition Act 2003 betreffend eingehender Auslieferungsersuchen allein hinsichtlich Ländergruppen (alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind „category 1 territories“); auch das IRG spricht in den Vorschriften betreffend die Auslieferung zumeist von den Mitgliedstaaten der EU und nur selten vom „Europäischen Haftbefehl“ (siehe aber §§ 82, 83a IRG). Daher wäre der bilaterale Auslieferungsverkehr Deutschlands mit dem Vereinigten Königreich nur marginal von einem (vorübergehenden) „opt-out“ aus dem System des Europäischen Haftbefehls betroffen. Anders stellt sich die Situation aber mit anderen Mitgliedstaaten dar, die in ihren Auslieferungsgesetzen explizit auf den Europäischen Haftbefehl rekurren, sowie im Bereich der sonstigen Rechtshilfe (siehe etwa §§ 87 ff. IRG).

<sup>61</sup> ABl. EU 2012 Nr. C 337, S. 1.

<sup>62</sup> ABl. EU 2012 Nr. C 338, S. 1; siehe hierzu *Streinz/Latzel*, NJOZ 2013, 271.

<sup>63</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (560 f.); siehe ferner *Beukelmann*, NJW-Spezial 2013, 568; *Hamran/Szabova*, New Journal of European Criminal Law 4 (2013) 40; *Ligeti/Simionato*, New Journal of European Criminal Law 4 (2013), 7; *Satzger*, NStZ 2013, 206; *Schneiderhan*, DRiZ 2013, 100;

Mitteilung,<sup>64</sup> dem eigentlichen Legislativvorschlag über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft,<sup>65</sup> einem über bloße Folgeänderungen hinausgehenden Vorschlag für eine Verordnung betreffend Eurojust<sup>66</sup> sowie einer Mitteilung zu den OLAF betreffenden Folgeänderungen.<sup>67</sup>

In ihrer das Gesamtpaket beschreibenden Mitteilung „Besserer Schutz der finanziellen Interessen der Union: Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und Reform von Eurojust“<sup>68</sup> legt die Kommission dar, dass das Maßnahmenpaket einerseits die effektive Betrugsbekämpfung, andererseits aber auch den Schutz der von Ermittlungen Betroffenen bezwecke. Daneben beschreibt sie die wesentlichen Elemente des von ihr vorgeschlagenen Konzepts einer Europäischen Staatsanwaltschaft, insbesondere

- eine ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft und somit eine Zuständigkeitskonzentration,
- eine dezentrale und integrierte Struktur, bei der durch „Abgeordnete Europäische Staatsanwälte“ („European Delegated Prosecutors“) eine enge Verknüpfung mit den mitgliedstaatlichen Kriminaljustizsystemen erreicht werden soll, sowie
- einen Gleichlauf der Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft mit nationalen Ermittlungsbefugnissen einschließlich eines freien Transfers von erhobenen Beweisen.

#### b) Kommissionsvorschlag zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft

Das Kernstück des Pakets, der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft,<sup>69</sup> sieht vor, dass die Europäische Staatsanwaltschaft als eigenständige, mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Einrichtung der EU neben Eurojust errichtet wird, aber mit Eurojust zusammenarbeitet und von Eurojust „verwaltungstechnisch unterstützt wird“ (Art. 3 VO-E EPPO).

Die Europäische Staatsanwaltschaft soll ausschließlich zuständig (Art. 11 Abs. 4 VO-E EPPO) sein für die „strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer“ eine Straftat zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben (Art. 4 Abs. 2 VO-E EPPO), und soll auch vor den Gerichten der Mitgliedstaaten insoweit „die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr(nehmen)“ (Art. 4 Abs. 3 VO-E EPPO). Die Anknüpfungsstraftaten sollen dem nationalen Strafrecht und dort der Umsetzung der (geplanten)

*White*, New Journal of European Criminal Law 4 (2013), 22, sowie den Konferenzbericht über eine von der litauischen Ratspräsidentschaft im September 2013 veranstalteten Konferenz über die Europäische Staatsanwaltschaft, abgedruckt in Ratsdok. 13863/13.

<sup>64</sup> KOM (2013) 532 endg. v. 17.7.2013.

<sup>65</sup> KOM (2013) 534 endg. v. 17.7.2013.

<sup>66</sup> KOM (2013) 535 endg. v. 17.7.2013; dazu unten II. 3.

<sup>67</sup> KOM (2013) 533 endg. v. 17.7.2013; dazu unten II. 4.

<sup>68</sup> KOM (2013) 532 endg. v. 17.7.2013.

<sup>69</sup> KOM (2013) 534 endg. v. 17.7.2013.

Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug<sup>70</sup> dienenden Straftaten zu entnehmen seien (Art. 2 lit. b, Art. 12 VO-E EPPO). Liegt der Schwerpunkt auf einer solchen Straftat, erstreckt sich die Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft auch auf andere hiermit „untrennbar“ verbundene Straftaten (Art. 13 VO-E EPPO). Die Europäische Staatsanwaltschaft soll im Rahmen ihrer Zuständigkeit „alle sachdienlichen Beweise, belastende wie entlastende“ ermitteln (Art. 11 Abs. 5 VO-EPPO).

Die Europäische Staatsanwaltschaft soll unabhängig (Art. 5 VO-E EPPO), aber hierarchisch aufgebaut sein (Art. 6 VO-E EPPO). Sie wird geleitet von einem weisungsbefugten Europäischen Staatsanwalt und vier Stellvertretern, die jeweils für acht Jahre – ohne Verlängerungsmöglichkeit – vom Rat mit Zustimmung des Europäischen Parlaments gewählt werden (Art. 8, Art. 9 VO-E EPPO). Hinzu treten je Mitgliedstaat mindestens ein, vom Europäischen Staatsanwalt aus einer „Dreierliste“ ausgewählter, „Abgeordneter Europäischer Staatsanwalt“ (Art. 10 VO-E EPPO); dieser darf – soweit keine konkreten Inkompatibilitäten bestehen – parallel weiter als einzelstaatlicher Staatsanwalt tätig sein.

Nach förmlicher Einleitung von Ermittlungen (Art. 16 VO-E EPPO) obliegt dem Europäischen Staatsanwalt bzw. dem oder den von ihm bestimmten (siehe auch Art. 18 Abs. 5 VO-E EPPO) „Abgeordneten Europäischen Staatsanwälten“ die Führung des Ermittlungsverfahrens (Art. 18 VO-E EPPO). Hierzu können sie auch den zuständigen Strafverfolgungsbehörden des jeweiligen Mitgliedstaats Weisungen erteilen (Art. 18 Abs. 1 S. 2 VO-E EPPO). In europäisch-transnationalen Fällen sind die Ermittlungen „in enger Abstimmung mit dem Abgeordneten Europäischen Staatsanwalt“ des anderen Mitgliedstaats zu führen (Art. 18 Abs. 2 S. 1 VO-E EPPO). Den nationalen Strafverfolgungsbehörden verbleibt allein eine eng begrenzte Eilkompetenz (Art. 17 VO-E EPPO).

Im „einheitliche(n) Rechtsraum“, der „(f)ür die Zwecke der Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft“ gebildet wird (Art. 25 Abs. 1 VO-E EPPO), stehen der Europäischen Staatsanwaltschaft umfangreiche Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung, die in einer Liste kurz benannt werden (Art. 26 Abs. 1 VO-E EPPO) und zu welchen u.a. eine Telekommunikationsüberwachung, eine verdeckte akustische und optische Überwachung außerhalb von Wohnungen und auch die Vorlage von relevanten Gegenständen, Schriftstücken und Daten (sog. production order) ggf. einschließlich deren Entschlüsselung (sog. decryption order) gehören. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass diese Maßnahmen durch die Europäische Staatsanwaltschaft angewendet werden können (Art. 26 Abs. 2 VO-E EPPO). Dies würde in Deutschland etwa zu einer Ausdehnung der Katalogtaten in § 100a Abs. 2 StPO und hinsichtlich der decryption orders zu Konflikten mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur) führen. Nationale Richtervorbehalte werden beachtet (Art. 26 Abs. 5 VO-E EPPO), für gravierendere Ermittlungsmaßnahmen sogar vorgeschrieben

(Art. 26 Abs. 4 VO-E EPPO). Der Ermittlungsmaßnahme muss ein „vernünftiger Grund“ zugrunde liegen; das Ziel der Maßnahme darf nicht „mit weniger eingreifenden Mitteln erreicht werden“ können (Art. 26 Abs. 3 VO-E EPPO). Weitere Detailfragen zu Ermittlungsmaßnahmen, soweit sie nicht in der Verordnung selbst geregelt sind, seien dem einzelstaatlichen Recht, „in dem die Ermittlung oder Strafverfolgungsmaßnahme durchgeführt wird“, zu entnehmen (Art. 11 Abs. 3 VO-E EPPO). Der Europäischen Staatsanwaltschaft sollen des Weiteren umfangreiche Befugnisse zum Zugriff auf behördlich geführte Datenbanken eingeräumt werden (Art. 20 f. VO-E EPPO); ferner sind im Legislativvorschlag Vorschriften zu einem Fallbearbeitungssystem und zu Arbeitsdateien enthalten (Art. 22 ff. VO-E EPPO).

Nach dem einzelstaatlichen Recht richtet sich die Untersuchungshaft, die von der Europäischen Staatsanwaltschaft bei der zuständigen nationalen Justizbehörde beantragt werden kann (Art. 26 Abs. 7 VO-E EPPO). Ebenfalls nach Maßgabe des nationalen Rechts soll die Europäische Staatsanwaltschaft im Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr mit Drittstaaten tätig werden können (Art. 59 Abs. 4 VO-E EPPO); der Abschluss von spezifischen Auslieferungs- und Rechtshilfeverträgen richtet sich gem Art. 59 Abs. 3 VO-E EPPO nach den allgemeinen Regelungen in Art. 218 AEUV. Für die gerichtliche Kontrolle wird fingiert, dass es sich bei der Europäischen Staatsanwaltschaft um eine einzelstaatliche Behörde handelt (Art. 36 Abs. 1 VO-E EPPO).

Über die Anklageerhebung vor den einzelstaatlichen Gerichten entscheidet der Europäische Staatsanwalt (Art. 27 Abs. 2 VO-E EPPO); dabei wählt er „unter Beachtung“ eines Kriterienkatalogs das Prozessgericht aus (Art. 27 Abs. 4 VO-E EPPO). Vor diesem Gericht haben der Europäische Staatsanwalt und die Abgeordneten Europäischen Staatsanwälte „die gleichen Befugnisse wie einzelstaatliche Staatsanwälte, insbesondere die Befugnis, vor Gericht zu plädieren, an der Beweisaufnahme teilzunehmen und die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe einzulegen“ (Art. 27 Abs. 1 AEUV). Die von der Europäischen Staatsanwaltschaft beigebrachten Beweismittel sollen vor jedem Gericht „ohne Validierung oder ein sonstiges rechtliches Verfahren zulässig“ sein, d.h. eingebracht werden können, solange sich dies „nach Auffassung des Gerichts nicht negativ auf die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte auswirken würde, wie sie in den Artikeln 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind“ (Art. 30 Abs. 1 VO-E EPPO); in der Würdigung dieser Beweismittel sind die Gerichte frei (Art. 30 Abs. 2 VO-E EPPO). Als Alternativen zu einer Anklageerhebung stehen dem Europäischen Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens – bei Verfahrenshindernissen, bei Mangel an Beweisen oder bei Vorliegen einer geringfügigen Straftat (Art. 28 VO-E EPPO) – sowie ein Vergleich (engl. „transaction“) zur Verfügung (Art. 29 VO-E EPPO). Nach Ausgleich des Schadens und Zahlung einer pauschalen Geldstrafe an die EU kann auf jener Grundlage das Verfahren eingestellt werden, ohne dass insoweit eine gerichtliche Kontrolle erfolgen würde (Art. 29 Abs. 4 VO-E EPPO); im Übrigen ist allein erforderlich, dass ein solcher Vergleich der „geordneten Rechtspflege dienen würde“ (Art. 29 Abs. 1 S. 1 VO-E EPPO).

---

<sup>70</sup> Siehe unten III. 1.

Auch das wirft in Deutschland erhebliche verfassungsrechtliche Fragen auf.

Neben dem europäischen Grundkonsens an Verfahrensgarantien, wie sie sich aus der Charta der Grundrechte ergeben (Art. 32 Abs. 1 VO-E EPPO), und den bereits europäisierten Verfahrensrechten – Dolmetschleistungen<sup>71</sup>, Belehrung und Akteneinsicht<sup>72</sup>, Rechtsbeistand und Benachrichtigung<sup>73</sup> (Art. 32 Abs. 2 lit. a bis c VO-E EPPO) – wird den Beschuldigten das Recht auf Aussageverweigerung und die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 2 lit. d in Verbindung mit Art. 33 VO-E EPPO), auf Prozesskostenhilfe (Art. 32 Abs. 2 lit. e in Verbindung mit Art. 34 VO-E EPPO) sowie ein Beweisantragsrecht (Art. 32 Abs. 2 lit. f in Verbindung mit Art. 35 VO-E EPPO) eingeräumt. Die letztgenannten, noch nicht europäisierten Verfahrensrechte richten sich jeweils nach dem einzelstaatlichen Recht.

Regelungen zur Einziehung (Art. 31 VO-E EPPO), zum Datenschutz (Art. 37 ff. VO-E EPPO), Finanz- und Personalvorschriften (Art. 48 ff. VO-E EPPO), allgemeine Vorschriften – etwa zur Sprachenregelung und zur Rechtsstellung der Europäischen Staatsanwaltschaft – (Art. 62 ff. VO-E EPPO) sowie Schlussbestimmungen (Art. 71 ff. VO-E EPPO) runden den Legislativvorschlag ab.

### c) Positionierung des Rates und der Mitgliedstaaten

Eine erste öffentliche Aussprache auf der 3260. Sitzung des Rats der Europäischen Union – Justiz und Inneres – am 7./8.10.2013 ergab, dass die Mitgliedstaaten zwar nicht dem Ziel der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, wohl aber dem von der Kommission gewählten Weg und auch dem Zeitpunkt kritisch gegenüberstehen: schließlich habe sich weder Eurojust noch das europäisierte Kooperationsrecht vollständig entfalten können (siehe etwa AT, HU). Einige Mitgliedstaaten waren allerdings zu einer Positionierung noch nicht in der Lage, weil innerstaatliche Konsultationen noch nicht abgeschlossen waren; der niederländische Vertreter wies ergänzend darauf hin, dass das dortige Parlament – wie inzwischen etliche andere Parlamente auch – bereits eine Subsidiaritätsrüge erhoben habe.

Etliche Mitgliedstaaten bevorzugen anstelle eines solchen hierarchischen Systems ein horizontales, Colleague-basiertes System vergleichbar Eurojust (insbesondere CY, CZ, DE, ES, FI, FR, HR, PL, tendenziell auch MT, SI); der von der Kommission verfolgte Ansatz wird nur von einer geringen Anzahl von Mitgliedstaaten unterstützt (etwa BG, GR, RO). In diesem Kontext wird auch diskutiert, welche Befugnisse der Zentralstelle und welche den „Abgeordneten Europäischen Staatsanwälten“ zugewiesen werden sollen.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (ABl. EU 2010 Nr. L 280, S. 1).

<sup>72</sup> Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren (ABl. EU 2012 Nr. L 142, S. 1).

<sup>73</sup> Siehe hierzu unten IV. 1.

<sup>74</sup> Ausführliche Darstellung in Ratsdok. 14914/13.

Unterstützung fand die Beschränkung der materiellen Zuständigkeit auf die sog. PIF-Delikte (insbesondere DE, FI, CY wies zudem auf die problematische Rechtsgrundlage für die Verfolgung zusammenhängender Straftaten nach Art. 13 VO-E EPPO); indes befürworten einige Mitgliedstaaten ein auf Komplementarität und Subsidiarität beruhendes System geteilter Zuständigkeiten anstelle einer ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft (u.a. CY, HR, HU, IT, PL; a.A. GR, BG). Etliche Mitgliedstaaten wünschen eine Beteiligung möglichst vieler Mitgliedstaaten, anstelle einer vorschnellen verstärkten Zusammenarbeit (insb. BG, DE, ES, FI, FR, LV); auf die besonderen Vorbehalte des Vereinigten Königreichs und auch Dänemarks sei aber hingewiesen. Allgemein wurde auf die Notwendigkeit hingewiesen, vorsichtig und umsichtig diesen sensiblen Vorschlag zu diskutieren; auch dies spricht für langwierige Verhandlungen im Rat.

### 3. Eurojust<sup>75</sup>

Der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust)<sup>76</sup> sieht vor, die Zuständigkeit von Eurojust nunmehr unabhängig von der Zuständigkeit von Europol zu definieren; auch sind die im Zusammenhang stehenden Straftaten näher definiert (Art. 3 VO-E Eurojust). Die operativen Aufgaben und Befugnisse von Eurojust sollen neu gefasst werden (Art. 4 VO-E Eurojust). Bei der Wahrnehmung der operativen Befugnisse ist eine Stärkung der nationalen Mitglieder im Verhältnis zum Kollegium zu verzeichnen (Art. 5 VO-E Eurojust); auch im Übrigen soll der Status der nationalen Mitglieder verstärkt werden (Art. 7 ff. VO-E Eurojust). Die in Art. 19 ff. VO-E Eurojust geregelten operativen Fragen von Eurojust unterteilen sich in den Koordinierungsdauerdienst (Art. 19 VO-E Eurojust), die nationalen Eurojust-Koordinierungssysteme (Art. 20) und den Informationsaustausch (Art. 21 ff. VO-E Eurojust), einschließlich des Fallbearbeitungssystems und der Arbeitsdateien (Art. 24 ff. VO-E Eurojust). Neben den Regelungen des Datenschutzes (Art. 27 ff. VO-E Eurojust) dürfte die Vorschrift über den Datenaustausch mit Drittländern und internationalen Organisationen (Art. 45 VO-E Eurojust) Konfliktpotential bergen, da derselbe Regelungsentwurf in der im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Europol-Verordnung zu Bedenken geführt hat.<sup>77</sup>

Ein erstes Stimmungsbild im Rat zeigte auch hinsichtlich dieses Vorschlags erhebliche Vorbehalte: Eurojust sei noch nicht die nötige Zeit gegeben worden, sich unter dem geänderten Eurojust-Beschluss<sup>78</sup> in der Praxis zu bewähren. Auch sei die Evaluierung nach Art. 41a Eurojust-Beschluss ebenso wie die sechste Evaluationsrunde auf Grundlage der Gemein-

<sup>75</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2011, 940 (942 f.).

<sup>76</sup> KOM (2013) 535 endg. v. 17.7.2013.

<sup>77</sup> Siehe unten II. 5.

<sup>78</sup> Beschluss des Rates v. 28.2.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (ABl. EG 2002 Nr. L 63, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2002D0187 v. 4.6.2009).

samen Maßnahme 97/823/JI,<sup>79</sup> welche die Implementierung von Eurojust und des EJM in den Mitgliedstaaten zum Gegenstand hat,<sup>80</sup> abzuwarten.

#### 4. OLAF<sup>81</sup>

Die Verordnung (EU, Euratom) Nr. 883/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.9.2013 über die Untersuchungen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1073/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (Euratom) Nr. 1074/1999 des Rates<sup>82</sup> ist zum 1.10.2013 in Kraft getreten.

Zugleich zu den Legislativmaßnahmen hinsichtlich der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft legte die Kommission auch eine Mitteilung vor betreffend einer Verbesserung der OLAF-Governance und Stärkung der Verfahrensgarantien bei OLAF-Untersuchungen: Ein schrittweiser Ansatz zur Begleitung der Einrichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft.<sup>83</sup> Darin weist sie auf die „begrenzte Rolle“ hin, die OLAF nach Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zukommen wird, da es „nur noch eine erste Bewertung der Stichhaltigkeit der ihm vorliegenden Behauptungen vornehmen“ kann, im Übrigen aber nur „auf Ersuchen der Europäischen Staatsanwaltschaft dieser Hilfestellung leisten“ darf. Darin sei eine „grundlegende Verlagerung von *administrativen Untersuchungen* zu *gerichtlichen Ermittlungen*“ (*Hervorhebung* dort) zu sehen. Dies wird eine Aktualisierung des OLAF-Rechtsrahmens erforderlich machen; diesbezügliche Legislativmaßnahmen wird die Kommission „zu gegebener Zeit [...] vorlegen“. Die Kommission hält zudem eine Ausweitung der Verfahrensgarantien und eine institutionelle Stärkung der Gewährleistung dieser Garantien durch eine „Stelle zur ‚Kontrolle der Verfahrensgarantien‘“ für erwägenswert.

#### 5. Europol; CEPOL<sup>84</sup>

Am 27.3.2013 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Agentur der Europäischen Union für die Zusammen-

arbeit und die Aus- und Fortbildung auf dem Gebiet der Strafverfolgung (Europol) und zur Aufhebung der Beschlüsse 2009/371/JI und 2005/681/JI des Rates<sup>85</sup> sowie eine begleitende Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über ein Europäisches Fortbildungsprogramm für den Bereich Strafverfolgung<sup>86</sup> vor. Der von der Kommission vorgesehene, neue Rechtsrahmen sieht vor, die Europäische Polizeiakademie (CEPOL) und deren Tätigkeiten zu Europol zu verlagern. Der strafatverhütende und strafverfolgende Tätigkeitsbereich von Europol wird durch Art. 3 Abs. 1 VO-E Europol nur grob umrissen, in Anhang 1 durch eine längliche Liste von Delikten und Deliktsbereichen näher spezifiziert. Zur Erfüllung dieser Aufgaben soll Europol nach Vorstellung der Kommission noch stärker als bisher als „Drehkreuz“ des Informationsaustauschs fungieren. So soll zu den Aufgaben Europols gehören, Informationen zu erheben, zu speichern, zu verarbeiten, zu analysieren und auszutauschen (Art. 4 Abs. 1 lit. a VO-E Europol); dies wird flankiert durch umfassende Mitteilungspflichten der Mitgliedstaaten an Europol (Art. 7 Abs. 5 lit. a VO-E Europol). Als Datenquellen stehen Europol zwar grundsätzlich nur öffentlich zugängliche Quellen, von Mitgliedstaaten erhobene sowie von europäischen oder internationalen Stellen bereitgestellte Daten zur Verfügung (Art. 23 VO-E Europol), so dass Europol Daten beim Betroffenen selbst nicht erheben darf, insbesondere nicht durch eigene (verdeckte) Ermittlungen. Diese Daten sollen für spezifische operative Analysen (Art. 24 Abs. 1 lit. c VO-E Europol), für strategische Analysen (Art. 24 Abs. 1 lit. b VO-E Europol), aber auch für sog. data mining (Art. 24 Abs. 1 lit. a VO-E Europol) zur Verfügung stehen.

Die Mehrheit der Mitgliedstaaten sieht die Verschmelzung von CEPOL mit Europol kritisch, da sie fürchten, die Aus- und Fortbildung könnte zu einem bloßen Annex der Tätigkeit von Europol degenerieren. Noch vor der Finalisierung dieses Gesetzgebungsverfahrens soll ohnehin, einem Wunsch des Vereinigten Königreichs folgend, der Sitz von CEPOL von Bramshill (UK) nach Budapest (HU) verlagert werden. Des Weiteren sind einige Mitgliedstaaten besorgt, dass Europol durch die schiere Masse an zu übermittelnden Informationen überfordert werden könnte.<sup>87</sup>

Zudem wurde nun auch die Frage der Zusammenarbeit mit Drittstaaten und Internationalen Organisationen aufgeworfen.<sup>88</sup> Bislang ist für den Abschluss von Abkommen zwischen Europol und internationalen Partnern ein Ratsbeschluss ausreichend, aber auch notwendig; im Durchschnitt dauert ein solches Verfahren zum Abschluss eines strategischen Abkommens 14 Monate, für operationelle Abkommen drei Jahre. Art. 31 Abs. 1 lit. a, lit. b VO-E Europol sieht, soweit personenbezogene Daten mit internationalen Partnern ausgetauscht werden sollen, hingegen ein aufwändigeres Verfahren vor; Abkommen wären dann auf der Grundlage der allgemeinen

<sup>79</sup> Gemeinsame Maßnahme v. 5.12.1997 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen – betreffend die Schaffung eines Mechanismus für die Begutachtung der einzelstaatlichen Anwendung und Umsetzung der zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingegangenen internationalen Verpflichtungen (ABl. EG 1997 Nr. L 344, S. 7).

<sup>80</sup> Siehe hierzu *Vogel*, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, 2013, § 26 Rn. 27 f.

<sup>81</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (561); siehe ferner *Lingenthal*, *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 2012, 195.

<sup>82</sup> ABl. EU 2013 Nr. L 248, S. 1.

<sup>83</sup> KOM 2013 (533) endg. v. 17.7.2013.

<sup>84</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2011, 940 (943); siehe ferner *Dick*, ZRP 2013, 117; *Albrecht*, *Europarecht* 2012, 230; monographisch *Schoppa*, *Europol im Verbund der Europäischen Sicherheitsagenturen*, 2013.

<sup>85</sup> KOM (2013) 173 endg. v. 27.3.2013.

<sup>86</sup> KOM (2013) 174 endg. v. 27.3.2013.

<sup>87</sup> Ratsdok. 8899/13 LIMITE; Ratsdok. 10213/13.

<sup>88</sup> Ratsdok. 13702/13.

primärrechtlichen Vorschrift (Art. 218 AEUV) abzuschließen. Dies erachten zumindest Teile des Rates als hinderlich.

### 6. Europäisches Justizielles Netz

Die Zusammenarbeit zwischen dem Europäischen Justiziellen Netz (EJN) und dem E-Justiz-Projekt sind Gegenstand von Schlussfolgerungen des Rates, die er im Oktober 2013 angenommen hat. Wenn auch das Internet-Angebot des EJN<sup>89</sup> zukünftig in das allgemeine E-Justiz-Portal eingebettet werden soll, wird das EJN auch zukünftig „für seine eigenen Informationsseiten weiterhin allein verantwortlich sein.“

## III. Materielles Strafrecht

### 1. Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union<sup>90</sup>

Zwischen Kommission und Rat ist ein Streit darüber entbrannt, ob der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichteten Betrug<sup>91</sup> auf die Rechtsgrundlage des Art. 325 Abs. 4 AEUV – so die Kommission – oder aber auf Art. 83 Abs. 2 AEUV – so der Rat – zu stützen sei. Der Kommission zufolge ist Art. 325 Abs. 4 AEUV *lex specialis* zu Art. 83 Abs. 2 AEUV; dem Rat und einem Gutachten seines juristischen Dienstes<sup>92</sup> zufolge ist Art. 83 Abs. 2 AEUV *lex specialis* zu Art. 325 Abs. 4 AEUV. Das Gutachten stützt sich dabei zunächst auf die Erwägung, dass die Streichung der zuvor in Art. 280 EGV a.F. enthaltenen Strafrechtsklausel („Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleiben von diesen Maßnahmen unberührt.“) in Art. 325 Abs. 4 AEUV nicht überinterpretiert werden dürfe. Diese Streichung sei vielmehr systematisch zum ebenfalls durch den Vertrag von Lissabon neu eingefügten Art. 83 Abs. 2 AEUV zu sehen, der für sämtliche strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen eine Spezialregelung enthalte. Dass Art. 325 Abs. 4 AEUV eine *lex specialis* sei, mittels derer von den strafrechtsspezifischen Vorgaben abgewichen werden dürfe, sei aus dem Wortlaut nicht ersichtlich und überzeuge auch systematisch nicht, da „sich diese Argumentation virtuell auf alle anderen Ermächtigungsbestimmungen ausdehnen [ließe], wodurch Artikel 83 Absatz 2 AEUV jede praktische Anwendbarkeit genommen würde“.<sup>93</sup> Die Konsequenzen dieses Streits sind beachtlich, da die Rechtsgrundlage Art. 83 Abs. 2 AEUV dazu führen würde, dass diese Richtlinie in den Anwendungsbereich des sog. Notbremsemechanismus (Art. 83 Abs. 3 AEUV) fiel und die räumliche Anwendbarkeit jedenfalls für Dänemark, ggf. aber

auch für Irland und für das Vereinigte Königreich nicht gegeben wäre.

Die allgemeine Ausrichtung des Rates sieht vor, den Anwendungsbereich der Richtlinie (Art. 1) im Vergleich zum Kommissionsvorschlag auf einen strafrechtlichen Ansatz zu beschränken; ferner sollen Umsatzsteuerbetrügereien nicht erfasst werden (Art. 2 S. 2). Die Mindeststrafvorschriften hinsichtlich eines Submissionsbetruges (zuvor Art. 4 Abs. 1) wurden entschärft. Ferner sieht Art. 8 anstelle der politisch wie rechtlich höchst umstrittenen Mindeststrafen nur vor, dass organisiert begangene Verhaltensweisen als „erschwerende Umstände“ zu berücksichtigen sind. Hinsichtlich juristischer Personen wurde der Katalog an vorzuhaltenden Sanktionen beibehalten; dieser lässt nach wie vor auch „non-criminal fines“ zu (Art. 9). Die Vorgaben zu Verjährungsregelungen wurden abgeschwächt (Art. 12).

### 2. Angriffe auf Informationssysteme<sup>94</sup>

Das Gesetzgebungsverfahren zur Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.8.2013 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates<sup>95</sup> konnte abgeschlossen werden. Die Pönalisierungspflicht hinsichtlich eines rechtswidrigen Zugangs zu Informationssystemen (Art. 3 RL 2013/40/EU) enthält nunmehr einschränkend das Tatbestandsmerkmal der „Verletzung von Sicherungsmaßnahmen“, so dass insoweit § 202a StGB keiner Änderung bedarf. Ferner sind hier und bei den Pönalisierungspflichten betreffend rechtswidriger Systemeingriff (Art. 4 RL 2013/40/EU), rechtswidriger Eingriff in Daten (Art. 5 RL 2013/40/EU), rechtswidriges Abfangen von Daten (Art. 6 RL 2013/40/EU) und Tatwerkzeuge (Art. 7 RL 2013/40/EU) jeweils leichte Fälle ausgenommen. Der Schwerpunkt der Richtlinie und des Umsetzungsbedarfs in Deutschland liegt in der differenzierten Bestimmung von Mindesthöchststrafen (Art. 9 Richtlinie 2013/40/EU), die bei der Tatbegehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung, bei Verursachung eines schweren Schadens oder bei Angriffen gegen eine kritische Infrastruktur (Art. 9 Abs. 4 Richtlinie 2013/40/EU) auf ein Höchstmaß von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe zu qualifizieren ist.

### 3. Insiderhandel und Marktmanipulation<sup>96</sup>

Während hinsichtlich einer wertpapierrechtlichen Verordnung über Insiderhandel und Marktmanipulation<sup>97</sup> im Trilog zwischen Kommission, Rat der Europäischen Union und Europäischem Parlament bereits eine Einigung erzielt werden konnte,<sup>98</sup> sind deutliche Divergenzen hinsichtlich der Richtlinie

<sup>89</sup> <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/> (31.10.2013).

<sup>90</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2012, 558 (561 f.); siehe ferner zuletzt Brand, DRiZ 2012, 305; Kaiafa-Gbandi, EuCLR 2012, 319; Krüger, HRRS 2012, 311; Sturies, HRRS 2012, 273.

<sup>91</sup> KOM (2012) 363 endg. v. 11.7.2012; siehe zuvor KOM (2011) 272 endg. v. 23.5.2011; allgemeine Auffassung des Rates in Ratsdok. 10729/13.

<sup>92</sup> Ratsdok. 15309/12.

<sup>93</sup> Ratsdok. 15309/12, S. 5.

<sup>94</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2011, 940 (945) m.w.N.; siehe ferner Buono, CRi 2013, 103.

<sup>95</sup> ABI. EU 2013 Nr. L 218, S. 8; siehe zuvor KOM (2010) 517 endg. v. 30.9.2010.

<sup>96</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2012, 558 (562 f.); siehe ferner Kert, NZWiSt 2013, 252.

<sup>97</sup> Kommissionsvorschlag in KOM (2011) 651 endg. v. 20.10.2011, geändert durch KOM (2012) 421 endg. v. 25.7.2012.

<sup>98</sup> Ratsdok. 12906/13.

des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulationen<sup>99</sup> zu verzeichnen. Der allgemeinen Ausrichtung<sup>100</sup> des Rates zufolge sei die Pönalisierungsverpflichtung hinsichtlich Insiderhandel (Art. 3) auf vorsätzlich begangene („intentionally“) und schwere Verstöße einzuzugrenzen, für die Erwägungsgrund 10a die Höhe des Gewinns, das Volumen des beakkelten Geschäfts sowie die Auswirkungen auf die Marktintegrität als Kriterien benennt. Ergänzt werden solle dies durch eine Strafvorschrift der unrechtmäßigen Verbreitung von Insiderinformationen (Art. 3a), sprich außerhalb der dafür vorgesehenen Veröffentlichungswege. Indes sei bei diesem, gefährliches Vorverhalten erfassenden Deliktstatbestand die Presse- und Meinungsfreiheit zu berücksichtigen (Art. 3a Abs. 3). Marktmanipulation sei auch nur zwingend bei schweren Verstößen zu inkriminieren; Erwägungsgrund 10b führt diese näher aus. Mindesthöchststrafen oder gar Mindeststrafen enthält dieser Richtlinienvorschlag nach wie vor nicht; die von manchen Mitgliedstaaten aufgeworfene Frage nach ne bis in idem-Problematiken bei parallelen Administrativ- und Strafsanktionen soll dem Rat zufolge durch die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie und der Verordnung gelöst werden (Erwägungsgrund 15b). Der Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments<sup>101</sup> vertritt hingegen eine deutlich punitive Linie, die sich u.a. in einer Strafbarkeit für „fahrlässig(e)“ (engl. „recklessly“) Marktmanipulation und in der Einführung von Mindesthöchststrafen äußert. Ob auf dieser Grundlage ein Kompromiss im Trilog gefunden werden kann, erscheint nach derzeitigem Stand zweifelhaft.

#### 4. Betäubungsmittel<sup>102</sup>

Am 17.9.2013 legte die Kommission zwei Legislativmaßnahmen zur Betäubungsmittelkriminalität vor, die das Ziel verfolgen, rascher auf neue psychoaktive Substanzen, die bislang noch keinem Verbot unterfallen (sog. „legal highs“) mit administrativen und auch mit strafrechtlichen Mitteln zu reagieren. Mit einem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über neue psychoaktive Substanzen<sup>103</sup> soll der Kommission die Möglichkeit gegeben werden, abhängig von den Risiken durch eine Entscheidung eine vorübergehende (Art. 9 Abs. 1 VO-E) oder dauerhafte (Art. 12 Abs. 1 VO-E) Verbrauchermarktbeschränkung oder eine dauerhafte Marktbeschränkung (Art. 13 Abs. 1 VO-E) anzuordnen; Verstöße hiergegen sind mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen zu belegen (Art. 17 Abs. 1 VO-E). Die nur bei schwerwiegenden Risiken zulässigen dauerhaften Marktbeschränkungen nach Art. 13 Abs. 1 VO-E sollen zugleich aber auch als Türöffner für strafrechtliche Regelungen wirken: Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur

---

<sup>99</sup> Ursprünglich KOM (2011) 654 endg. v. 20.10.2011, geändert durch KOM (2012) 420 endg. v. 25.7.2012.

<sup>100</sup> Ratsdok. 17642/12.

<sup>101</sup> A7-0344/2012.

<sup>102</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (381).

<sup>103</sup> KOM (2013) 619 endg. v. 17.9.2013.

Änderung des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI des Rates vom 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels hinsichtlich der Drogendefinition<sup>104</sup> sieht eine Neufassung des Art. 1 Nr. 1 Rahmenbeschluss 2004/757/JI<sup>105</sup> vor, der dynamisch auf die jeweils durch Kommissionsentscheidung mit einer dauerhaften Marktbeschränkung belegten Substanzen verweist. Die Mitgliedstaaten sollen dann jeweils binnen maximal zwölf Monaten nach Inkrafttreten einer solchen dauerhaften Marktbeschränkung eine strafrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit schaffen (Art. 9 Abs. 3, Abs. 4 Rahmenbeschluss-E).

#### 5. Geldfälschung

Am 5.2.2013 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2000/383/JI des Rates vor.<sup>106</sup> Hervorzuheben ist hierbei, dass der ursprüngliche Kommissionsvorschlag in Art. 5 ein differenziertes Sanktionsregime mit Mindeststrafen und Mindesthöchststrafen vorsieht, und dass gem. Art. 9 die Mitgliedstaaten „wirksame Ermittlungsinstrumente, wie sie beispielsweise im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität oder anderen schweren Straftaten verwendet werden, zur Verfügung“ stellen müssen. Erwägungsgrund 22 führt dies mit Verweisen unter anderem auf die „Überwachung des Kommunikationsverkehrs, die verdeckte Überwachung einschließlich elektronischer Überwachung (und) die Überwachung von Kontobewegungen oder sonstige Finanzermittlungen“ näher aus. In seiner allgemeinen Ausrichtung hierzu<sup>107</sup> entschärfte der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 3260. Sitzung am 7./8.10.2013 den Kommissionsvorschlag allerdings dahingehend, dass er auf Mindeststrafen verzichtet und lediglich Mindesthöchststrafen (Art. 5 Abs. 3) bzw. die Möglichkeit einer Freiheitsstrafe (Art. 5 Abs. 2) vorschreibt.

#### 6. Geldwäsche

Der von der Kommission am 5.2.2013 vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlament und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (sog.

---

<sup>104</sup> KOM (2013) 618 endg. v. 17.9.2013.

<sup>105</sup> Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates v. 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (ABl. EU 2004 Nr. L 335, S. 8).

<sup>106</sup> KOM (2013) 42 endg. v. 5.2.2013; zuvor Rahmenbeschl. 2000/383/71 des Rates v. 29.5.2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro (ABl. EU 2000 Nr. L 140, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2000-F0383 v. 13.12.2001).

<sup>107</sup> Ratsdok. 14671/13.



Vierte Anti-Geldwäscherichtlinie)<sup>108</sup> enthält zwar vordergründig nur Vorgaben hinsichtlich administrativer Maßnahmen einschließlich Administrativsanktionen (Art. 55), die allerdings weitergehenden strafrechtlichen Sanktionen nicht entgegenstehen (Art. 55 Abs. 2). Es drohen indes mittelbar erhebliche strafrechtliche Konsequenzen, denn die Kommission plant, noch 2013 eine auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützte strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahme<sup>109</sup> vorzulegen, die an diese Richtlinie anknüpfen soll. Bemerkenswert ist nämlich, dass der Vorschlag als Vortaten neben Terrorismus<sup>110</sup>, Betäubungsmittelkriminalität<sup>111</sup>, organisierte Kriminalität<sup>112</sup>, Betrug zum Nachteil der EU<sup>113</sup> und Bestechung auch auf „alle Straftaten, einschließlich Steuerstraftaten im Zusammenhang mit direkten und indirekten Steuern, die mit [...] einer Freiheitsstrafe oder einer die freiheitsbeschränkenden Maßregel der Sicherung und Besserung von mindestens mehr als sechs Monaten belegt werden können“, verweist (Art. 3 Abs. 4, *Hervorhebung* hier).

### 7. Terrorismus<sup>114</sup>

Die Frage des Rechtsschutzes gegen ein Einfrieren von Vermögenswerten von Individuen und Organisationen (sog. „smart sanctions“, Art. 75 AEUV) zur Austrocknung der Finanzierung des Terrorismus ist untrennbar mit dem Namen Yassin Abdullah Kadi verbunden; inzwischen hat seine zweite Klage gegen seine Listung den EuGH erreicht. Nachdem der EuGH seiner ersten Klage mit Urteil vom 3.9.2008 stattgegeben hatte,<sup>115</sup> wurde Kadi zwar eine Zusammenfassung der Gründe mitgeteilt, aufgrund derer der UN-Sanktionenausschuss seine Listung für erforderlich hielt. Das EuG hielt dies jedoch für unzureichend und hob seine neuerliche Listung in der Ver-

ordnung (EG) Nr. 1190/2008 vom 28.11.2008<sup>116</sup> durch Urteil vom 30.9.2010 auf.<sup>117</sup> Hiergegen legten Kommission, Rat und das Vereinigte Königreich Rechtsmittel zum EuGH ein, welche die Große Kammer des EuGH mit Urteil vom 18.7.2013 zurückwies.<sup>118</sup> Zwar waren die praktischen Auswirkungen dieses Rechtsstreits begrenzt, denn Kadi wurde zwischenzeitlich durch eine Entscheidung des UN-Sanktionsausschusses von der Liste genommen; gleichwohl sind die Rechtsfragen – auch hinsichtlich des Eigentumsschutzes bei einem über zehnjährigen Einfrieren von Vermögenswerten – von unverändert hohem Interesse, was auch die fortdauernde Zulässigkeit des Verfahrens begründet.

Während Generalwalt *Bot* in seinen Schlussanträgen noch vertreten hatte, europäische Gerichte sollten nur hinsichtlich der „formellen Rechtmäßigkeit“ von Listungsentscheidungen „eine normale Kontrolle durch [...] führen, während hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit dieser Verordnung eine beschränkte Kontrolle durchgeführt werden sollte“<sup>119</sup> und sollten dem verfahrensrechtlich weiterentwickelten UN-Sanktionssystem im Geiste von Vertrauen und Kollaboration („confidence and collaboration“)<sup>120</sup> begegnen, wendete sich der EuGH unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung seit „Kadi I“ entschieden gegen den Einwand des Rates, Listungsentscheidungen basierend auf dem Sanktionsregime der Vereinten Nationen seien nicht justiziabel. Auch hält der EuGH an einem materiellen Prüfungsmaßstab fest. Er anerkennt aber ein gewisses Geheimhaltungsbedürfnis bei sensiblen Informationen, dem er durch ein „in camera“-Verfahren Rechnung tragen möchte.<sup>121</sup>

### 8. Waffenkriminalität

In einer Mitteilung zu „Schusswaffen und die innere Sicherheit der EU“<sup>122</sup> kündigt die Kommission an, eine Harmonisierung der strafrechtlichen Regelungen betreffend Schusswafendelikte zu prüfen. „Denkbar“, so die Kommission, „wären einheitlich definierte Straftatbestände für die illegale Herstellung von und den illegalen Handel mit Schusswaffen, die Manipulation von Kennzeichnungen, den illegalen Besitz von Schusswaffen und die Absicht, Schusswaffen zu liefern“.<sup>123</sup>

<sup>108</sup> KOM (2013) 45 endg. v. 5.2.2013; siehe hierzu *Zentes/Glaab*, BB 2013, 707.

<sup>109</sup> Im derzeitigen Sekundärrecht enthält allein der Rahmenbeschluss 2001/500/JI des Rates v. 26.6.2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten (ABl. EG 2001 Nr. L 182, S. 1) eine Geldwäsche betreffende Harmonisierungsvorschrift, die sich allerdings weitestgehend auf einen Verweis auf manche Vorschriften des Übereinkommens des Europarats von 1990 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (SEV Nr. 141) beschränkt.

<sup>110</sup> I.S.d. Art. 1 bis 4 Rahmenbeschluss 2002/475/JI (ABl. EG 2002 Nr. L 164, S. 3 i.d.F. CONSLEG 2002F0475 v. 8.12.2008).

<sup>111</sup> I.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. a VN-Übereinkommen gegen unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (BGBl. II 1993, S. 1136).

<sup>112</sup> I.S.d. Art. 1 Gemeinsame Maßnahme 98/733/JI (ABl. EG 1998 Nr. L 351, S. 1).

<sup>113</sup> I.S.d. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. EG 1995 Nr. C 316, S. 49), „zumindest in schweren Fällen“.

<sup>114</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2011, 940 (944).

<sup>115</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05.

<sup>116</sup> ABl. EU 2008 Nr. L 322, S. 25.

<sup>117</sup> EuG, Urt. v. 30.9.2010 – T-85/09; siehe hierzu *Brodowski*, ZIS 2010, 749 (752).

<sup>118</sup> EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P m. Bespr. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2013, 504.

<sup>119</sup> Schlussanträge des Generalanwalts v. 19.3.2013 – C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Rn. 95.

<sup>120</sup> Schlussanträge des Generalanwalts v. 19.3.2013 – C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Rn. 85 (engl. Fassung).

<sup>121</sup> Krit. hierzu *Yang*, in: *Avbelj/Fontanelli/Martinico* (Hrsg.), *Kadi on Trial, A multifaceted analysis of the Kadi judgment*, 2014; deutsche Zusammenfassung unter <http://www.juwiss.de/102-2013/> (31.10.2013).

<sup>122</sup> KOM (2013) 716 endg. v. 21.10.2013.

<sup>123</sup> KOM (2013) 716 endg. v. 21.10.2013, S. 19 f.

9. *Sicherstellung und Einziehung von Vermögen*<sup>124</sup>

Der Trilog über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sicherstellung und Einziehung von Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union<sup>125</sup> dauert noch an. Als Anknüpfungstaten für Sicherstellung und Einziehung dienen gem. Art. 2 nur bereits harmonisierte Strafvorschriften, um eine Konformität mit der gewählten Rechtsgrundlage (Art. 83 Abs. 1 AEUV) zu erreichen. Der Kommissionsvorschlag wurde im Übrigen deutlich entschärft: Zu einer erweiterten Einziehung (Art. 4) ist eine Überzeugung des Gerichts von der kriminellen Herkunft der einzuziehenden Vermögenspositionen vonnöten, während die Kommission hier noch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit hatte ausreichen lassen wollen. Ferner ist die erweiterte Einziehung nur bei „schweren“ ökonomischen Straftaten verpflichtend; aufhorchen lässt allerdings die auf Wunsch des Europäischen Parlaments eingefügte Liste derjenigen Delikte, die als „schwere“ ökonomische Straftaten gelten: Neben der Herstellung von Kinderpornographie<sup>126</sup>, schwere Eingriffe in informationstechnische Systeme<sup>127</sup>, organisierte Kriminalität<sup>128</sup> sollen dies auch sonstige Straftaten mit einer Mindesthöchststrafe von vier (!) Jahren; dies führte dazu, dass das Instrument der erweiterten Einziehung etwa auch bei einem Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB und bei einem Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB zur Verfügung stehen müsste.

Weiterer Klärungsbedarf besteht allerdings noch über die weitere Verwendung konfiszierter Vermögenswerte – das Europäische Parlament wünscht die Möglichkeit, diese für spezifische öffentliche und soziale Projekte einzusetzen – und vor allem über das Einziehungsverfahren abseits einer strafrechtlichen Verurteilung (non-conviction based confiscation): Das Europäische Parlament fordert, dieses Verfahren auch nach dem Tod des Beschuldigten zur Verfügung zu stellen; dies hält der Rat bislang für unvereinbar mit dem Sanktionensbegriff in der Rechtsgrundlage der Richtlinie (Art. 83 Abs. 1 AEUV) und will dieses Verfahren nur bei dauernder Verhandlungsunfähigkeit oder Flucht eingeführt wissen.

Angesichts der Fragmentierung des Rechtsrahmens – so wird der Rahmenbeschluss 2005/212/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und

Vermögensgegenständen aus Straftaten<sup>129</sup> nur teilweise ersetzt – und aufgrund der bloß materiell-rechtlichen Ausrichtung dieser Richtlinie forderte der Rat zudem die Kommission auf, weitere (Legislativ-)Vorschläge zu unterbreiten.<sup>130</sup>

**IV. Strafverfahrensrecht**

*1. Recht auf Rechtsbeistand und Kontaktaufnahme*<sup>131</sup>

Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme wurde von beiden Gremien bereits beschlossen;<sup>132</sup> die Veröffentlichung im Amtsblatt steht indes noch aus. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist prinzipiell auf Ermittlungs- und Strafverfahren begrenzt, die zu einer Freiheitsstrafe führen können; „in Bezug auf geringfügige Zuwiderhandlungen“ entfaltet die Richtlinie nur bei „Verfahren vor einem in Strafsachen zuständigen Gericht“ Anwendung (Art. 2 Abs. 4); dies betrifft in Deutschland etwa Bußgeldverfahren nach dem OWiG. In Verfahren betreffend einen Europäischen Haftbefehl ist das Recht auf einen Rechtsbeistand sowohl im Ausstellungs- wie auch im Vollstreckungsstaat zu gewährleisten (Art. 10).

Grundsätzlich ist ein umfassender, vertraulicher und unverzüglicher „Zugang zu einem Rechtsbeistand“ zu gewähren, auch vor einer ersten Beschuldigtenvernehmung (Art. 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. a). In einer solchen Vernehmung darf der Rechtsbeistand sodann auch „wirksam“ teilnehmen; eine rein passive Rolle als bloßer „Zuhörer“ genügt folglich nicht (Art. 3 Abs. 3 lit. b). Hingegen ist bei Gegenüberstellungen und Tatortrekonstruktionen allein von einem Anwesenheitsrecht des Rechtsbeistands die Rede (Art. 3 Abs. 3 lit. c). Allerdings räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Inanspruchnahme des Rechts auf einen Rechtsbeistand zurückzustellen bei Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person (Art. 3 Abs. 6 lit. a) sowie wenn sofortiges Handeln der Ermittlungsbehörden notwendig ist, um eine ernsthaft Gefahr für die Strafverfolgung zu beseitigen (Art. 3 Abs. 6 lit. b).

Zumindest auf den ersten Blick wird die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Beschuldigtem und seinem Verteidiger umfassend gewährleistet. Zu beachten ist allerdings die einschränkende Klausel „bei der Wahrnehmung des im Rahmen dieser Richtlinie vorgesehenen Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand“ (Art. 4 S. 1). Ob dies als Einfallstor für Eingriffe in die Kommunikation zwischen Beschuldigtem und seinem Verteidiger dienen kann, bleibt abzuwarten; Erwägungsgründe 33 und 34 sprechen jedenfalls davon, dass „rechtmäßige Überwachungsmaßnahme(n)“ etwa der Nachrichtendienste, aber auch im Rahmen von Ermittlungen, die gegen den Rechtsbeistand geführt werden, unberührt bleiben sollen.

---

<sup>124</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (563 f.); siehe ferner *Maugeri*, *New Journal of European Criminal Law* 3 (2012) 257; *Vogel*, in: Rui (Hrsg.), *Non conviction based confiscation in Europe: human rights, effective implementation, international cooperation* (im Erscheinen).

<sup>125</sup> Kommissionsvorschlag in KOM (2012) 85 endg. v. 12.3.2012; allgemeine Ausrichtung des Rates in Ratsdok. 17287/12; Verhandlungsstand in Ratsdok. 14603/13.

<sup>126</sup> I.S.d. Art. 5 Abs. 6 Richtlinie 2011/93/EU (ABl. EU 2011 Nr. L 335, S. 1).

<sup>127</sup> I.S.d. Art. 4 und 5 Richtlinie 2013/40/EU (ABl. EU 2013 Nr. L 218, S. 8), soweit eine signifikante Anzahl von informationstechnischen System durch ein Angriffsmittel i.S.d. Art. 7 RL 2013/40/EU betroffen ist.

<sup>128</sup> I.S.d. Art. 2 Rahmenbeschluss 2008/841/JI (ABl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42), ggf. unter weiteren Einschränkungen.

---

<sup>129</sup> ABl. EU 2005 Nr. L 68, S. 49.

<sup>130</sup> Ratsdok. 17287/12.

<sup>131</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (564 f.) m.w.N.

<sup>132</sup> I.d.F. PE-CONS 40/13; Kommissionsvorschlag in KOM (2011) 326 endg. v. 8.6.2011.

Die „Kontaktaufnahme“ wurde – wie vom Rat vorgeschlagen – primär durch eine Benachrichtigungspflicht ersetzt (Art. 5), von der ebenfalls bei Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder bei ernsthaften Gefahren für die Strafverfolgung abgewichen werden kann (Art. 5 Abs. 3). Die Kontaktaufnahme durch den Beschuldigten selbst ist größeren Einschränkungsmöglichkeiten unterworfen (Art. 6). Insgesamt unterliegen sämtliche Abweichungsmöglichkeiten einer an der Rechtsprechung des EGMR orientierten Abwägungslösung (Art. 8). Anstelle des von der Kommission favorisierten Beweisverwertungsverbots bei Verstößen ist ebenfalls nur noch eine Abwägungslösung vorgesehen (Art. 12 Abs. 2); allgemein ist ein „wirksamer Rechtsbehelf“ vorzusehen, um die in der Richtlinie enthaltenen Rechte durchsetzen zu können (Art. 12 Abs. 1). Die Umsetzungsfrist beträgt drei Jahre (Art. 15 Abs. 1 S. 1).

## 2. Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten<sup>133</sup>

Die Große Kammer des EuGH befasste sich am 9.7.2013 mit den verbundenen Vorabentscheidungsersuchen Rs. C-293/12 (Vorlage durch den High Court of Ireland) und Rs. C-594/12 (Vorlage durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof) und damit mit der Grundrechtskonformität der Richtlinie 2006/24/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG;<sup>134</sup> am 7.11.2013 wird der Generalanwalt seine Schlussanträge halten. Das von der Kommission ange strengte Vertragsverletzungsverfahren wegen unzureichender Umsetzung dieser Richtlinie durch Deutschland (Rs. C-329/12) ist bislang nicht terminiert.

## 3. Vorratsdatenspeicherung von Fluggastdatensätzen (PNR)<sup>135</sup>

Mit 30 zu 25 Stimmen empfahl der LIBE-Ausschuss dem Europäischen Parlaments, den (Kommissions-)Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verwendung von Fluggastdatensätzen zu Zwecken der Verhütung, Aufdeckung, Aufklärung und strafrechtlichen Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität<sup>136</sup> abzulehnen und die Kommission aufzufordern, diesen Legislativvorschlag zurückzuziehen. Am 10.7.2013 wurde dieser Legislativvorschlag vom Plenum des Europäischen Parlaments allerdings wieder an den LIBE-Ausschuss zur erneuten Befassung zurückverwiesen. In weiterem Zusammenhang ist auch auf den Kommissionsvorschlag für ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) im Rahmen ihres „smart borders package“ genannten Gesetzgebungspakets hinzuweisen,

der eine Datenbank mit Informationen über Drittstaatsangehörige, die in die EU einreisen, vorsieht.<sup>137</sup>

## 4. Opferschutz<sup>138</sup>

Die Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI wurde im Amtsblatt veröffentlicht<sup>139</sup> und ist gemäß deren Art. 27 bis zum 16.11.2015 in nationales Recht umzusetzen.

## 5. Untersuchungshaft

Die Europäische Kommission veröffentlichte einen Bericht<sup>140</sup> über die Antworten auf ihr Grünbuch zur Anwendung der EU-Strafrechtsvorschriften im Bereich des Freiheitsentzugs.<sup>141</sup> Hinsichtlich Alternativen zu Freiheitsentziehungen sollte der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten zufolge eine Bewertung des existierenden Rechtsrahmens abgewartet werden.<sup>142</sup> Mehr Wohlwollen wurde Vorschlägen hinsichtlich „soft law“-Maßnahmen zuteil.

## 6. EURODAC

Auf Grundlage einer neuen Eurodac-Verordnung<sup>143</sup> sollen die Fingerabdruckdaten von Asylbewerbern zentral in den Com-

<sup>137</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (KOM (2013) 95 endg. v. 28.2.2013).

<sup>138</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2012, 558 (565 f.); zum Opferchutzpaket siehe ferner Bock, ZIS 2013, 201. Zur thematisch verwandten gegenseitigen Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen siehe noch unten V. 3.

<sup>139</sup> ABl. EU 2012 Nr. L 315, S. 57.

<sup>140</sup> <http://tinyurl.com/abgwjgj> (Stand: 31.10.2013).

<sup>141</sup> KOM (2011) 327 endg. v. 14.6.2011.

<sup>142</sup> Rahmenbeschluss 2009/829/JI des Rates v. 23.10.2009 über die Anwendung – zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen über Überwachungsmaßnahmen als Alternative zur Untersuchungshaft (ABl. EU 2009 Nr. L 294, S. 20) sowie Rahmenbeschluss 2008/947/JI des Rates v. 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen (ABl. EU 2008 Nr. L 337, S. 102 i.d.F. CONSLEG 2008F0947 v. 28.3.2009).

<sup>143</sup> Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz

<sup>133</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2012, 558 (566) m.w.N.

<sup>134</sup> ABl. EU 2006 Nr. L 105, S. 54; Evaluation in KOM (2011) 225 endg. v. 18.4.2011.

<sup>135</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2012, 558 (566).

<sup>136</sup> KOM (2011) 32 endg. v. 2.2.2011.

putersystemen der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen gespeichert werden. Die Speicherfrist beträgt bis zu 10 Jahre (Art. 12, 13 Eurodac-VO) bei Personen, die internationalen Schutz beantragen, bzw. bis zu 18 Monate bei Personen, „die beim illegalen Überschreiten einer Außengrenze aufgegriffen werden“ (Art. 16 Eurodac-VO). Auf diese Fingerabdruckdaten dürfen ab dem 20.7.2015 von den Mitgliedstaaten benannte Behörden, „die für die Verhütung, Aufdeckung oder Untersuchung von terroristischen oder sonstigen schweren Straftaten zuständig sind“ (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Eurodac-VO) über eine „nationale Prüfstelle“ (Art. 6 Eurodac-VO) nach Maßgabe von Art. 20 Eurodac-VO zugreifen: Erstens ist die Nutzung von Eurodac subsidiär, das heißt, dass vorrangig Abfragen in den nationalen Fingerabdruckdatenbanken der Mitgliedstaaten – auch über das Prüm-System – zu erfolgen haben. Zweitens muss ein Abgleich „für die Verhütung, Aufdeckung oder Untersuchung terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten“ allgemein und auch im Einzelfall erforderlich sein; drittens müssen „hinreichende Gründe zu der Annahme [vorliegen], dass der Abgleich wesentlich zur Verhütung, Aufdeckung oder Ermittlung einer der fraglichen Straftaten beitragen wird“. Unter ähnlichen Maßstäben ist auch Europol zum Zugriff befugt (Art. 21 Eurodac-VO).

## V. Zusammenarbeit in Strafsachen

### 1. Europäischer Haftbefehl<sup>144</sup>

In drei Grundsatzentscheidungen Radu, Melloni und Jeremy F. urteilte der EuGH, dass der Katalog der Ablehnungsgründe in Art. 3, 4 und 4a des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb)<sup>145</sup> abschließend ist.<sup>146</sup> Auch Art. 53 GRC gestatte es dem

---

zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europols auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (ABl. EU 2013 Nr. L 180, S. 1).

<sup>144</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (567 f.) m.w.N.; siehe ferner *Miettinen*, New Journal of European Criminal Law 4 (2013) 99; *Grasso*, New Journal of European Criminal Law 4 (2013) 120.

<sup>145</sup> ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1 i.d.F. CONSLEG 2002-F0584 v. 28.3.2009.

<sup>146</sup> EuGH (Große Kammer), Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Radu); EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 PPU (Melloni); EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.) m. Anm. und Bespr. *Böhm*, StraFo 2013, 177; *Brodowski*, HRRS 2013, 54; *Gaede*, NJW 2013, 1279; *Krahnenpol*, ZfP 2013, 90; *Streinz*, JuS 2013, 661; *Vogel*, StV-Editorial 5/2013; siehe ferner *Tinsley*, EuCLR 2012, 338 zur Vorlageentscheidung in Rs. C-396/11 sowie *Manzano*, EuCLR 2013, 79 zur Vorlageentscheidung in Rs. C-399/11 PPU.

Vollstreckungsmitgliedstaat nicht, die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls unter Verweis auf weitergehende nationale Verfassungsgarantien oder Grundrechte zu verweigern. Denn dies würde, „indem die Einheitlichkeit des im Rahmenbeschluss festgelegten Grundrechtsschutzstandards in Frage gestellt wird, zu einer Verletzung der Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung, die der Rahmenbeschluss stärken soll, führen und daher die Wirksamkeit dieses Rahmenbeschlusses beeinträchtigen“.<sup>147</sup> Primär und nahezu ausschließlich sei, so der EuGH, für die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes des Verfolgten der Ausstellungmitgliedstaat zuständig: Da die „jeweiligen nationalen Rechtsordnungen in der Lage sind, einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der auf Unionsebene und insbesondere in der Charta anerkannten Grundrechte zu bieten, [ist] es die Rechtsordnung des Ausstellungmitgliedstaats [...], in der Personen, gegen die ein Europäischer Haftbefehl erlassen wurde, etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten nutzen können, die es gestatten, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens der Strafverfolgung, der Strafvollstreckung oder der Verhängung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung oder auch des strafrechtlichen Hauptverfahrens, das zur Verhängung dieser Strafe oder Maßregel geführt hat, in Frage zu stellen“.<sup>148</sup> Neben den in Art. 3, 4 und 4a RbEuHb genannten Ablehnungsgründe stünde somit nur die in Erwägungsgrund 10 RbEuHb genannte Möglichkeit zur Verfügung, „dem zufolge die Anwendung des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls nur ausgesetzt werden darf, wenn eine schwere und anhaltende Verletzung der in Art. 6 Abs. 1 EU enthaltenen Grundsätze durch einen Mitgliedstaat vorliegt und diese vom Rat gemäß Art. 7 Abs. 1 EU mit den Folgen von Art. 7 Abs. 2 festgestellt wird“.<sup>149</sup> Das allerdings ist kein tauglicher justizieller und justizialer Mechanismus zur Gewährleistung eines hinreichenden (Auffang-)Grundrechtsschutzes im Einzelfall. Des Weiteren entzog der EuGH mit dieser Rechtsprechung implizit einem auf Art. 1 Abs. 3 RbEuHb gründenden ordre public-Vorbehalt – wie in § 73 S. 2 IRG enthalten – den europarechtlichen Boden. Dem OLG München<sup>150</sup> zufolge

<sup>147</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 PPU (Melloni), Rn. 63.

<sup>148</sup> EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.), Rn. 50. Zur Bekräftigung dieser Aussage verweist der EuGH auf sein Urt. v. 22.12.2010 – C-491/10 PPU (Joseba Andoni Aguirre Zarraga ./ Simone Pelz), welches das Verfahren zur Rückführung eines entführten Kindes nach der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 betraf. Eine solche Rückführungsentscheidung wird gem. Art. 42 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 jedoch „in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt und kann dort vollstreckt werden, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann“. Die Gleichsetzung des RbEuHb-Verfahrens mit jenem Verfahren überzeugt nicht, da die Art. 3 ff. RbEuHb ein justizielles Anerkennungsverfahren voraussetzen und der RbEuHb daher gerade keinen solchen Automatismus kennt.

<sup>149</sup> EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.), Rn. 49.

<sup>150</sup> OLG München, Beschl. v. 15.5.2013 – OLG Ausl 31 Ausl A 442/13 (119/13), juris.



haben deutsche Behörden und Gerichte unbeschadet dieser EuGH-Entscheidungen in Verfahren des intra-europäischer Auslieferungsverkehrs § 73 S. 2 IRG anzuwenden und daher „weiterhin im Einzelfall [zu prüfen], ob die Erledigung der Auslieferung zu den in Art. 6 EUV enthaltenen Grundsätzen in Widerspruch stände“.

Zu den Einzelfragen der drei Entscheidungen: Wenig überraschend urteilte der EuGH im Fall Radu, dass die verfolgte Person vor Erlass eines Europäischen Haftbefehls nicht angehört werden muss. In der Rs. Melloni hatte sich der EuGH mit Verurteilungen in absentia zu befassen: Im Lichte der EGMR-Rechtsprechung zu dieser Problematik sei Art. 4a Rb-EuHb mit der GRC, insbesondere mit Art. 47, 48 Abs. 2 GRC, vereinbar. In der Rs. Jeremy F. schließlich entschied der EuGH auf Vorlage des Conseil Constitutionnel über die Vorgaben hinsichtlich der im Vollstreckungsstaat einzuhaltenden Entscheidungsfristen: Art. 27 Abs. 4, Art. 28 Abs. 3 lit. c Rb-EuHb, die nachträgliche „Entscheidungen“ zu Spezialitätsbindungen bzw. zu einer weiteren Auslieferung betreffen, enthalten hierfür eine starre Frist von 30 Tagen; Art. 17 Rb-EuHb – dort ist eine Regelfrist von zehn bzw. 60 Tagen normiert – spricht hingegen von „endgültigen Entscheidungen“. Daraus schließt der EuGH, dass das nationale Recht gegen Entscheidungen gem. Art. 27 Abs. 4, Art. 28 Abs. 3 lit. c Rb-EuHb durchaus Rechtsbehelfe mit Suspensiveffekt vorhalten kann, auch wenn hierdurch die 30-Tage-Frist nicht eingehalten werden kann, solange nur die Maximalfrist des Art. 17 RbEuHb eingehalten wird.

Kroatien hatte knapp vor seinem EU-Beitritt ein Gesetz (sog. *lex Perković*) erlassen, mit dem die Anwendbarkeit des Europäischen Haftbefehls gemäß Art. 32 RbEuHb auf Taten begrenzt wurde, die nach dem 7.8.2002 begangen wurden. Kroatischen Medienberichten zufolge sei dies eine Reaktion auf das Bestreben der Bundesanwaltschaft, am Tag des EU-Beitritts Kroatiens Europäische Haftbefehle gegen den ehemaligen kroatischen Geheimdienstoffizier Josip Perković und gegen seine Komplizen wegen Mordes an einem Exil-Kroaten im Jahre 1983 zu erlassen. Wegen dieser Sache war bereits ein Exilkroate durch das OLG München<sup>151</sup> wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden. Diese Einschränkung des RbEuHb durch Kroatien hält die Europäische Kommission für nicht zulässig; sie drohte daraufhin mit Maßnahmen nach Art. 39 der Beitrittsakte wegen „ernste(r) Mängel“ „bei der Umsetzung oder der Durchführung von Rechtsakten“. Das ist insoweit hervorzuheben, als dass ein förmliches Vertragsverletzungsverfahren wegen unzureichender Umsetzung des RbEuHb gegenüber Nicht-Beitrittsstaaten erst ab dem 1.12.2014 eingeleitet werden kann. Kroatien kündigte zwischenzeitlich an, bis zum 1.1.2014 diese Einschränkung im kroatischen Auslieferungsrecht wieder aufzuheben.

Im Rahmen eines Pilotprojekts e-CODEX<sup>152</sup> soll der elektronische Austausch von Akten betreffend Europäischer Haftbefehle zwischen den Justizbehörden zunächst Frankreichs,

Deutschlands und Spaniens getestet werden. Unter Rückgriff auf die jeweilige nationale Infrastruktur – etwa auf das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) – werden hierzu zunächst ausgewählte Justizbehörden aus den Grenzregionen sowie das Bundesamt für Justiz (BfJ) vernetzt.

## 2. Europäische Ermittlungsanordnung<sup>153</sup>

Mit gleichlautenden Schreiben<sup>154</sup> forderten die Delegationen aus Belgien, Bulgarien, Estland, Italien, Polen, Slowenien, Spanien, Österreich und Schweden die Ratspräsidentschaft dazu auf, alsbald einen erfolgreichen Abschluss des Trilog zur Initiative einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen<sup>155</sup> anzustreben. Die Verhandlungsposition des Europäischen Parlaments zielt unter anderem auf einen verbesserten Datenschutz bei der weiteren Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 18 Abs. 2a, 4a, 4b, Art. 18a EIO-E) sowie grundsätzlich eine Kostenteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat (Art. Y EIO-E) vor; der Rat hatte hier grundsätzlich dem Vollstreckungsstaat die Pflicht zur Tragung der Kosten auferlegt. Auf einen weiteren Kritikpunkt des Parlaments ist die Ratspräsidentschaft bereit, in Art. 5a Abs. 3 EIO-E klarzustellen, dass u.a. die Erforderlichkeit (necessity) und Verhältnismäßigkeit durch den Vollstreckungsmitgliedstaat (und dort durch dessen Gerichte und Ermittlungsrichter, alternativ aber auch durch deren Staatsanwaltschaften) nachgeprüft werden müsse. Die Ratspräsidentschaft lehnt jedoch die Forderung des Parlaments ab, auch der Verteidigung das Recht einzuräumen, eine Europäische Ermittlungsanordnung zu beantragen.<sup>156</sup>

## 3. Schutzmaßnahmen in Zivilsachen<sup>157</sup>

Die Verordnung (EU) Nr. 606/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.6.2013 über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen<sup>158</sup> ermöglicht es, dass Aufenthalts-, Annäherungs- und Kontaktverbote, die von Verwaltungsbehörden oder Gerichten im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten und unter Wahrung von Mindestgarantien (Art. 6 VO 606/2013) erlassen wurden und die von der geschützten Person durch Vorlage einer Bescheinigung (Art. 5 ff. VO 606/2013) anderen Mitgliedstaaten zur Kenntnis gebracht wurden, dort ohne ein weiteres Anerkennungsverfahren (Art. 4, 15 VO 606/2013) für maximal zwölf Monate durchsetzbar sind. Nur aufgrund von faktischen Gegebenheiten sei eine Anpassung der Schutzmaßnahme nach der

<sup>151</sup> OLG München, Urt. v. 16.7.2008 – 6 St 005/05 (2) 3 BJs 27/04-2 (6) 3 StE 2/05-2 (2).

<sup>152</sup> <http://www.e-codex.eu/pilots/european-arrest-warrent.html> (31.10.2013).

<sup>153</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2012, 558 (568 f.); siehe ferner Ahlbrecht, StV 2013, 114; Heydenreich, StraFo 2012, 439.

<sup>154</sup> Ratsdok. 6532/13.

<sup>155</sup> Zuletzt Ratsdok. 16120/12; partielle allgemeine Ausrichtungen in Ratsdok. 18918/11; Ratsdok. 11735/11; ursprünglich Ratsdok. 9145/10.

<sup>156</sup> Siehe zu alledem Ratsdok. 16120/12.

<sup>157</sup> Vgl. zuvor Brodowski, ZIS 2012, 558 (569); siehe ferner Kohler/Pintens, FamRZ 2012, 1425; Wagner, NJW 2012, 1333 (1334 f.); ders., NJW 2013, 3128 (3130).

<sup>158</sup> ABl. EU 2013 Nr. L 181, S. 4.

lex loci möglich (Art. 11 VO 606/2013); eine materielle Nachprüfung ist hingegen explizit ausgeschlossen (Art. 12 VO 606/2013). Allerdings sieht Art. 13 VO 606/2013 bei Verstößen gegen den nationalen *ordre public* und bei widersprechenden Gerichtsentscheidungen im Vollstreckungsstaat die Möglichkeit zur Ablehnung der Vollstreckung vor. Zwar ist die Verordnung bereits in Kraft getreten (Art. 22 UAbs. 1 VO 606/2013); entscheidend ist jedoch die in Art. 22 UAbs. 2 und 3 VO 606/2013 geregelte Gültigkeit:<sup>159</sup> Diese beginnt erst „ab dem 11. Januar 2015“ (Art. 22 UAbs. 2 VO 606/2013), also „für Schutzmaßnahmen, die am oder nach dem 11. Januar 2015 angeordnet wurden, unabhängig davon, wann das Verfahren eingeleitet worden ist“ (Art. 22 UAbs. 3 VO 606/2013).

#### 4. Prümer Beschluss

Im Dezember 2012 legte die Kommission ihren Bericht zur Durchführung des Beschlusses 2008/615/JI des Rates vom 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität („Prümer Beschluss“) vor.<sup>160</sup> Die Umsetzung<sup>161</sup> sei – vor allem hinsichtlich des Zugriffs auf Fingerabdruck- und Fahrzeugdaten – noch unzureichend; die von den Mitgliedstaaten vorgetragenen administrativen, technischen und finanziellen Gründe hält die Kommission für wenig stichhaltig.

#### 5. Führungsaufsicht im EU-Ausland; gegenseitige Anerkennung von Alternativsanktionen

Einer Entscheidung des OLG München<sup>162</sup> zufolge ist es „möglich, Führungsaufsichtsweisungen für den Fall zu erteilen, dass die verurteilte Person nach Entlassung ihren Aufenthalt im Ausland, namentlich in anderen Mitgliedstaaten der EU, nimmt, und diese Weisungen entsprechend auszugestalten.“ Zwar habe Deutschland den Rahmenbeschluss 2008/947/JI des Rates vom 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und

Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen<sup>163</sup> noch nicht ausdrücklich in innerstaatliches Recht umgesetzt; ausgehende Ersuchen seien jedoch nach allgemeinen Regeln möglich.<sup>164</sup>

## VI. Zusammenarbeit mit Drittstaaten und Internationalen Organisationen

### 1. Zusammenarbeit mit dem IStGH<sup>165</sup>

Am 31.1.2013 legten die Kommission und die Hohe Vertreterin der Europäischen Union für Außen- und Sicherheitspolitik ein Gemeinsames Arbeitsdokument über die Förderung des Komplementaritätsprinzips vor.<sup>166</sup> Das Dokument zielt darauf ab, dass die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten auf relevante Staaten einwirken und diese darin unterstützen, deren Kriminaljustizsysteme zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und von Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu effektivieren.

### 2. Island und Norwegen – EU-Rechtshilfeübereinkommen<sup>167</sup>

Das Übereinkommen zwischen der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Anwendung einiger Bestimmungen des Übereinkommens vom 29.5.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und des dazugehörigen Protokolls von 2001<sup>168</sup> trat zum 1.1.2013 in Kraft.<sup>169</sup>

### 3. USA – SWIFT/TFTP-Abkommen<sup>170</sup>

Eine zweite Evaluation<sup>171</sup> des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Zahlungsverkehrsdaten und deren Übermittlung aus der Europäischen Union an die Vereinigten Staaten von Amerika für die Zwecke des Programms zum Aufspüren der Finanzierung des Terrorismus (TFTP/SWIFT-Abkommen)<sup>172</sup> berichtet von einer deutlich gesunkenen Anzahl von Suchanfragen. Indes ist weiterhin unklar, wie umfangreich die übermittelten Datenbestände sind. Ferner lasse sich aufgrund US-amerikanischer Vorgaben hinsichtlich der Geheimhaltung des TFTP-Programms die Nützlichkeit des Programms und des TFTP-Abkommens nicht umfassend bewerten; dieser Eindruck wird durch die Enthüllungen im

---

<sup>159</sup> Zur Unterscheidung dieser beiden Daten vgl. EuGH, Urt. v. 17.11.2011 – C-412/10 (Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA), Rn. 24: Der „Gesetzgeber [darf] den Zeitpunkt des Inkrafttretens vom Zeitpunkt des Beginns der Anwendung der Regelung, die er erlässt, unterscheiden, indem er den letztgenannten Zeitpunkt gegenüber dem erstgenannten hinausschiebt. Eine solche Vorgehensweise kann es insbesondere, sobald der Rechtsakt in Kraft getreten und damit Teil der Rechtsordnung der Union geworden ist, den Mitgliedstaaten oder den Organen der Union ermöglichen, auf der Grundlage dieses Rechtsakts die ihnen obliegenden vorab bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, die sich als unerlässlich für dessen spätere vollständige Anwendung auf sämtliche Rechtssubjekte, für die er gilt, erweisen“.

<sup>160</sup> KOM (2012) 732 endg. v. 7.12.2012; Beschluss: ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 1; Durchführungsbeschluss: ABl. EU 2008 Nr. L 210, S. 12.

<sup>161</sup> Aktueller Umsetzungs- und Implementierungsstand in Ratsdok. 5074/6/13.

<sup>162</sup> OLG München NStZ-RR 2013, 211.

<sup>163</sup> ABl. EU Nr. L 337, S. 102 i.d.F. CONSLEG 2008F0947 v. 28.3.2009; siehe hierzu *Neveu*, *New Journal of European Criminal Law* 4 (2013), 134.

<sup>164</sup> OLG München NStZ-RR 2013, 211 (212).

<sup>165</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2011, 940 (954).

<sup>166</sup> „Toolkit for Bridging the gap between international & national justice“, SWD (2013) 26 endg. v. 31.1.2013; auch abgedruckt in Ratsdok. 6783/13.

<sup>167</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (570) m.w.N.

<sup>168</sup> ABl. EU 2004 Nr. L 26, S. 3.

<sup>169</sup> ABl. EU 2012 Nr. L 322, S. 1.

<sup>170</sup> Vgl. zuvor *Brodowski*, ZIS 2011, 940 (953 f.).

<sup>171</sup> SWD (2012) 454 v. 14.12.2012; erste Evaluation in SEK (2011) 438 v. 30.3.2011.

<sup>172</sup> ABl. EU 2010 Nr. L 195, S. 5.



Rahmen des sog. NSA-Skandals noch verstärkt. Infolgedessen fordern Teile des Europäischen Parlaments die Suspendierung oder Kündigung dieses Abkommens. Auf welchem unionsinternen Weg dies in Gang gesetzt werden könnte, ist primärrechtlich nicht eindeutig geklärt; während einige Mitglieder des Europäischen Parlaments die Kommission in die Pflicht zu nehmen suchen, verweist nämlich die Literatur auf eine entsprechende Anwendung des Art. 218 Abs. 6 AEUV und damit auf den Rat.<sup>173</sup>

#### *4. PNR-Abkommen mit Kanada*

Die Kommission unterbreitete am 18.7.2013 Vorschläge gerichtet auf die Annahme von Beschlüssen des Rates über die Unterzeichnung bzw. den Abschluss des Abkommens zwischen Kanada und der Europäischen Union über die Übermittlung und Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records – PNR).<sup>174</sup> Dieses Abkommen soll das bestehende Abkommen aus dem Jahr 2006 ersetzen.<sup>175</sup> Art. 16 sieht eine Höchst-Speicherfrist von 5 Jahren vor; nach Ablauf von 30 Tagen soll der Zugriff jedoch höheren prozeduralen Hürden unterliegen, die nach zwei Jahren noch weiter verschärft werden. Die Zustimmung des Europäischen Parlaments zu diesem Abkommen sowie die Annahme dieser Beschlüsse durch den Rat stehen noch aus.

---

<sup>173</sup> Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 49), 43. Lfg., Stand: März 2011 2013, Art. 218 AEUV Rn. 61.

<sup>174</sup> KOM (2013) 528 endg. v. 18.7.2013; KOM (2013) 529 endg. v. 18.7.2013

<sup>175</sup> ABl. EU 2006 Nr. L 82, S. 15.

# Clausura del proceso por el Procurador General Federal del 20.6.2013 respecto al uso de vehículos aéreos no tripulados en Mir Ali/Pakistán el 4.10.2010 y el homicidio del ciudadano alemán B.E.

Comentario de la “versión pública” del 23.7.2013\*

Prof. Dr. Kai Ambos, Juez de Tribunal Regional, Gotinga

1. La decisión del Procurador General Federal que se comenta presenta un solo problema jurídico que, si embargo, es complejo, esto es, cuándo es admisible o inadmisibles, desde el punto de vista del derecho internacional, el homicidio selectivo de un civil en un conflicto armado. Para anticipar el tema: el Procurador General Federal establece un umbral bastante bajo y, con ello, se ubica debajo del estándar de protección del derecho internacional para los homicidios selectivos (“targeted killings”) en conflictos armados. Por ello, en el resultado, el Procurador General Federal debe rechazar la sospecha, especialmente, de un crimen de guerra de conformidad con el § 11, inc. 1º, 1ª oración, núm. 1 del Código Penal Internacional alemán (ataque a personas civiles).<sup>1</sup> La decisión contiene otras consideraciones interesantes, por ejemplo, con respecto a la aplicación de los mismos principios para el uso de vehículos aéreos no tripulados.<sup>2</sup> Con estas otras cuestiones

---

\* Traducción del alemán de Noelia Núñez, estudiante de doctorado y becaria DAAD, Universidad de Buenos Aires/Universidad Georg-August, Gotinga.

<sup>1</sup> Procurador General Federal, clausura del proceso del 20.6.2013 respecto al uso de vehículos aéreos no tripulados en Mir Ali/Pakistán el 4.10.2010, “versión pública” del 23.7.2013, disponible en

[https://www.generalbundesanwalt.de/docs/drohneneinsatz\\_vo\\_m\\_04oktober2010\\_mir\\_ali\\_pakistan.pdf](https://www.generalbundesanwalt.de/docs/drohneneinsatz_vo_m_04oktober2010_mir_ali_pakistan.pdf),

aquí p. 22 ss., acertado con respecto al efecto de la justificación en relación con el derecho penal general (§ 211 Código Penal alemán), id., pp. 27, 30; (Nota de la traductora: el Procurador General Federal dispuso la clausura del proceso de conformidad con el § 170, inc. 2º de la Ordenanza Procesal Penal alemana. De acuerdo con esta disposición, la fiscalía puede disponer la clausura del proceso cuando, por ejemplo, resulta que el hecho como tal no es punible. En la decisión que se comenta, el Procurador General Federal evaluó la punibilidad a la luz de las figuras de crímenes de guerra previstas en los §§ 11, inc. 1º, 1ª oración, núm. 1; inc. 2º e inc. 1º, núm. 3 del Código Penal Internacional alemán, así como también de las disposiciones aplicables del Código Penal alemán. En el caso de los crímenes de guerra descartó la punibilidad fundamentalmente porque el ataque no habría sido dirigido contra la población civil o una persona civil que merecen protección según el derecho internacional. Por otra parte, desechó la punibilidad a la luz de las figuras del Código Penal alemán, porque en el caso la conducta habría constituido una intervención militar admisible y, por tanto, estaría justificada por el derecho penal general. La decisión de conformidad con el § 170, inc. 2º no tiene fuerza de cosa juzgada, por lo cual, el proceso puede reanudarse en todo momento).

<sup>2</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 31 ss. En este sentido, es interesante el punto de vista histórico-funcional que

coincido ampliamente y como precedente no tienen un efecto comparable – peligroso – al del establecimiento (muy bajo) del umbral para los homicidios en el caso de ataques contra civiles, con o sin vehículos aéreos no tripulados. Por ello, aquí sólo se tratará este último tema.

2. De acuerdo con la información del Procurador General Federal, la víctima del ataque norteamericano del 4 de octubre de 2010 mediante vehículos aéreos no tripulados, el ciudadano alemán B.E., original de Wuppertal, se unió al Yihad islámico en el norte de Pakistán (Waziristán del Norte) a mediados del 2010.<sup>3</sup> Sobre las actividades concretas de B.E. se conoce que:

“Durante su estadía en el norte de Waziristán, B.E. se unió sucesivamente a varias agrupaciones rebeldes. Mientras que primero perteneció a un grupo denominado ‘Muyahidín Alemán’ y luego al talibán pakistaní, por lo menos a partir de mediados de septiembre estuvo vinculado con Al-Qaeda. En este periodo fue equipado con una Kaláshnikov con cuatro cargadores, cada uno con 30 cartuchos, tomó parte en entrenamientos de combate y recibió una formación en el manejo de armas.

La reunión de la tarde en que fueron usados los vehículos aéreos no tripulados (4 de octubre de 2010) tuvo por objetivo discutir y poner en marcha la planificación de un atentado suicida a ser llevado a cabo por B.E., contra un establecimiento militar de las fuerzas armadas de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (y posiblemente también contra las alemanas) [...] La planificación del empleo de B.E. era tan concreta, que ya estaba fijada la fecha de dicha operación.”<sup>4</sup>

De ello resulta que B.E. se unió en Waziristán a agrupaciones militantes y planeó un atentado suicida. Con ello, probablemente se puede coincidir con las conclusiones del Procurador General Federal en cuanto a que B.E. “estuvo [en Waziristán] como combatiente de un actor de un conflicto

---

considera parte de las fuerzas armadas también a los civiles, en este caso a los empleados de la CIA, en el sentido del art. 43, inc. 1º del Primer Protocolo Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (PA I; Boletín Oficial del Estado alemán: BGBl. II 1990, p. 1550 s. 1551, id., p. 33 s.); sin embargo, la literatura, que trata a los civiles como tales, rechaza este punto de vista (cf. empleados de la CIA, *Ohlin*, JICJ 11 [2013], 42 [45]; similar respecto a civiles que participaron en un ataque cibernético *Lin*, Int. Rev. of the Red Cross 94 [2012], 526 f.; *Lülf*, HuV-I 26 [2013], 79). Es también interesante la acertada referencia a la – falta de – posibilidad de probar una lista de objetivos seleccionados (“targeting list”) por parte del Presidente de EE.UU. (Procurador General Federal [supra n. 1], p. 35 s.).

<sup>3</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 15.

<sup>4</sup> Id. (se omitió la nota al pie).

no estatal”.<sup>5</sup> Sin embargo, no se probó una participación concreta de B.E. en las hostilidades. No obstante, el Procurador General Federal supone una “función continua de combate” (“contin[u]ous combat function”) en el sentido del derecho internacional humanitario (al respecto, en seguida con más detalle):

“Sin embargo, en el caso de una persona que es reclutada, formada y equipada por un grupo con el objetivo de participar de manera permanente y directa en las hostilidades, ha de suponerse tal función continua de combate, incluso cuando no haya participado por sí misma en una conducta hostil. Quienes pertenecen a grupos armados organizados pueden ser seleccionados como objetivos, incluso si en ese momento no participaban directamente en las hostilidades. Para los miembros de estos grupos, la recuperación del estatus jurídico de protegido propio de una persona civil recién es posible cuando abandonan su función continua de combate de manera duradera y reconocible.”<sup>6</sup>

“En un caso como el del reclutamiento, formación y equipamiento de una persona para la comisión de conductas de combate, no es necesario que la persona ya haya tomado parte en una conducta hostil para suponer la función continua de combate.”<sup>7</sup>

3. Si se sigue la opinión del Procurador General Federal, es suficiente la mera pertenencia a un grupo armado (en el caso, terrorista) para hacer de los civiles protegidos por el derecho internacional humanitario un objetivo militar legítimo. Con ello, el umbral de los homicidios admisibles, atribuido al derecho penal general aplicado exclusivamente en tiempos de paz, es equiparado a aquél de la responsabilidad por delitos de organización de conformidad con los §§ 129, 129a, 129b del Código Penal alemán. Ni siquiera depende del acuerdo para cometer el crimen – aquí también comprobado – en el sentido del § 39, inc. 2º, 3ª alternativa del Código Penal alemán. Como es sabido, sin embargo, la responsabilidad penal – de la clase que fuere – ahora no permite el homicidio (por el Estado) de la persona en cuestión, sino sólo su persecución penal. Por lo tanto, ¿la circunstancia de que existe un conflicto armado debe servir por sí sola como justificación del homicidio de quien es sospechado de terrorismo? Este paralelismo no sólo hace comprensibles los amplios reparos ético-jurídicos contra los homicidios en conflictos armados,<sup>8</sup> sino también deja dudas jurídico-positivas respecto del umbral fijado por el Procurador General Federal para los homicidios.

4. Por supuesto, los homicidios selectivos en conflictos armados no son inadmisibles de manera general.<sup>9</sup> Dicho de manera sencilla, vale más bien el principio de distinción del derecho internacional humanitario, según el cual se puede matar combatientes, pero los civiles deben ser protegidos. Debido a que en los conflictos no internacionales – que aquí interesan<sup>10</sup> – no rige la distinción combatiente/civil, sino todos los combatientes son en principio civiles, lo relevante, según el art. 13, inc. 3º del Segundo Protocolo Adicional (PA II),<sup>11</sup> es si una persona participa “directamente en las hostilidades” (“take a direct part in hostilities”). Si éste es el caso, pierde su inmunidad y se convierte en un objetivo militar legítimo. Esta disposición, por supuesto, es conocida al Procurador General Federal;<sup>12</sup> sin embargo, como se mostró supra, según su opinión ella estaría satisfecha con la mera pertenencia. No obstante, este punto de vista se ubica debajo del estándar de protección del derecho internacional humanitario vigente. De acuerdo con ello ha de diferenciarse: el principio de pertenencia (conocido como “membership approach”) sólo puede aplicarse en el caso de grupos armados organizados (“organised armed groups”) en el sentido del derecho internacional humanitario; en el caso de los demás grupos armados (irregulares) depende de la participación directa en las hostilidades (conocido como “direct participation approach”), en este sentido, sin embargo, han de colocarse exigencias más altas con respecto al comportamiento de la persona en cuestión.<sup>13</sup>

5. La cualidad del grupo armado requerida por el “membership approach” fue analizada por el Procurador General Federal de manera simplista. Si bien se ocupa del “grado de organización de las partes que intervienen en el conflicto, lo cual les permite planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concentradas sobre la base de la disciplina militar y la autoridad de hecho”,<sup>14</sup> no da más explicaciones al respecto, sino hace parte del conflicto en el norte de Waziristán a “todos” los “grupos rebeldes activos, inclusive Al-Qaeda” que operan en dicho lugar y, con ello, parece considerarlos

<sup>5</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 16.

<sup>6</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 24 (destacado por el autor).

<sup>7</sup> Id., (destacado por el autor).

<sup>8</sup> Cf. Eser, en: Dölling/Götting/Meier/Verrel (ed.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung*, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, p. 461; *el mismo autor*, en: Appel/Hermes/Schönberger (ed.), *Öffentliches Recht im offenen Staat*: Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, p. 665; Merkel, JZ 2012, 1137.

<sup>9</sup> Cf. fundamental Otto, *Targeted Killing and International Law*, 2012, passim; cf. también Kretzmer, EJIL 16 (2005), 171 (186); Kref/Nolte, FAZ.net de 30.12.2009, disponible en [www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-im-ungleichen-krieg-1899361.html](http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-im-ungleichen-krieg-1899361.html);

Schaller, HuV-I 2011, 91; Ambos/Alkatout, JZ 2011, 758.

<sup>10</sup> Convincente, Procurador General Federal (supra n. 1), p. 17 ss.

<sup>11</sup> Segundo Protocolo Adicional a los (cuatro) Convenios de Ginebra (regula los conflictos no internacionales), Boletín Oficial del Estado alemán: BGBl. II 1990, p. 1550, 1637.

<sup>12</sup> Cf. Procurador General Federal (supra n. 1), p. 23 con n. 106. Al respecto, es acertada la limitación a los verdaderos actos de combate en oposición a la doctrina de EE.UU. “war on terror” (id., p. 21 s.); en este sentido, también por ejemplo, Lubell/Derejko, JICJ 11 (2013), 71 s.

<sup>13</sup> Por lo demás, es discutido si el “membership approach” debería ser aplicado en conflictos no internacionales, cf. Ambos/Alkatout, Isr. Law Review 45 (2012), 341 (348).

<sup>14</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 18.

“grupos armados organizados” en el sentido (estricto) del derecho internacional humanitario. Este enfoque es muy amplio y en todo caso discutido para el caso de Al-Qaeda, debido a su carácter de red descentralizada;<sup>15</sup> además, para el caso del grupo del afectado B.E. debería haber sido probado. Sin embargo, el Procurador General Federal no nombra este grupo de forma precisa,<sup>16</sup> ni investiga si se trata de un “grupo armado organizado” en sentido estricto. Si se quiere aplicar el “membership approach” a conflictos no internacionales,<sup>17</sup> deben colocarse requisitos altos respecto del concepto de grupo que le subyace, debido a las consecuencias letales – en un sentido real de la palabra – que surgen de allí para los miembros del grupo (pérdida de inmunidad). Así, las características del grupo deben asimilarse por lo menos a las de un Estado – como parte paradigmática de los conflictos – y el grupo debe demostrar un mínimo de organización central y colectiva,<sup>18</sup> debe tener una organización jerárquica rígida<sup>19</sup> y – como exige el art. 1º, inc. 1º del PA II – debe poder “realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. De este modo, son necesarias, en todo caso en relación con la organización interna, una estructura de mando militar y centralizada y una cadena de mando top-down.<sup>20</sup>

6. Los civiles que no pertenecen a un “grupo armado organizado” en el sentido mencionado supra no pierden su inmunidad con la pertenencia a otro grupo armado, sino recién mediante la denominada “participación directa” (“direct par-

ticipation”). Ello supone incluso más que una mera pertenencia y/o preparación del crimen (acuerdo para cometerlo), esto es, conductas lesivas concretas, por ejemplo, ataques a combatientes adversarios o su detención (tentada), minado de una zona, sabotaje de vías de comunicación militar, así como entrada y salida del combate.<sup>21</sup>

7. Aun cuando in casu se quiera aplicar el “membership approach”, esto es, suponer que B.E. perteneció a un “grupo armado organizado” en un sentido estricto (lo cual, como se ha dicho, no fue probado por el Procurador General Federal de manera inequívoca), es sin embargo muy dudoso, si la mera pertenencia a uno de estos grupos y una preparación de un atentado suicida quitan a uno de estos miembros la protección del derecho internacional humanitario (según el cual, dicho miembro es considerado un civil). Ello depende de manera decisiva de la controvertida cuestión acerca de la relación entre el “membership approach” y la “continuous combat function”. Si para fundamentar la pérdida de inmunidad con base en la pertenencia, se exige, como probablemente también el Procurador General Federal,<sup>22</sup> una función continua de combate,<sup>23</sup> lo relevante es cómo ésta es definida. Desde un punto de vista puramente conceptual parece que “continuous combat” [continua de combate] de todas formas quiere decir algo más que una mera pertenencia (pasiva), precisamente actos de combate continuos y activos. Por otra parte, éstos no deberían alcanzar una participación directa en las hostilidades, ya que de otra forma se difuminaría la distinción entre ambos principios („membership approach“ versus „direct participation“) y se minaría el efecto compensador del “grupo armado organizado” en el caso del “membership approach”. En efecto, para algunos autores la diferencia esencial entre ambos principios radica en que el “membership approach” sólo está ligado al estatus de perteneciente y justamente de ello se sigue la pérdida de inmunidad, mientras que el “direct participation approach” exige una participación directa en el combate.<sup>24</sup> De todas formas, estas cuestiones son mucho más complejas que lo que dejan suponer las explicaciones del Procurador General Federal.

8. Finalmente, ha de celebrarse que el Procurador General Federal de todos modos discuta la fundamental primacía de

<sup>15</sup> Cf. también Procurador General Federal (supra n. 1), p. 19 con n. 38 (con una acertada referencia a *Ambos/Alkatout*, JZ 2011, 759, pero sin discutir dicho punto de vista); más detallado *los mismos autores*, Isr. Law Review 45 (2012), 349 s.

<sup>16</sup> Cf. supra n. 1 y texto principal.

<sup>17</sup> Para una crítica véase supra n. 13.

<sup>18</sup> *Rudolf/Schaller*, Targeted Killing, Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielten Tötens in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung, Stiftung Wissenschaft und Politik 2012, p. 16; el Tribunal de Yugoslavia de la ONU exige, entre otros, “la existencia de una estructura de mando y [...] cuarteles” [“the existence of a command structure and [...] headquarters”], ICTY (Trial Chamber I), sentencia del 3.4.2008 – IT-04-84-T (Prosecutor v. Ramush Haradinaj/Idriz Balaj/Lahi Brahimaj), párr. 60. Para un mínimo de organización también *Paulus/Vashakmadze*, Int. Rev. of the Red Cross 873 (2009), 95 (117); cf. también *Lubell*, Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors, 2010, p. 110 (según el cual debe existir “un nivel mínimo de organización”).

<sup>19</sup> Art. 4 (A) (2) (a) tercer Convenio de Ginebra de 1949 (Boletín Oficial del Estado alemán: BGBl. II 2009, p. 222, 223). Cf. también *Wieczorek*, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, 2005, p. 75 ss.

<sup>20</sup> *Ipsen*, en *Fleck* (ed.), Handbook of International Humanitarian Law, 2º ed. 2008, p. 84 ss.; el Tribunal de Yugoslavia de la ONU exige por lo menos “la capacidad de ejercer algún tipo de control sobre sus miembros” [“the ability to exercise some control over its members”], ICTY (Trial Chamber II), sentencia del 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Ljube Boškoski/Johan Tarčulovskias), párr. 196.

<sup>21</sup> Cf. más preciso *Ambos/Alkatout*, JZ 2011, 762; *los mismos autores*, Isr. Law Review 45 (2012), 357 s., cada uno con más pruebas.

<sup>22</sup> Supra n. 6 y texto principal.

<sup>23</sup> Cf. también *Ambos*, en: Joecks/Miebach (ed.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 8, 2º ed. 2013, comentario previo a los §§ 8 ss. del Código Penal Internacional alemán nm. 42: “Por el contrario, los miembros activos (combatientes) y permanentes (‘continuous combat function’) de grupos armados organizados, de hecho, dejaron de ser civiles y, por ello, no deberían ser tratados como tales, sino, como miembros de las unidades de combate del partido contrario en el marco del principio de participación (‘membership approach’).”

<sup>24</sup> Cf. más reciente *May*, JICJ 11 (2013), 47 (48 ss.: “basado en el estatus” vs. “basado en la conducta” [“status” vs. “conduct-based”]).

una detención (en lugar del homicidio), aunque in casu – por motivos fácticos probablemente convincentes – la rechaza.<sup>25</sup> En efecto, los vehículos aéreos no tripulados justamente se utilizan, porque sus objetivos se encuentran en una zona militar no controlada y, por ello, no existe, en general, la posibilidad de una detención. Desde un punto de vista jurídico, sin embargo, ha de señalarse que la prioridad de la detención no sólo se sigue del principio de la necesidad militar – mencionado por el Procurador General Federal<sup>26</sup> –, sino también de consideraciones humanitarias – inmanentes al derecho internacional humanitario y que, en efecto, lo sobrepasan<sup>27, 28</sup>. Desde la perspectiva de los derechos hu-

manos, el principio de proporcionalidad –cuya expresión es la necesidad militar– exige un mínimo de seguridad con respecto al peligro que surge de la persona atacada y la imposibilidad de evitar el recurso a fuerza letal.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 25 s.

<sup>26</sup> En este sentido, cf. art. 57, inc. 3º del PA I: “Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil” (destacado por el *autor*). Véase en general sobre la necesidad militar *Ambos*, *Treatise of International Criminal Law*, Tomo I, 2013, pp. 388 ss.

<sup>27</sup> En el sentido del art. 1, inc. 2º del PA I (“[...] las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.” [resaltado por el *autor*]). Véase también Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8.7.1996, ICJ Reports 226, párr. 78.

<sup>28</sup> Cf., en general también Corte Suprema de Israel, “Decisión sobre homicidios selectivos” del 14.12.2006 – Caso N° HCJ 769/02 (*The Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel et al.*), párr. 60: “Dañar a dichos civiles, incluso si el resultado es la muerte, está permitido bajo la condición de que no haya otro medio menos lesivo”; cf. también *Melzer*, *NYU Journal of International Law & Policy* 42 (2010), 81; *el mismo autor*, *Yearbook of Int. Humanitarian Law (YbIHL)* 9 (2006), passim; *Solis*, *Naval War College Review* 60 (2007), 542; *Ohlin*, *JICJ* 11 (2013), 33 s.; *el mismo autor*, *Minnesota Law Review*, 97 (2013), 1306; tal primacía de la detención incluso fue reconocida por el gobierno de Obama, véase *Brennan*, “The Ethics and Efficacy of the President’s Counterterrorism Strategy” disponible en <http://www.wilsoncenter.org/event/the-efficacy-and-ethics-us-counterterrorism-strategy> (consultado el 5.5.2013):

“[...] nuestra preferencia incondicional es sólo usar la fuerza letal cuando creemos que la captura de la persona no es posible. He escuchado que se insinuó que la administración de Obama de alguna manera prefiere matar a los miembros de Al-Qaeda en lugar de capturarlos. Nada puede estar más lejos de la verdad. Nuestra preferencia es capturar a los sospechosos de terrorismo siempre y cuando sea posible.”). Sin embargo, otra opinión *Rudolf/Schaller* (supra n. 18), pp. 21, 26, según la cual no habría una obligación de utilizar medios menos lesivos, como por ejemplo la detención; similar *van Schaack*, *YbIHL* 14 (2011), 24 (“el derecho internacional humanitario permite el uso de la fuerza letal contra adversa-

---

rios como recurso primario en comparación con escenarios en los que se aplica el derecho en tiempos de paz.”).

<sup>29</sup> Cf. *May*, *JICJ* 11 (2013), 56 ss.

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

**Johannes Stalberg**, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ne bis in idem), Peter Lang Verlagsgesellschaft, Internationales und Europäisches Strafverfahrensrecht Bd. 9, Frankfurt a.M. 2013, 356 S., € 67,90

Das Manuskript der von *Heghmanns* betreuten Münsteraner Dissertation wurde im November 2012 abgeschlossen. Deshalb konnte *Stalberg* das *Fransson-Urteil*<sup>1</sup> des EuGH nicht mehr berücksichtigen. Dass er mit seiner Arbeit einem Grundsatzurteil des EuGH zugekommen ist, beweist Aktualität und Bedeutung seines Themas.

Der Vertrag von Lissabon erklärt die Grundrechte-Charta der Europäischen Union (GrCh) zu verbindlichem EU-Vertragsrecht, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV. Wie weit der Anwendungsbereich des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes (Art. 50 GrCh) reicht, wurde bisher vor allem in transnationalen Fällen zum Problem.<sup>2</sup> Denn in diesen Fällen konkurriert Art. 50 GrCh mit Art. 54 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 (SDÜ) vom 19.6.1990<sup>3</sup>. Und Art. 54 SDÜ macht Strafklageverbrauch von einschränkenden Voraussetzungen abhängig. Ob diese Einschränkungen weitergelten oder ob Art. 50 GrCh sie verdrängt, ist umstritten.<sup>4</sup> Das *Fransson-Urteil* des EuGH dagegen betrifft einen rein innerstaatlichen Sachverhalt: Strafverfahren nach rechtskräftiger Verhängung von Steuerzuschlägen wegen unrichtiger Angaben zur Mehrwertsteuer. Der EuGH wendet auch darauf die Grundrechte-Charta an.

*Stalberg* hat sich die Aufgabe gestellt, den Anwendungsbereich von Art. 50 GrCh umfassend zu vermessen, nicht nur im horizontalen Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten, sondern – beispielsweise – auch im vertikalen Verhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten. Dazu unterscheidet er fünf Unterbereiche voneinander: Nationaler Anwendungsbereich innerhalb eines Mitgliedstaates (S. 45-162), horizontal-transnationaler Anwendungsbereich innerhalb der EU (S. 163-212), horizontal-supranationaler Anwendungsbereich innerhalb der EU (S. 213-294), vertikal national-supranationaler Anwendungsbereich innerhalb der EU (S. 295-334) und horizontal-transnationaler Anwendungsbereich mit Drittstaatenbezug (S. 335-337). In allen diesen Bereichen beschränkt *Stalberg* sich nicht auf das Strafrecht im engeren Sinn. Vielmehr bezieht er das Strafrecht im weiteren Sinn ein und thematisiert Rechtskraftkonflikte im Verhältnis zwischen den beiden Sanktionssystemen. Den fünften Unterbereich – Fälle mit Drittstaatenbezug – kann *Stalberg* allerdings auf wenigen Seiten abhandeln, weil Art. 50 GrCh schlicht unanwendbar ist.

Die Arbeit beginnt mit einem Problemaufriss (S. 1-4) und einem Abriss der geschichtlichen Entwicklung (S. 5-40). *Stalberg* wertet die Materialien des EU-Grundrechte-Konvents aus und fördert dabei interessante Details zutage: Umstritten war die transnationale Geltung des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes, die über Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK<sup>5</sup> hinausgeht; die Beschränkung auf Strafverfahren, die eine Kumulation von Straf- und Verwaltungsverfahren zulässt, war ursprünglich nicht vorgesehen; außerdem wurde kontrovers diskutiert, ob EU-Justizgrundrechte sich mit der Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet des Strafrechts vertragen (S. 26 ff.).

Die Stoßrichtung seiner Arbeit deutet *Stalberg* auf S. 1 an: „[...] in einem vereinten Europa ist es grundsätzlich unvertretbar, die kumulative Durchsetzung der Strafansprüche unterschiedlicher Hoheitsträger [...] in derselben Sache zuzulassen.“ Das schürt die Erwartung, *Stalberg* werde Art. 50 GrCh einen weiten Anwendungsbereich zuweisen. Dann läge *Stalberg* auf einer Linie mit dem EuGH, der die Grundrechte-Charta „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“, im gesamten „Geltungsbereich des Unionsrechts“ anwendet;<sup>6</sup> nach Ansicht des EuGH „sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“<sup>7</sup> Wer diese Rechtsprechung für problematisch hält,<sup>8</sup> liest gespannt weiter.

Bevor *Stalberg* sich den fünf Unterbereichen zuwendet, in die er den Anwendungsbereich des Art. 50 GrCh unterteilt, untersucht er, vor die Klammer gezogen, wen das Grundrecht berechtigt (S. 41 ff.). Grundrechtsträger können demnach alle natürlichen Personen sein, unabhängig von der Unionsbürgerschaft, aber auch juristische Personen und „Wirtschaftsunternehmen [...] unabhängig von ihrer Organisationsform“ (S. 43). Anschließend klärt *Stalberg* die Begriffe des Strafrechts im engeren und weiteren Sinn (S. 45 ff.). Für beide Bereiche überprüft er, ob der Schutzbereich des Art. 50 GrCh eröffnet ist (S. 48 ff., 69 ff.). Unter Berufung auf Art. 52 Abs. 3 GrCh und die EMRK plädiert *Stalberg* dafür, das Strafrecht im weiteren Sinn in den Schutzbereich des Art. 50 GrCh einzubeziehen (S. 71 ff.). Die Grenzen des Schutzbereichs bestimmt er nach repressivem Zweck und Schwere des Eingriffs; Verordnung Nr. 2988/95 des Rates vom 18.12.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften<sup>9</sup> gibt nicht den Ausschlag (S. 86 ff.); Exemplifizierung unter anderem auf S. 110 ff., 123 ff., 280 ff.).

Den Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta untersucht *Stalberg* zunächst für nationale, innerstaatliche Konstellationen innerhalb eines Mitgliedstaates. Die bisher vertretenen Lösungsvorschläge charakterisiert *Stalberg* wie folgt: Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten bei „Durchführung

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Fransson).

<sup>2</sup> Vgl. nur BGH, Beschl. v. 25.10.2010 – 1 StR 57/10 = BGHSt 56, 11; BGH, Beschl. v. 1.12.2010 – 2 StR 420/10; BVerfG, Beschl. v. 15.12.2011 – 2 BvR 148/11 = NJW 2012, 1202.

<sup>3</sup> BGBI. II 1993, S. 1010.

<sup>4</sup> Näher dazu *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (509 ff., 514 ff. m.w.N.).

<sup>5</sup> Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung des Protokolls Nr. 11 v. 22.11.1984, SEV Nr. 117.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Fransson), Rn. 19.

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Fransson), Rn. 21.

<sup>8</sup> *Eckstein*, ZIS 2013, 220. A.A. *Wegner*, HRRS 2013, 126 (128 f.); unentschieden *Dannecker*, JZ 2013, 616 (620).

<sup>9</sup> ABl. EG 1995 Nr. L 312/1.



des Rechts der Union“ (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh) bedeutet Grundrechtsbindung entweder nur dann, wenn „die rechtliche Beurteilung des [...] Sachverhalts durch eine Norm geprägt wird, die dem Unionsrecht angehört“, oder – man wird ergänzen müssen: auch – bei „Anwendung nationaler Normen [...], die [...] eine europäische Beeinflussung [...] erfahren haben, sei es durch Richtlinien, Verordnungen oder Rahmenbeschlüsse“ (S. 60).

Beide Paraphrasierungen bedürfen jedoch der Präzisierung: Vertreter des zweiten Lösungsweges unterscheiden unter anderem zwischen Harmonisierungs- und Verweisungsfällen. *Dannecker* bezieht Verweisungsnormen im EU-Recht ein, aber auch nationale Strafvorschriften zum Schutz von Rechtsgütern der EU und Strafnormen, denen eine europarechtliche Sanktionsverpflichtung zugrunde liegt.<sup>10</sup> *Ladenburger* beschränkt die Bindung der Mitgliedstaaten auf den Bereich der Harmonisierung, weil seiner Meinung nach in anderen Fällen die nationale Strafgewalt im Vordergrund steht.<sup>11</sup> Der EuGH vertritt die Auffassung, dass die Bindung auch nachträglich eingreift, wenn einschlägige nationale Rechtsvorschriften unabhängig von späteren Verpflichtungen im EU-Recht erlassen wurden.<sup>12</sup> Und der erste Lösungsweg, wie *Stalberg* ihn referiert, muss konkretisiert werden, soll er nicht den zweiten Lösungsweg einschließen. Nahe liegt es, eine Prägung unmittelbar durch Unionsrecht zu verlangen (vgl. S. 63). *Hatje* reduziert den Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta auf das Unionsrecht selbst, wie auch immer die Mitgliedstaaten damit in Berührung kommen.<sup>13</sup> Außerdem ließe sich weiter differenzieren, beispielsweise zwischen der Anwendung unmittelbar wirkenden EU-Strafrechts<sup>14</sup> und der Beeinflussung nationalen Strafrechts durch unmittelbar wirkende EU-Grundfreiheiten.<sup>15</sup>

Seinen eigenen Standpunkt bestimmt *Stalberg* wie folgt: Der Terminus „Durchführung“ (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh) könne ebenso gut für legislative Umsetzung des Unionsrechts in nationales Recht wie für unmittelbare oder auch nur mittelbare Anwendung des Unionsrechts stehen (S. 61 f.). Der EuGH tendiere zu einer weitgehenden Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten, der EU-Grundrechte-Konvent aber habe diese Grundrechtsbindung einschränken wollen. Die großzügigeren

<sup>10</sup> *Dannecker*, in: Hirsch/Wolter/Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 593 (S. 612 ff.). Für die letzte Fallgruppe beruft *Dannecker* sich auf den Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung (a.a.O., S. 614).

<sup>11</sup> *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 51 Rn. 45.

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Fransson), Rn. 27 f.

<sup>13</sup> *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GrC Rn. 16 ff.

<sup>14</sup> *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (520 ff.).

<sup>15</sup> Einerseits *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn. 50 ff.; andererseits *Gundel*, in: Ehlers (a.a.O.), § 20 Rn. 44 ff., 48: Die Grundrechte gelten nur dann nicht, wenn kein Zusammenhang zum Unionsrecht besteht.

Erläuterungen zur Charta der Grundrechte – Bindung im Anwendungsbereich des Unionsrechts<sup>16</sup> – beruhen auf Eigenmächtigkeit des Konventspräsidiums und seien daher zu vernachlässigen (S. 65 f.). Für die grundsätzlich wünschenswerte einheitliche Anwendung des Unionsrechts genüge Bindung der Mitgliedstaaten bei der Rechtssetzung. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh binde die Mitgliedstaaten daher nur dann an die Grundrechte-Charta, wenn Unionsrecht für die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts prägend sei (S. 67 ff.).

Diese Formulierung ist, wie oben dargelegt, nicht trennscharf. Für seine Fallgruppen leitet *Stalberg* aus ihr die nachfolgend unter (1) bis (4) zusammengefassten Ergebnisse ab. Durchführung des Rechts der Union, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh, muss dabei immer nur die drohende Zweitverfolgung sein (S. 156). *Stalberg* konkretisiert seine Prägeformel wie folgt:

(1) In rein innerstaatlichen Fällen findet Art. 50 GrCh auf das nationale Strafrecht im engeren Sinn keine Anwendung (S. 69). Diese These korrigiert *Stalberg* allerdings an anderer Stelle, indem er nationale Straftatbestände mit blankettähnlichem Charakter unter Art. 50, 51 Abs. 1 S. 1 GrCh fasst, wenn das Blankett durch EU-Recht ausgefüllt wird (S. 156 f.). In der Zusammenfassung auf S. 340 fehlt diese Korrektur. Für Strafrecht im weiteren Sinn gilt Art. 50 GrCh, wenn die Mitgliedstaaten entsprechende EU-Verordnungen anwenden (S. 100), aber auch wenn nationale Blanketttatbestände auf blankettausfüllendes EU-Recht verweisen (S. 136 f.). Im Verhältnis zwischen Strafrecht im weiteren und Strafrecht im engeren Sinn begrenzt die Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsbehörden die Rechtskraftwirkung (S. 147 f.). Bei gerichtlicher Entscheidung dagegen soll der Ne-bis-in-idem-Grundsatz sich über Grenzen der Entscheidungsbefugnis – und über Art. 6 Abs. 4 Verordnung Nr. 2988/95<sup>17</sup> – hinwegsetzen (S. 154 ff., 158). De lege ferenda will *Stalberg* diese Inkonsistenz beseitigen: Gegen europäische Verwaltungssanktionen soll einheitlich der Rechtsweg zu den Strafgerichten eröffnet werden (S. 152 f.).

(2) Für horizontal-transnationale Fälle innerhalb der EU zieht *Stalberg* in Erwägung, dass Art. 54 SDÜ die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts prägt und dadurch zur Anwendung von Art. 50 GrCh führt (S. 166 f.). Zu *Stalbergs* Ausgangspunkt passt das nicht. Denn Art. 54 SDÜ wurde als Sekundärrechtsakt der früheren dritten Säule in den Rahmen der EU einbezogen und Rechtsakte der dritten Säule bedurften der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten.<sup>18</sup> Prägend in *Stalbergs* Verständnis müsste daher genau genommen nicht Art. 54 SDÜ sein, sondern das nationale Gesetz, das ihn in Kraft setzt. Außerdem schränkt *Stalberg* ein, Art. 54 SDÜ könne die rechtliche Beurteilung allenfalls dann prägen, wenn er zu Strafklageverbrauch führe, wenn also insbesondere das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ vorliege (S. 167 ff.).

<sup>16</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 303/17 (32). Zur Berücksichtigung der Erläuterungen vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 7 GrCh.

<sup>17</sup> Siehe oben Fn. 9. Das überrascht, weil *Stalberg* sich auf S. 98 gerade dagegen verwehrt.

<sup>18</sup> Näher dazu *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (510).

Auch diese Lesart der Prägeformel überzeugt nicht recht. Denn setzte Prägung Anwendung voraus, riefen nicht einmal unmittelbar wirkende EU-Straftatbestände die Grundrechte-Charta auf den Plan, wenn diese Straftatbestände unangewendet blieben. Damit wäre die Rechtskraftwirkung von Freisprüchen in Frage gestellt. Letztlich erklärt *Stalberg* Art. 54 SDÜ allerdings, des Vollstreckungselements wegen, für primärrechtswidrig (S. 179).

Unionsrecht, das die rechtliche Beurteilung horizontal-transnationaler kriminalstrafrechtlicher Sachverhalte prägt, soll stattdessen der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung sein, Art. 82 Abs. 1 AEUV (S. 183 ff.). Mir erscheint das zweifelhaft. Kann ein Grundsatz, der Aufgaben und Befugnisse der EU statuiert, Art. 67 Abs. 3, Art. 82 Abs. 1 AEUV, die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts prägende, unmittelbare Wirkung haben? In seinem Urteil zum Antiterrordateigesetz hat das BVerfG daran erinnert, dass Berührungspunkte mit Kompetenzen der EU und Regelungsbereichen des Unionsrechts nicht ausreichen, um eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte-Charta auszulösen.<sup>19</sup> Das Antiterrordateigesetz ist keine „Durchführung des Rechts der Union“ (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh), obwohl die EU den Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen<sup>20</sup> etabliert hat. Die Grenzen, die der Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh setzt, dürfen ebenso wenig einer homöopathischen Auslegung ausgeliefert werden, wie sie durch Dominoeffekte<sup>21</sup> überspielt werden dürfen.

*Stalberg* wendet Art. 82 Abs. 1 AEUV auch auf Strafrecht im weiteren Sinn an, so dass die Voraussetzungen des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh erfüllt sind (S. 192 f.). Art. 50 GrCh soll im Verhältnis zwischen verwaltungsbehördlichen Entscheidungen gelten (S. 193 ff.; zu einem Ausnahmefall S. 311); im Verhältnis zwischen Strafrecht im weiteren und Strafrecht im engeren Sinn dagegen (S. 206 ff.) berücksichtigt *Stalberg* die Grenzen der Entscheidungsbefugnis im gleichen Umfang wie in Fallgruppe (1).

(3) Als horizontal-supranational bezeichnet *Stalberg* Konstellationen, in denen europäische Strafverfahren geführt werden, sei es durch Stellen der EU, sei es durch die Mitgliedstaaten. Unmittelbar wirkender EU-Straftatbestände soll es dazu nicht bedürfen, *Stalberg* untersucht aber nur diesen Fall (S. 213); in der Sache rekurriert er auf eine europäische Strafgewalt (S. 228). Art. 50 GrCh findet – naturgemäß – umfassend Anwendung (S. 221, 225, 227); inwiefern und warum *Stalberg* eine Prüfung von Amts wegen ablehnt (S. 237, 240), erschließt sich dem Leser nicht. Auch für das Strafrecht im weiteren Sinn gilt Art. 50 GrCh (S. 257 ff.). Als europäisch sieht *Stalberg* insofern aber nur Verfahren an, die von Stellen der EU geführt werden (S. 257, 302, 322; dadurch verschiebt sich die Abgrenzung zwischen den Fallgruppen). Im Verhältnis zwischen Strafrecht im weiteren Sinn und Strafrecht im engeren Sinn zieht *Stalberg* erneut die Grenzen der Entschei-

dungsbefugnis heran (S. 290, 292 ff.), im gleichen Umfang wie in Fallgruppe (1).

(4) Vertikal national-supranational nennt *Stalberg* das Verhältnis zwischen europäischen (siehe dazu oben Fallgruppe [3]) und mitgliedstaatlichen Strafverfahren; auch europäische Strafverfahren werden vor mitgliedstaatlichen Gerichten geführt, aber wegen unmittelbar wirkender EU-Straftatbestände (S. 295 f.). Bei mitgliedstaatlichem Zweitverfahren müsste die Anwendung von Art. 50 GrCh in der überwiegenden Zahl der Fälle an Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh scheitern. Doch *Stalberg* zieht stattdessen erneut Art. 82 Abs. 1 AEUV heran: Die Mitgliedstaaten führen den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, also Unionsrecht durch (S. 299). Art. 50 GrCh käme dann umfassend zur Anwendung (S. 300). Das überzeugt jedoch in dieser Konstellation noch weniger als in Fallgruppe (2). Denn gegenseitige Anerkennung kann es nur zwischen mehreren Mitgliedstaaten geben, nicht innerhalb eines Mitgliedstaates, der zunächst das europäische und anschließend ein eigenes mitgliedstaatliches Strafverfahren führt. Über das Problem sogenannter „sham proceedings“ geht *Stalberg* in Fn. 1076 hinweg. Konsequenterweise soll Art. 50 GrCh auch für das Strafrecht im weiteren Sinn umfassend gelten (S. 302 ff.; zu einem Ausnahmefall S. 273; zum insofern engeren Begriff des europäischen Verfahrens oben Fallgruppe [3]).

Allerdings reduziert *Stalberg* die Rechtskraftwirkung im Verhältnis zwischen Strafrecht im weiteren Sinn und Strafrecht im engeren Sinn. Nicht nur die Grenzen der Entscheidungsbefugnis, wie *Stalberg* sie für Fallgruppe (1) bestimmt hat, sollen sich gegenüber Art. 50 GrCh durchsetzen. Vielmehr soll darüber hinaus ein mitgliedstaatliches Strafverfahren auch nach gerichtlich bestätigter EU-Verwaltungssanktion zulässig bleiben (S. 322 ff., 326 ff.). Diese Besonderheit macht *Stalberg* aber davon abhängig, dass die EU im entsprechenden Sachbereich keine Strafrechtssetzungskompetenz hat (S. 327 f.). Und das entspricht dann, mit umgekehrtem Vorzeichen formuliert, doch wieder *Stalbergs* Ausführungen zu Fallgruppe (3).

Die Arbeit endet mit zusammenfassenden Schlussbemerkungen und dem Vorschlag, einem weit auszulegenden Art. 50 GrCh de lege ferenda eine Schrankenregelung zur Seite zu stellen (S. 339-356). Außerdem systematisiert *Stalberg* die zahlreichen Einzelergebnisse zu Art. 50 GrCh: Erstreckung auf das Strafrecht im weiteren Sinn und uneingeschränkter Schutzbereich – mit zwei Ausnahmen, die de lege ferenda als Schrankenregelung normiert werden sollen: Zulässigkeit von Strafverfahren nach behördlicher Entscheidung und Zulässigkeit von Strafverfahren nach gerichtlich bestätigter EU-Verwaltungssanktion, solange die EU keine einschlägige Strafgewalt hat (S. 347 ff.).

Bei der Untersuchung seiner Fallgruppen geht *Stalberg* detail- und aufschlussreich auf Einzelfragen ein, beispielsweise auf die Frage der Rechtskraftwirkung von und gegenüber Maßnahmen in einem europäischen Ermittlungsverfahren (S. 231 ff.). Dass Art. 50 GrCh in diesem Zusammenhang nur neuerliche Grundrechtseingriffe sperren soll (S. 234), hätte allerdings weiterer Erläuterung bedurft.

Irritierend ist *Stalbergs* Umgang mit gewichtigen abweichenden Ansichten, die er nur als Anhang präsentiert, als hät-

<sup>19</sup> BVerfG, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 = JZ 2013, 621 (622).

<sup>20</sup> Näher dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn. 50 ff.

<sup>21</sup> Näher dazu *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (520); *ders.*, ZIS 2013, 220 (224). A.A. *Dannecker*, JZ 2013, 616 (619).

ten sie mit seiner eigentlichen Problemlösung nichts zu tun. Dass diese Ansichten vor Inkraftsetzung der Grundrechte-Charta entwickelt wurden, rechtfertigt *Stalbergs* Vorgehensweise nicht. Denn „ne bis in idem“ kam schon vor Inkraftsetzung der Grundrechte-Charta als allgemeiner Rechtsgrundsatz in Betracht. Beispielhaft heißt es auf S. 159 zu Vorschlägen von *Heitzer* und *Böse*: „Der Vollständigkeit halber sollen auch die [...] Lösungsversuche der Literatur kurz dargestellt [...] werden.“

Außerdem hat *Stalberg* die grundlegende Arbeit von *Nusser*<sup>22</sup> nicht berücksichtigt.<sup>23</sup> Zwar widmet *Stalberg* sich dem Ne-bis-in-idem-Grundsatz, Art. 50 GrCh. Er stößt aber mit seiner Frage nach dem Anwendungsbereich des Art. 50 GrCh zwangsläufig auf Art. 51 GrCh, weil diese Vorschrift die Reichweite der Grundrechtsbindung festlegt. Große Teile seiner Arbeit beschäftigen sich mit der Auslegung des Art. 51 GrCh (S. 53-69, 100-161, 165-190, 192-212 und S. 219-256, 258-294, 297-300, 302-333, die aber nicht oder nicht primär die Bindung gerade der Mitgliedstaaten an die Grundrechte-Charta behandeln) – also mit *Nussers* Thema.

Summa summarum hat *Stalberg* dennoch ein weit ausgreifendes und lesenswertes Buch vorgelegt.

*PD Dr. Ken Eckstein, Regensburg/Erlangen*

---

<sup>22</sup> *Nusser*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, 2011.

<sup>23</sup> Auch einige wiederholt zitierte Quellen finden sich nicht im Literaturverzeichnis: *Liebs*, ZRG 1967 (zitiert in Fn. 8 passim); *Landau*, ZRG 1970 (zitiert in Fn. 13 passim); *Berner*, GA 1855 (zitiert in Fn. 24 passim); *Kießner*, GA 1855 (zitiert in Fn. 55 passim).

## Tagungsbericht: 2. Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands Peking Law School (VR China), 3./4.9.2013

Von Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Würzburg

Im September 2013 fand in Peking (VR China) die zweite Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands (CDSV)<sup>1</sup> statt. Der Verband wurde im Jahre 2010 von Prof. Dr. Genlin Liang (Peking Universität) und Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf (Universität Würzburg) ins Leben gerufen. Ziel des Verbandes ist die „Vertiefung der Beziehungen zwischen der deutschen und der chinesischen Strafrechtswissenschaft“. Wechselseitige Vorträge, gemeinsame Tagungen und der Austausch von Wissenschaftlern dienen dem Aufbau einer „leistungsstarken, harmonischen Kooperation zwischen den Strafrechtswissenschaften beider Länder“. Nach der ersten Würzburger Tagung zum Gesetzlichkeitsprinzip im Jahre 2011 fanden sich nunmehr sechs deutsche Strafrechtslehrer der Universitäten Bayreuth, Frankfurt/Oder, Köln und Würzburg zum Gegenbesuch an der Peking Universität ein. Dort trafen sie auf über zwanzig Kolleginnen und Kollegen von acht (festland-)chinesischen und einer taiwanesischen Universität.

Die Tagung wurde mit Geleitworten von Prof. Dr. Genlin Liang und Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf eröffnet. Beide übernahmen auch die ersten Hauptreferate zur Systembildung im Strafrecht. Das deutsche Hauptreferat befasste sich mit einer eingehenden Darstellung des deutschen Strafrechtssystems und seiner Entstehungsgeschichte, zudem wurden Vergleiche zum US-amerikanischen und sowjetischen Modell vorgenommen. Die Gründung der VR China im Jahre 1949 ging zunächst mit einem völligen Bruch mit alten Rechtstraditionen einher; dem folgte eine 30-jährige Phase ganz ohne ein kodifiziertes Strafgesetz<sup>2</sup>. Nach den Wirren der Kulturrevolution wurde das Rechtssystem ab 1979 nach sowjetischem Vorbild wieder aufgebaut. Bereits übernommen hatte man den für sozialistische Staaten typischen vierstufigen Verbrennungsaufbau (Objekt und Objektivität der Straftat, Subjekt und Subjektivität der Straftat). Nachdem sich viele frühere Staaten des Ostblocks von diesem abgewendet haben, sind die Diskussionen über die Verbrennungslehre nun auch in der VR China „vielfältig und lebhaft wie noch nie“. Ein Teil der Wissenschaftler bemüht sich um eine Verbesserung des traditionellen Systems. Dagegen fordern andere die Übernahme der drei Wertungsstufen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld nach deutschem und japanischem Vorbild. Es folgten Kommentare von Prof. Dr. Jan C. Joerden (Frankfurt/Oder) und von Prof. Dr. Xingliang Chen (Peking Universität). Die Moderation der sich anschließenden Diskussion übernahm Prof. Dr. Mingxiang Liu (Renmin Universität).

Der zweite Themenkomplex am Nachmittag des ersten Tages war Fragen der Kausalität und der objektiven Zurechnung gewidmet. Letztere sei „weit mehr als nur ein Wort“, so Prof. Dr. Thomas Weigend (Universität zu Köln) in seinem beeindruckenden Hauptreferat. Kaum ein Begriff habe „die deutschen Strafrechtler in den letzten Jahrzehnten zu so vie-

len Büchern und Aufsätzen inspiriert“. Während die einen der Zurechnung „fundamentale Bedeutung“ zuschrieben, gebe es in Deutschland auch manche Kritiker, die in ihr „eine Art Rumpelkammer für ungelöste Tatbestands- und Rechtsfertigungsprobleme“ sähen. Durchdekliniert wurden alle bekannten Fallgruppen von atypischen Kausalverläufen bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, über das rechtmäßige Alternativverhalten bis hin zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und dem Regressverbot. In China stößt die Lehre der objektiven Zurechnung „auf begeisterte Plädoyers wie auf entschiedene Ablehnung“. Prof. Dr. Guangquan Zhou (Tsinghua Universität) zeigte sich nach Darstellung der traditionell chinesischen Kausalitätslehre (mit den Begriffen der notwendigen und zufälligen Kausalität) als entschiedener Befürworter des deutschen Instituts. Es folgten Kommentare von Prof. Dr. Brian Valerius (Universität Bayreuth) und Prof. Dr. Mingkai Zhang (Tsinghua Universität). Letzterer steht dem deutschen Institut eher skeptisch gegenüber und sieht darin ein Beispiel für eine „übertriebene Systematisierung“. So blieb ein reger Meinungsaustausch – quer über Landesgrenzen hinweg – nicht aus. Die Moderation übernahm Prof. Dr. Wangyuan Xie (Renmin Universität).

Nachdem der erste Tagungstag eher rechtstheoretischen Grundlagen gewidmet war, stand der Vormittag des zweiten Tagungstages ganz unter dem Eindruck des vor allem in der VR China, aber auch in Taiwan, aktuellen und brennenden Themas der strafrechtlichen Produkthaftung. Prof. Dr. Lothar Kuhlen (Universität Mannheim), Prof. Dr. Xinjiu Qu (China Universität für Politik- und Rechtswissenschaft) und Frau Prof. Dr. Dr. Liching Chang, Dekanin an der Kaoshiung Universität (Taiwan), hielten die Hauptreferate zur Rechtslage in ihrem jeweiligen Heimatland. In der VR China erschütterte vor allem der Sanlu-Milchpulver-Skandal im Jahre 2008 das Land nachhaltig. Beimischungen von Melamin hatten zum Tod von mindestens sechs Säuglingen geführt, an die dreihunderttausend erkrankten an Nierensteinen. Während man in Deutschland im Rahmen der strafrechtlichen Produkthaftung meist auf allgemeine Körperverletzungs- und Tötungsdelikte zurückgreift, enthält das chinesische Strafgesetzbuch einen eigenen Abschnitt zur Herstellung und zum Verkauf von gefälschten oder minderwertigen Waren mit neun detailliert gefassten Spezialtatbeständen mit zum Teil drastischen Strafdrohungen (§§ 140-148 chStGB). Die taiwanesischen Rechtslage nimmt insoweit eine Mittelstellung ein. Die Referate wurden von Prof. Dr. Frank Peter Schuster (Würzburg) und Prof. Dr. Jun Feng (Renmin Universität) rechtsvergleichend kommentiert. Es folgte eine engagierte Diskussion. Die Moderation übernahm dabei Prof. Dr. Wei Lin (China Youth University).

Am Nachmittag des zweiten Tages fand ein freier Gedankenaustausch statt, der von Prof. Dr. Hong Li (Tsinghua Universität) geleitet wurde. Die Ergebnisse der Tagung wurden zusammengefasst und viele Probleme nochmals eingehend vertieft. In den Schlussworten wurde auch den Übersetzern

<sup>1</sup> Homepage: <http://www.cdsv.de/>.

<sup>2</sup> Zur chinesischen Strafrechtsgeschichte der Neuzeit siehe Chen, ZStW 124 (2012), 807.

und Mitarbeitern gedankt, ohne deren großes Engagement diese Tagung nicht möglich gewesen wäre. Insgesamt zeigten sich alle Teilnehmer beeindruckt von den gewonnenen Erkenntnissen über das Strafrecht des jeweils anderen Landes. Gleichzeitig eröffneten sich neue Sichtweisen auf die eigene Rechtsordnung.

An den beiden darauffolgenden Tagen besichtigten die deutschen Teilnehmer auf Einladung des Behördenleiters die Generalstaatsanwaltschaft der Shandong Provinz (95 Mio. Einwohner) in Zaozhuang und das dortige Schulungszentrum zur Korruptionsprävention, welches mit der Peking Universität kooperiert. Einem abendlichen Empfang des Generalstaatsanwaltes folgte ein Kulturprogramm mit Besichtigung des Konfuziustempels in Qufu und des Tàì Shān-Berges.

Die Hauptreferate, Kommentare und Ergebnisse der zweiten Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands werden demnächst in beiden Sprachen publiziert. Die Bände zur ersten Tagung sind vor kurzem bei Mohr-Siebeck<sup>3</sup> und bei Peking University Press<sup>4</sup> und erschienen. Die dritte Tagung soll im Jahre 2015 wieder in Würzburg stattfinden.

---

<sup>3</sup> Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht – Ein deutsch-chinesischer Vergleich, 2013.

<sup>4</sup> Liang (Hrsg.), 中德刑法学者的对话 – 罪刑法定与刑法解释 (Ein Dialog zwischen Chinesischer und Deutscher Strafrechtslehre), 2013.

---