

Auf dem Weg zu einer normativ bestimmten Integration

– Perspektiven zur Stärkung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines rechtsstaatlichen Strafrechts für Europa –*

Summary

This article looks at the consequences of the rising influence of European law on criminal law and the role which the European Court of Justice (ECJ) will play in this area after the reforms in the Treaty of Lisbon. The history of criminal law in the European Union has continually drifted away from the principle of a rule-of-law criminal law based on the philosophy of the European Enlightenment. This European criminal law is the result of a functional integration which leads to a purposeful use of criminal law aimed at increasing the functioning capabilities of the Union. The question is raised as to what potential the European Court of Justice has for setting limits and under which conditions it can act to slow down this process. Suggestions for material, institutional, and procedural solutions will be discussed which aim to strengthen the judicial enforceability of a European criminal law oriented on the rule of law.

Résumé

L'article examine les conséquences de l'influence croissante du droit européen sur le droit pénal et le rôle qu'endossera la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans ce domaine après le traité modificateur de Lisbonne. L'histoire du droit pénal de l'Union européenne s'est progressivement éloignée du modèle d'un droit pénal de l'État de droit, cher à la philosophie européenne des Lumières. Ce droit pénal européen est le fruit d'une intégration fonctionnelle menant à une utilisation efficace du droit pénal, au profit du bon fonctionnement de l'Union. La question se pose de savoir dans quelle mesure la Cour de justice de l'Union européenne est à même de fixer les limites et dans quelles conditions elle peut constituer un frein à ce processus. Pour y répondre, diverses propositions de solution, d'ordre matériel, institutionnel et processuel, censées renforcer l'applicabilité juridique d'un droit pénal orienté vers l'État de droit en Europe, sont examinées.

I. Einführung und Ausgangslage

Das Strafrecht besteht längst nicht mehr auf rein nationaler Ebene. Es wird von Europäisierungsprozessen erfasst und in erheblichem Maße beeinflusst. Die Europäisierung

* Der Beitrag basiert auf der Dissertation der Verfasserin „Grenzen funktionaler Integration – Anforderungen an die Kontrolle europäischer Strafgesetzgebung durch den EuGH“, erschienen in den Frankfurter kriminalwissenschaftlichen Studien, Band 140, Peter Lang Verlag, 2013.

des Strafrechts hat zur Herausbildung des sogenannten „Europäischen Strafrechts“ geführt. Der Begriff ist zwar irreführend, weil es kein gesamteuropäisches Normengefüge gibt, das einem europäischen Strafgesetzbuch gleichkäme und unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbares Recht ist. Dennoch sind die Handlungsformen und Bezugspunkte einer europäisch geprägten Strafgesetzgebung stetig ausgebaut worden. Der jüngste Entwicklungsschritt vollzog sich mit dem Vertrag von Lissabon, der 2009 in Kraft getreten ist. Hiermit wurden erhebliche Erweiterungen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen geschaffen. Der entscheidende Schritt ist, dass der Bereich nicht mehr vom supranationalen Gemeinschaftsrecht getrennt und auf die rein völkerrechtliche Zusammenarbeit der Dritten Säule beschränkt ist. Vielmehr ist das Säulensystem und damit der Unterschied zwischen der gemeinschaftsrechtlichen Ersten Säule und der unionsrechtlichen, völkerrechtlichen Dritten Säule im Wesentlichen aufgehoben worden. Auch die strafrechtliche Zusammenarbeit ist nun ein Teil des im Grundsatz supranationalen Unionsrechts der Verträge: EUV und AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, vormals EGV). Mit der Vertragsreform wurden auch im Detail folgenschwere Regelungen getroffen. Die Kriminalitätsbereiche, für die die Europäische Union nun zuständig ist, wurden erweitert (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV) und zukünftig auch ohne Vertragsänderung erweiterbar ausgestaltet (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV). Zudem wurden Annexkompetenzen primärrechtlich legalisiert. Das bedeutet, dass die Union auch in solchen Bereichen strafrechtliche Maßnahmen erlassen kann, die vertraglich gerade nicht hierzu vorgesehen sind. Voraussetzung ist lediglich, dass in dem Bereich bereits anderweitige Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind und eine strafrechtliche Regelung „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ (Art. 83 Abs. 2 S. 1 AEUV) erscheint. Auch wenn ein sogenanntes Notbremseverfahren (Art. 83 Abs. 3 AEUV) eingeführt wurde, das eine Aussetzung des europäischen Gesetzgebungsprozesses ermöglicht, überwiegen die Erweiterungen.¹

Es ist hierbei zu bedenken, dass europäische Gesetzgebung in einer komplexen Verflechtung von verschiedenen Interessen und Akteuren stattfindet.² Sie funktioniert losgelöst von traditionellen Strukturen und mit neuen Mechanismen. Es steht fest, dass Europäisierungsprozesse tendenziell die Handlungsspielräume der Exekutiven zu Lasten der Parlamente erhöhen.³

Dies ist deswegen bedenklich, weil das Strafrecht kein Bereich sein darf, in dem die Gesetzgebung ausgehandelt wird oder aus irgendwelchen Interessenlagen heraus entschieden wird. Es gelten strafrechtliche Prinzipien wie das Gesetzlichkeitsprinzip, im Speziellen der Bestimmtheitsgrundsatz, sowie das Schuldprinzip. Gesetzgebung im Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit, die früher im Wege des Rahmenbeschlusses

1 Vgl. zur Entwicklung europäischen Strafrechts *Schermuly*, Grenzen funktionaler Integration, S. 35 ff.; zu den Änderungen nach dem Vertrag von Lissabon vgl. S. 48 ff. m.w.N.

2 Zu den Mechanismen europäischer Rechtsetzung vgl. *Schermuly* (Fn. 1), S. 30 ff. m.w.N.; vgl. jüngst *Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, 2012, S. 327 ff.

3 Vgl. hierzu nur *Meyer*, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, 2009, S. 16; *Moravcsik*, Reassessing Legitimacy in the European Union, Journal of Common Market Studies 2002, 606, 611 ff., ders., Warum die Europäische Union die Exekutive stärkt: Innenpolitik und internationale Kooperation, in: *Wolf* (Hrsg.), Projekt Europa im Übergang?, 1997, S. 228 ff.; *Claus/Rheinberger*, Danke, Lissabon?!, KritV 2011, 264.

und nun im Wege der Richtlinie erfolgt (Art. 83 AEUV), ist zwar nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten wirksam, setzt aber die wesentlichen Vorgaben. Häufig scheint die europäische Ebene der Ort zu sein, an dem national nicht erreichbare Ziele rechtlich umgesetzt werden.

Die Bedenken knüpfen zentral an das Verständnis der europäischen Integration als einer zweckgerichteten Integration an, die primär die Funktionsfähigkeit der Union stärken soll.⁴ Einem solchen funktionalen Verständnis von europäischer Integration werden rechtliche Erwägungen, die Begrenzungsprinzipien enthalten, untergeordnet. Dieses Verständnis passt indes nicht zu einem rechtsstaatlichen Begrenzungsstrafrecht, wie es der Untersuchung zugrunde liegt.⁵ Das Strafrecht ist danach gerade zweckfrei. Es ist kein Lösungsinstrument gesellschaftlicher Problemlagen und nicht dem Einsatz symbolischer Lösungen nutzbar zu machen. Das rechtsstaatliche Begrenzungsstrafrecht zeichnet sich vielmehr durch seinen durch Strafrechtsprinzipien begrenzenden Ansatz aus.⁶ Es ist nicht um jeden Preis einzusetzen, sondern darf nur *ultima ratio*, d.h. letztes Mittel sein. Die Prinzipien des rechtsstaatlichen Strafrechts wurden europäisch erkämpft, sie sind Ergebnis der europäischen Aufklärungsphilosophie.⁷ In diesem Sinne ist die Vorstellung dieses Modells für eine europäische Strafrechtsentwicklung nicht sachfremd, sondern gerade die konsequente Fortführung einer gesamteuropäischen Idee.

Der Gerichtshof der Europäischen Union ist nach der Vertragsreform von Lissabon für den Bereich des europäischen Strafrechts nun erstmals originär zuständig. Es richtet sich daher naturgemäß der Blick auf ihn. Es stellt sich die Frage, ob der EuGH eine Bremse des Prozesses einer funktional verstandenen Integration sein kann, die durch eine zweckgerichtete Gesetzgebung geprägt ist, die vertragliche Kompetenzen tendenziell weit⁸ auslegt. Die Entscheidungen des Gerichtshofs, in denen er die Kompetenzbegrenzungsprinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit auszulegen hatte, lassen die Frage verneinen.⁹ Der Gerichtshof verstärkt vielmehr die Tendenz der funktionalen Integration, indem er eine sehr geringe Kontrolldichte anlegt. Er lässt dem Gesetzgeber regelmäßig (zu) viel Spielraum. Teilweise sind die Ausführungen des Gerichtshofs bloß feststellend, ohne irgendeine nachvollziehbare Begründung anzuführen. Es hat bisher keine Entscheidung gegeben, in der

4 Vgl. zum Begriff und zum Verständnis der funktionalen Integration *Schermuly* (Fn. 1), S. 26 ff. m.w.N.

5 Vgl. zum Modell eines rechtsstaatlichen Strafrechts als Leitlinie *Schermuly* (Fn. 1), S. 75 ff. m.w.N.

6 Vgl. nur *Albrecht*, Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht, 2010, § 9, S. 113 ff.

7 *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 2011, § 1 III; *ders.* (Fn. 6), S. 119; *ders.*; *Europe as a Beacon of Hope?*, KritV 2010, 338 ff.; *Nauke*, Europäische Gemeinsamkeiten in der neueren Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte, Juristische Zeitgeschichte aktuell 2/2002, 1.

8 Vgl. zur extensiven Kompetenzanwendung jüngst *Meyer* (Fn. 2), S. 340 f.

9 Vgl. zur zentralen Auslegungsmethode des Gerichtshofs, dem *effetutile*-Grundsatz und zur Rechtssprechung zu den Kompetenzgrundsätzen im Einzelnen *Schermuly* (Fn. 1), S. 152 ff. m.w.N.

der Gerichtshof eine Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes gerügt hätte.¹⁰ Damit laufen die zentralen europäischen Begrenzungsprinzipien letztlich leer. Die bisherige Rechtsprechung zum Bereich der Dritten Säule zeigt ein ähnliches Bild.¹¹ Der Gerichtshof ist hier nicht sehr schonend mit den Zuständigkeiten umgegangen. In der Rechtssache *Pupino*¹² etwa hat der Gerichtshof die rahmenbeschlusskonforme Auslegung entwickelt, obwohl der Rahmenbeschluss gerade dadurch gekennzeichnet war, dass er nicht wie eine Richtlinie zwangsweise umgesetzt werden konnte, wenn ein Mitgliedstaat die Umsetzung verweigerte. In den Umweltfällen¹³ hat er strafrechtliche Kompetenzen (sog. Annexkompetenzen) für originäre Regelungsmaterien des Gemeinschaftsrechts hergeleitet, obwohl der Wortlaut der Verträge klar entgegenstand. Die Begründungen erschöpften sich oftmals in bloßen Feststellungen. Der Gerichtshof hat sich hier regelmäßig vom zu erreichenden Ziel der Regelung leiten lassen und hat seine rechtliche Lösung diesem Ergebnis untergeordnet. Dies muss im Ergebnis dazu führen, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs als nützlichkeitsorientiert zu beschreiben ist.¹⁴ Die Methode der funktionalen Integration wurde damit in die Rechtsprechung überführt und vertieft. Der Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit ist hiervon nicht ausgenommen.

II. Lösungsansätze

Die Judikatur des EuGH beeinflusst die nationalen Rechtsordnungen zunehmend. Damit hat sie beträchtlichen Einfluss sowohl auf die Mitgliedstaaten als auch die Unionsbürger.¹⁵ Da die europäischen Verträge mit den Kompetenzbegrenzungsprinzipien durchaus Anknüpfungspunkte für eine restriktive und kompetenzschonende Auslegung durch den Gerichtshof enthalten, stellt sich die Frage, wie die rechtliche Durchsetzbarkeit dieser begrenzenden Prinzipien erhöht werden kann. Es soll daher nach Lösungsansätzen gesucht werden, die eine Respektierung der rechtlichen Grenzen ermöglichen und deren gerichtliche Durchsetzbarkeit sowie die gerichtliche Kontrolldichte erhöhen. Die Suche widmet sich zunächst in einem materiell-rechtlichen Ansatz der Neuausrichtung des funktionalen Integrationsverständnisses (1.). In einem zweiten Schritt wird nach institutionellen und prozeduralen Absicherungen für diese Lösung gesucht (2.).¹⁶

10 *Dauses*, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofes als Verfassungsgericht der Europäischen Union, in: Hrbek/Jopp/Lippert/Wessels (Hrsg.), Die Europäische Union als Prozeß, 1998, S. 584; *Calliess*, Parlamentarische Integrationsverantwortung, ZG 2010, 12; *Claus/Rheinberger* (Fn. 3), 263.

11 Vgl. hierzu im Einzelnen *Schermuly* (Fn. 1), S. 185 ff. m.w.N.

12 EuGH, Urteil v. 16.6.2005, Rs. C-105/03 (*Pupino*), Slg. 2005, I-5285.

13 EuGH, Urteil v. 13.9.2005, Rs. C-176/03 (Umweltschutz), Slg. 2005, I-7879; EuGH, Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-440/05 (Meeresverschmutzung), Slg. 2007, I-9097, Rn. 66.

14 *Schermuly* (Fn. 1), S. 231 ff. m.w.N.

15 *Baltes*, Die demokratische Legitimation und die Unabhängigkeit des EuGH und des EuG, 2011, S. 3.

16 *Schermuly* (Fn. 1), Dritter Teil, A, B.

1. Materieller Ansatz: Neubestimmung des Integrationsbegriffs

a) Begrenzungspotenzial der Europäischen Verträge

Zunächst ist zu untersuchen, ob die europäischen Verträge das funktionale Verständnis von Integration zwingend vorgeben oder ob sie vielmehr offen für eine Neuausrichtung sind. Den Verträgen sind auf den ersten Blick einseitig unionsfördernde Grundsätze zu entnehmen wie der Grundsatz der Gemeinschafts- bzw. Unionstreue oder das Prinzip der Steigerung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft bzw. der Union. Den Verträgen sind auf den zweiten Blick aber bereits auch Schonungsinteressen immanent. Ansatzpunkte für eine begrenzende Auslegung des Integrationsbegriffs sind etwa Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zu entnehmen, dem Grundsatz der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten.¹⁷ Art. 4 Abs. 3 EUV normiert sodann den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit.¹⁸ Hieraus werden Pflichten gegenüber der Union hergeleitet.¹⁹ Umgekehrt ergeben sich daraus aber gleichermaßen Pflichten gegenüber den Mitgliedstaaten, die nach wie vor die „Herren der Verträge“²⁰ sind. Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit regelt nicht nur die Arbeitsteilung zwischen Mitgliedstaat und Union, sondern erfordert darüber hinaus eine gegenseitige Rücksichtnahme auf die Interessen des Anderen und den Verzicht der Ausübung eigener Befugnisse um jeden Preis. Nur so ist eine vertrauensvolle Zusammenarbeit erst möglich.²¹ Insoweit kann das Loyalitätsprinzip als Oberbegriff der Forderungen nach Kooperation und Rücksichtnahme bei der Zusammenarbeit zwischen den Akteuren im Mehrebenensystem verstanden werden.²² Ohne gegenseitige Loyalität ist keine Akzeptanz möglich. Auf diese ist das Rechtssystem der Union mangels Zwangsbefugnissen aber angewiesen. Insofern kann eine schnendere Rechtsprechung letztlich zu mehr Akzeptanz führen als es eine expansivere Rechtsprechung zu erreichen vermag.²³ Eine einseitig zweckgerichtete Ausrichtung lässt sich den Verträgen somit nicht entnehmen und damit kein notwendiger Auftrag für eine funktionale Integration aus dem Vertragstext herleiten.

17 Schermuly (Fn. 1), S. 240 ff. m.w.N.

18 Vgl. hierzu *Hatje*, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001, S. 15 f., 104.

19 Zuleeg, Die Vorteile der Europäischen Verfassung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 1060 f.; vgl. hierzu Schermuly (Fn. 1), S. 250 f. m.w.N.

20 Vgl. hierzu *Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV, Rn. 8 ff.; *dies.*, Sind die Mitgliedstaaten noch „Herren“ der EU?, EuR 2004, 669 ff.; *Bleckmann*, Die Wahrung der „nationalen Identität“ im Unions-Vertrag, JZ 1997, S. 265 f.

21 *Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 373.

22 *Sauer* (Fn. 21), S. 373.

23 Vgl. hierzu *Harbo*, The Function of the Proportionality Principle in EU Law, ELJ 2010, 162, der darauf abstellt, dass objektive Entscheidungen gleichzeitig transparenter, besser vorhersehbar sind und zu Rechtsicherheit („legal certainty“) – ebenfalls ein zentrales Grundprinzip der Europäischen Union – führen. Insgesamt sei dies Bestandteil eines liberalen Konzepts, das auch wirtschaftlichen Akteuren zugutekommt, die sich auf verbindliche Rechtsprechung verlassen können; vgl. auch *Mosiek*, Effet utile und Rechtsgemeinschaft, 2003, S. 104, 115.

b) Anforderungen des Grundgesetzes

Bezüglich der Frage, wie europäische Integration verstanden und ausgerichtet werden soll, sind die nationalen Verfassungen zu berücksichtigen. Die Mitgliedstaaten sind immer noch die „Herren der Verträge“. Damit sind die Anforderungen des Grundgesetzes als normative Akzeptanzbedingungen des europäischen Einigungsprozesses zu beachten. Das Grundgesetz erhebt die europäische Integration zum nationalen Staatsziel, Art. 23 GG.²⁴ Dadurch begründet das Grundgesetz eine Verpflichtung zur loyalen Berücksichtigung des Europa- und des Völkerrechts²⁵ und enthält damit parallel zu den europäischen Verträgen den Loyalitätsgedanken. Gleichzeitig gibt es aber auch Grenzen vor. Die Frage, wo diese Grenzen liegen, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon- und der Honeywell-Entscheidung skizziert.

(1) Schutz der nationalen Identität in der Lissabon-Entscheidung

Nach der Lissabon-Entscheidung darf die Entwicklung der europäischen Integration nicht gegen den verfassungsrechtlichen Kerngehalt verstößen, der die nationale Identität ausmacht.²⁶ Der Begriff der Verfassungidentität²⁷ sowie der nationalen Identität spielt in der Entscheidung eine zentrale Rolle. So betont das Gericht die Prüfungsnotwendigkeit der Frage, „ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist“²⁸. Diese Identitätskontrolle ermöglicht dem Bundesverfassungsgericht die Prüfung der Frage, „ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden. Damit wird sichergestellt, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung gilt.“²⁹ Die Idee dahinter ist, dass der europäische Gesetzgeber nicht dasjenige ändern kann, was dem nationalen verfassungsändernden Gesetzgeber verwehrt ist.³⁰ Die Entscheidung wurde als staatszentriert kritisiert,³¹ bestätigt aus einem restriktiven Verständnis heraus aber grundsätzlich nur den Inhalt des europarechtlichen Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung aus verfassungsrechtlicher Sicht und verdeutlicht damit die allgemeingültigen Grenzen europäischer Integration.³²

24 Denninger, Identität versus Integration?, JZ 2010, 972; vgl. auch Calliess, Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union, ZEuS 2009, 563, der insoweit von einer „Konvergenzklausel“ spricht.

25 Sauer (Fn. 21), S. 382 f.; Calliess (Fn. 24), 562 mit Verweis auf die insoweit „integrationsoffene“ Verfassung.

26 Zum Begriff der nationalen Identität vgl. Puttler, in: Calliess/Ruffert (Fn. 20), Art. 4 EUV, Rn. 5 ff. m. w. N.

27 Denninger (Fn. 24), S. 969-974; vgl. auch Dingemann, Zwischen Integrationsverantwortung und Identitätskontrolle, ZEuS 2009, 491 ff.

28 BVerfGE 123, 267, 414 mit Verweis auf BVerfGE 113, 273, 296 (*Europäischer Hafibefehl*).

29 BVerfGE 123, 267, 414.

30 Denninger (Fn. 24), 971.

31 Vgl. nur Halberstam/Möllers, The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland!“, GLJ 2009, 1241-1258.

32 Albrecht (Fn. 6), S. 112.

(2) Struktursicherung in der Honeywell-Entscheidung

Die nachfolgende Honeywell-Entscheidung aus dem Jahr 2010 wurde als Rückschritt empfunden, weil das Bundesverfassungsgericht seine Prüfungskompetenz zurückzieht und nicht mehr eindeutig auf den in der Lissabon-Entscheidung herausgearbeiteten Kerngehalt Bezug nimmt. Auf den ersten Blick nimmt das Gericht eine Einschränkung vor: Kompetenzüberschreitungen sind nur noch dann relevant, wenn sie einen spezifischen, d. h. hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung darstellen.³³ Zur Rechtsprechung wird im Speziellen ausgeführt: Ein Verstoß gegen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung liegt vor, wenn sie über den vertraglich vereinbarten Grundkonsens hinausgeht.³⁴ Das Bundesverfassungsgericht formuliert zugespitzt: Die europäische Integration verstößt erst dann gegen das Grundgesetz, wenn sie eine *strukturelle Verschiebung* zur Folge hat.³⁵ Auf den ersten Blick liest sich die Entscheidung damit so, als reiche nicht mehr jeder Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung aus, um eine Verletzung zu begründen, sondern als würden eben nur noch gravierende Verstöße als Kompetenzverletzung aufgefasst und geahndet. Dies könnte zunächst als Votum für ein weites Verständnis von begrenzter Einzelmächtigung gewertet werden. Auf der anderen Seite stellt das Gericht aber auch darauf ab, dass eine Grenze von Rechtsfortbildung dann überschritten sei, wenn sie sich nicht im Rahmen der – demokratisch legitimierten – vertraglichen Vereinbarungen hält.³⁶ Dies lässt wiederum auf ein enges Verständnis von begrenzter Einzelmächtigung schließen. Die Integration muss die Vorgaben der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ einhalten, die gerade in den Verträgen zum Ausdruck gebracht werden. Diese Wertung bestätigt das höchste deutsche Gericht, wenn es dann direkt auf das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und den Schutz der nationalen Identität abstellt.³⁷

Es schließt sich die Frage an, was das Bundesverfassungsgericht konkret unter dem Begriff der *Strukturverschiebung* versteht. Eine Strukturverschiebung kann nach der Bedeutung ihres Wortsinns nur dann gegeben sein, wenn Kernelemente der Verfassung verletzt werden. Hierzu bietet sich die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG an. Ein Verstoß würde demnach vorliegen, wenn Grundsätze der Menschenwürde bzw. die Strukturprinzipien des Art. 20 GG verletzt würden, namentlich Demokratieprinzip, Verhältnismäßigkeitsprinzip oder Rechtsstaatsprinzip.³⁸ Dies sind gerade jene Prinzipien, die die Identität Deutschlands im Kern sichern. Daneben können die wesentlichen, den Aufbau und das Eigenverständnis eines Staates prägenden Entscheidungen erfasst werden, also die Staatlichkeit und Souveränität³⁹ des Mitgliedstaates.⁴⁰ Für die Auslegung des Begriffs der Strukturverschiebung kann darüber hinaus direkt bei Art. 23 Abs. 1 GG an-

33 BVerfGE 126, 286, 304.

34 BVerfGE 126, 286, 306.

35 BVerfGE 126, 286, 306.

36 BVerfGE 126, 286, 306.

37 BVerfGE 126, 286, 306 f. mit Verweis auf die Lissabon-Entscheidung (BVerfGE 123, 267).

38 Ähnlich *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-5, Rn. 11; *Calliess* (Fn. 24), 563; vgl. auch *Denninger* (Fn. 24), 971.

39 Zum Souveränitätsgrundsatz *Bleckmann*, Die Wahrung der „nationalen Identität“ im Unions-Vertrag, JZ 1997, 267.

40 BVerfGE 89, 155, 189; *Puttler* (Fn. 38), Art. I-5, Rn. 11.

gesetzt werden. Die Norm ist Grund und Grenze für die „Europarechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes. Wenn Art. 23 Abs. 1 GG aber der Struktursicherung dient,⁴¹ dann ist eine „strukturelle Verschiebung“, die das Urteil fordert, letztlich eine Verletzung von Art. 23 GG, der in Absatz 1 wiederum auf Art. 79 Abs. 3 GG verweist. Insofern steht „Honeywell“ – bezogen auf die Identitätskontrolle – „Lissabon“ nicht nach. Struktursicherung ist somit als Konkretisierung des Schutzes des Kerns der Verfassungsidentität zu verstehen.

Die beiden Entscheidungen geben damit im Ergebnis sehr ähnliche Kriterien vor, auch wenn die Wortwahl im Lissabon-Urteil europaskeptischer und im Honeywell-Urteil europafreundlicher ausfällt. Wesentlich zeigt sich die Hürde in beiden Entscheidungen im Schutz des Demokratieprinzips als verfassungsrechtliche Absicherung des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung. Eine europäische Entscheidung, die die derart festgelegten Bestimmungen überschreitet, würde demnach gegen das demokratische Prinzip des Grundgesetzes verstößen und würde ebenso den europäischen Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung in sein Gegenteil verkehren – solange die Mitgliedstaaten „Herren der Verträge“ sind. Allerdings nimmt das Bundesverfassungsgericht seine Kontrollfunktion zurück, indem es in der Honeywell-Entscheidung betont, den Vorrang und das Integrationsprinzip des Europarechts zu achten und damit seine Zuständigkeit für eine Überschreitung von Kompetenzen durch eine sog. *ultra vires*-Kontrolle zurücknimmt.⁴² Dies erhöht gleichzeitig die Anforderungen an eine Kontrolle durch den EuGH.⁴³

c) Rechtsspezifisches versus funktionales Verständnis

Es ist festzuhalten, dass der Integrationsbegriff nicht mehr einseitig funktionsorientiert auszurichten ist, sondern normativ, das heißt nach rechtlichen Kriterien, bestimmt sein muss. Rechtliche Grenzen, die sich von verschiedenen Ebenen stellen, sind in einem umfassenden Sinn zu achten. In diesem Sinne sind die Kernprinzipien des Grundgesetzes als normative Akzeptanzbedingungen für den europäischen Integrationsprozess zu verstehen und aufzunehmen.⁴⁴

Die Verpflichtung zu einer rechtsspezifischen Auslegung ergibt sich für den Gerichtshof als Dritte Gewalt bereits aus dem Auftrag zur Wahrung des Rechts. Aus dieser Funktionszuweisung wird die Garantie einer Rechtsgemeinschaft hergeleitet.⁴⁵ Übergesetzlich ist dieser Auftrag Ausdruck des Prinzips der Rechtsbindung, welches das zentrale Element des Rechtsstaatsprinzips ist.⁴⁶ Es ist das Wesensmerkmal eines frei-

41 Denninger (Fn. 24), 971.

42 BVerfGE 126, 286, 303, 307 („Anspruch auf Fehlertoleranz“).

43 Vgl. dazu unten die Überlegungen zur Einführung einer europäischen Kompetenzgerichtsbarkeit.

44 Vgl. hierzu im Einzelnen Schermuly (Fn. 1), S. 117 ff.; 254 ff.

45 Vgl. nur Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545 ff.

46 Hofmann, Die Bindung staatlicher Macht, in: Hofmann u. a. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, 1996, S. 3.

heitlich demokratischen Verfassungsstaats.⁴⁷ Die Herrschaft von Recht und Gesetz bindet staatliche Macht und schließt staatliche Willkür aus.⁴⁸ Die für jedes rechtsstaatliche Gemeinwesen notwendige, von der Dritten Gewalt ausgehende Begrenzungs- und Kontrollfunktion kann nur mit einer derart unabhängigen, nur an das Recht gebundenen Justiz umgesetzt werden. Für den Bereich des Strafrechts ist dies ausgehend von einem rechtsstaatlichen Begrenzungsstrafrecht elementar. Nur so kann das Recht insgesamt die Funktionen erfüllen, die es leisten soll: Rechtssicherheit und rechtliche Einhegung von Macht.⁴⁹

d) Strafrechtsspezifische Auslegung: Ziel einer Integration konsensualisierter europäischer Rechtsprinzipien

Die Untersuchung der Verträge sowie der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hat gezeigt, dass aufgrund der sich widerstreitenden Interessen eine Grenzziehung im Einzelfall schwierig sein kann und letztlich eine Abwägung voraussetzt. Für den Bereich des Strafrechts soll allerdings eine abwägungsfeste Lösung gesucht werden. Daher sind für eine strafrechtsspezifische Auslegung die allgemeinen Rechtsgrundsätze und Strafrechtsprinzipien einzubeziehen, die sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und dem allgemeinen Rechtsgedanken der *rule of law* herleiten.⁵⁰ Strafrechtsprinzipien ermöglichen eine klare Grenzziehung, weil sie ihrer Natur nach gerade abwägungsfeste Anwendungsregeln sind.⁵¹ Die Prinzipien europäischer Strafrechtstradition stellen dabei im Rechtssystem der Europäischen Union keinen „Fremdkörper“ dar, sondern lassen sich aus dessen normativen Grundlagen⁵² und dessen (Verfassungs-)Traditionen ableiten⁵³. Die konsensualisierten gesamteuropäischen Rechtsprinzipien führen zurück auf die europäische Aufklärungsphilosophie und sind damit letztlich eine Rückführung an gemeineuropäische Traditionen. Wesentliche Grundsätze können – nach der Rechtsänderung von Lissabon nun bereits direkt als Vertragsbestandteil – der Charta der Grundrechte und, nach dem Beitritt der EU, der Europäischen Menschenrechtskonvention entnommen werden.⁵⁴

Eine zentrale Rolle bei der Auslegung kommt dem *ultimRatio*-Prinzip als Leitlinie eines begrenzenden Strafrechtszugriffs zu. Dies beruht auf dem oben gezeigten Grundverständnis von Strafrecht als *ultimRatio*. *UltimRatio* meint, dass das Strafrecht immer das letzte Mittel staatlicher Zwangsausübung darstellt: „im äußersten Fall das äußerste

47 Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union, 2004, S. 147; vgl. zur Notwendigkeit eines „rechtlichen Zustandes“ und seiner Abgrenzung zu einem „Zwangsgesetze“ im Hinblick auf das Völkerrecht bereits Kant, Zum ewigen Frieden, Reclam-Ausgabe, 1984, Anhang, S. 52.

48 Hofmann (Fn. 46), S. 3.

49 Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 19), S. 592.

50 Wegener, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 19 EUV, Rn. 4.

51 Vgl. hierzu Albrecht, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft – Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln, 2010.

52 Satzger/Prittwitz u. a., Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 697.

53 Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003, S. 1; Naucke (Fn. 7), 1.

54 Zum Begrenzungspotenzial der Charta der Grundrechte und der EMRK Naucke, Strafrecht. Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 4, Rn. 124, 124 a; Schermuly (Fn. 1), S. 263 ff. m.w.N.

Mittel⁵⁵. Der *ultimaratio*-Grundsatz zeigt damit seine eindeutige Ausrichtung als Begrenzungsprinzip⁵⁶ und erfordert gesteigerte Legitimationsbedürfnisse der Anwendung europäischen Strafrechts.⁵⁷ Diese Regel ist dem Verständnis eines rechtsstaatlichen Strafrechts folgend für die europäische Ebene entsprechend anzulegen.⁵⁸ Das national errungene Bekenntnis zur Begrenzung hoheitlichen Zugriffs darf nicht auf europäischer Ebene durch eine im Zweifel expansive Ausrichtung umgangen werden. *Ultimaratio* meint im hier gebrauchten Sinne, dass im Zweifel auf europäischer Ebene nicht das Mittel des Strafrechts eingesetzt werden sollte. Nur, wenn sein Einsatz nachweisbar zwingend erforderlich ist, ist die mildeste strafrechtliche Maßnahme zu wählen.

Als Folge der Beachtung des *ultimaratio*-Grundsatzes gebührt im Strafrecht grundsätzlich der begrenzenden, schonendsten Anwendung und Auslegung der Vorzug. Dieses restriktive Integrationsverständnis hat Auswirkungen auf die Auslegung der Kompetenzprinzipien selbst. Es führt zu einem Forderungskatalog, der an dieser Stelle nur umrissartig wiedergeben werden kann.⁵⁹ Bei der Anwendung der Kompetenzprinzipien ist eine erhöhte Begründungslast anzulegen, warum eine Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung auf europäischer Ebene besteht. Der Unionsgesetzgeber hat nachzuweisen, dass eine Angleichung des Strafrechts unerlässlich ist. Kann er dies nicht, hat der Gerichtshof die Maßnahme für nichtig zu erklären. Dadurch würde sich der weite Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers reduzieren und die gerichtliche Kontrolldichte erhöhen. Bei der Herausbildung von Kriterien zur Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes müsste sich der Gerichtshof weiterhin an den Leitlinien des Amsterdamer Protokolls orientieren, welches im Gegensatz zum aktuellen Protokoll verstärkt materielle Kriterien bot. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind die einzelnen Kriterien des Grundsatzes zu präzisieren und gleichmäßig anzuwenden. Das legitime Ziel einer Maßnahme darf nicht pauschal begründet werden. Nicht ausreichend wäre die bloße Angabe der Harmonisierung als Schutzzweck. Die Erforderlichkeitsprüfung ist schließlich als eine *ultimaratio*-Lösung auszustalten. Nicht mehr ausreichend wäre es demnach, wenn nur bloße Formverstöße kriminalisiert würden oder eine Maßnahme bloß der Vermeidung hypothetischer Risiken dient.⁶⁰ Ebenso ist das Kohärenzgebot zu beachten, welches eine Überprüfung der Stimmigkeit einer europäischen Maßnahme im Vergleich zu anderen europäischen Regelungen und zu den nationalen Strafrechtssystemen verlangt.⁶¹

Diese Kriterien bieten erste Anknüpfungspunkte für eine Auslegung und Konkretisierung durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Mit einer restriktiven Auslegung bestünde die Chance, dass einer europäischen Politik, die „politikoffen“⁶² ist und

55 Naucke (Fn. 54), § 1, Rn. 166, S. 39.

56 Vgl. grundlegend zur freiheitsschützenden und staatliche Macht begrenzenden Funktion von Strafrechtsprinzipien Albrecht, (Fn. 6), § 9; ders. (Fn. 7).

57 Prittewitz, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?, 1995, S. 392.

58 Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., 2011, § 9, Rn. 37, 55.

59 Vgl. im Ganzen Schermuly (Fn. 1), S. 274 ff. m.W.N.

60 So aber die entsprechenden Regelungen in der Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt von 2008, ABl. EU Nr. L 328, 28.

61 Satzger (Fn. 58), § 9, Rn. 55; ders., ZRP 2010, 140; Satzger/Prittewitz (Fn. 52), 699.

62 Braum, Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle, ZIS 2009, 419.

das Strafrecht nur „symbolisch“⁶³ und gerade als *prima ratio* zur Prävention und Sicherung eigener Funktionslogiken⁶⁴ einsetzt, zumindest eine gerichtliche Hürde gesetzt wird. Damit ist insgesamt die Hoffnung verbunden, dass das Strafrecht nicht als Instrument einer Kriminalpolitik eingesetzt, sondern es in seiner „freiheitssichernden Funktion“⁶⁵ wahrgenommen wird.

2. Institutionelle und prozedurale Reformvorschläge

Der Erfolg des normativ bestimmten Integrationsbegriffs hängt ganz wesentlich von seiner gerichtlichen Durchsetzbarkeit ab. Die Aufgabe der gerichtlichen Durchsetzbarkeit kommt einer starken, unabhängigen Dritten Gewalt zu. Es ist daher der Frage nachzugehen, wie der begrenzende Ansatz des normativen Integrationsbegriffs nicht nur durch eine Änderung des materiell-rechtlichen Verständnisses, sondern flankierend durch organisatorische und institutionelle Reformen abgesichert werden kann.

a) Stärkung der Kontrollfunktion des EuGH

Ausgangspunkt für die prozedurale Absicherung des Begrenzungsansatzes ist die Stärkung der Kontrollfunktion des Gerichtshofs. Ansatzpunkt hierfür ist die Stärkung richterlicher Unabhängigkeit und die Stärkung richterlicher Rechtsbindung. Eine besondere Bedeutung spielt hier der Instanzenzug als prozedural umgesetzte Gerechtigkeit durch Verfahren.

(1) Ausbau des Instanzenzuges als Ausgangspunkt

Ein mehrstufiger Instanzenzug sorgt für eine Kontrolle innerhalb der Judikative.⁶⁶ Er ermöglicht eine Bindung des Richters durch Verfahren, indem er die Richter zu einer sorgfältigen Rechtsanwendung zwingt und die Begründungslast durch die Kontrollmöglichkeit erhöht.⁶⁷ Durch die Möglichkeit, eine fehlerhafte Entscheidung korrigieren zu können, wird insgesamt der Rechtsfriede gestärkt.⁶⁸ Dadurch allein kann zwar nicht die Richtigkeit der endgültigen Entscheidung garantiert werden, aber sie erhöht die Legitimation der Sachentscheidung sowie die Akzeptanzfähigkeit der Urteile.⁶⁹ Die europäische Rechtsordnung kennt das System des Instanzenzuges bereits seit der Einfüh-

63 Satzger/Prittewitz (Fn. 52), 705; Satzger (Fn. 61), 139; ders., NK 2007, 95 f.

64 Braum (Fn. 62), 418 ff.

65 Sander, Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht, 2007, S. 310.

66 Wechsler, Der Europäische Gerichtshof in der EG-Verfassungswertung, 1995, S. 70.

67 Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 209; Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 245.

68 Voßkuhle (Fn. 67), S. 241 ff.

69 Singer (Fn. 67), S. 133.

nung des Gerichts erster Instanz (EuG),⁷⁰ das jetzt „Gericht“ heißt (Art. 19 EUV, 254 AEUV).

(2) Strafrechtliche Fachgerichtsbarkeit

Um die Stärkung der Kontrollfunktion ohne eine allgemeine Verlängerung des Rechtsschutzsystems zu erreichen, ist im Sinne einer strafrechtsspezifischen Lösung die Installation einer spezialisierten strafrechtlichen Fachgerichtsbarkeit anzudenken.

(a) *Vorzüge einer strafrechtlichen Fachgerichtsbarkeit*

Fachgerichte bieten eine Erhöhung effektiven Rechtsschutzes in Rechtsgebieten, die auf spezielle Fragestellungen beschränkt sind.⁷¹ Sie bündeln Fachwissen⁷² und reduzieren die Falllast der übrigen Gerichtsbarkeit.⁷³ Eine Ausdifferenzierung kann somit insgesamt eine für das Unionsrecht förderliche Lösung sein.⁷⁴ Die Installation einer Fachgerichtsbarkeit für Strafsachen erscheint als eine zentrale Möglichkeit, auf die besonderen Anforderungen des Strafrechts einzugehen. Sie ist dazu eher in der Lage als der primär und seit jeher originär an wirtschaftlich geprägten Politikfeldern ausgerichtete EuGH. Eine strafrechtliche Fachgerichtsbarkeit könnte auch eher die äußerst beschränkten Steuerungsmöglichkeiten des Strafrechts berücksichtigen und einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, den „Zugriff des Strafrechts nur auf Kernunrecht real zu machen“⁷⁵. Sie könnte ebenso bezüglich der in den Unionsverträgen normierten Kompetenz-Begrenzungsprinzipien der Verhältnismäßigkeit, der begrenzten Einzelermächtigung sowie der Subsidiarität sachnäher und sachgerechter auf eine strikte und abwägungsfeste Auslegung im Lichte eines normativ bestimmten Integrationsverständnisses achten und sich so in einem eigenen Profil von der regelmäßig funktionalen Rechtsprechung des EuGH lösen.

Eine Sensibilisierung für das Politikfeld der strafrechtlichen Zusammenarbeit wäre zudem schon dadurch zu erwarten, dass mit der Gründung einer entsprechenden Fachgerichtsbarkeit eine Debatte angestoßen würde, die weitere Impulse für eine Auseinandersetzung mit der kohärenten Ausrichtung europäischer Kriminalpolitik sowie mit dem Verständnis europäischen Strafrechts insgesamt geben könnte. Daneben würde die In-

70 Vgl. zur Gründung den Beschluss des Rates vom 8.6.1993 93/350/EGKS, EWG, Euratom zur Änderung des Beschlusses 88/591/EGKS, EWG, Euratom zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften; vgl. im Einzelnen zur Bedeutung des Instanzenzuges sowie verschiedenen denkbaren Modellen *Schermuly* (Fn. 1), S. 290 ff. m.w.N.

71 *Pernice*, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, EuR 2011, 165.

72 Diese Bündelung ist besonders vor dem Hintergrund sinnvoll, dass bisher teilweise das EuG sowie der EuGH mit Rechtssachen aus dem Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betraut waren (Jahresbericht des Gerichtshofes, Rechtsprechungsstatistik 2010, für den Gerichtshof S. 91, 97, 99 und für das Gericht S. 188, 191).

73 Vgl. hierzu vorausschauend bereits den Bericht der Reflexionsgruppe über die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften, EuZW 2000, Beilage S. 11; *Braum* (Fn. 62), 426.

74 Vgl. mit Hinweis auf ausgleichende Mechanismen zur Sicherstellung der Beibehaltung der Kohärenz der Gerichtsbarkeit *Pernice* (Fn. 71), 165.

75 *Albrecht*, (Fn. 51), S. 923ff; *ders.* (Fn. 6), S. 408.

stallation selbst Signalwirkung dafür geben, dass es sich bei dem strafrechtlichen Bereich um einen besonderen Bereich handelt, der vom übrigen Unionsrecht abweichende Funktionslogiken erfordert.

Der Vertrag von Lissabon sieht diesen Weg ausdrücklich vor. Art. 257 AEUV bietet die Möglichkeit der Gründung von Fachgerichten, die jeweils für einen bestimmten Sachbereich die Eingangsinstanz bilden.⁷⁶ Gegen Entscheidungen des Fachgerichts können Rechtsmittel zum EuG eingelegt werden (Art. 257 UAbs. 2 AEUV i. V. m. Art. 56 Satzung-GH).⁷⁷ Wenn die Einheit oder Kohärenz des Gemeinschaftsrechts in Gefahr stünde, ist zudem die Möglichkeit eines weiteren Rechtsmittels zum EuGH vorgesehen (Art. 256 Abs. 2 AEUV i. V. m. Art. 62 Abs. 1 Satzung-GH).⁷⁸ In dieser Konstellation wäre die europäische Gerichtsbarkeit dann potenziell sogar dreistufig⁷⁹ und verbindet damit den Kontrolleffekt des Instanzenzuges mit dem Spezialisierungsdanken.

(b) Organisatorische Anforderungen

Die *Besetzung* könnte sich an der Regelung für das Fachgericht für den öffentlichen Dienst (EuGÖD) orientieren. Es besteht derzeit aus sieben Richtern.⁸⁰ Durch eine ausgewogene Auswahl der Richterpersönlichkeiten ist eine angemessene Vertretung der verschiedenen Rechtskulturen zu erreichen. Art. 3 Abs. 1 des Anhangs zur Satzung des Europäischen Gerichtshofs sieht bei der Auswahl der Richter des EuGÖD vor, dass „auf eine ausgewogene Zusammensetzung des Gerichts“ geachtet (wird), „indem die Richter unter den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten auf möglichst breiter geographischer Grundlage ausgewählt und die vertretenen einzelstaatlichen Rechtsordnungen berücksichtigt werden“. Eine entsprechende Regelung erscheint auch für ein strafrechtliches Fachgericht sinnvoll. Ergänzend ist vorzuschlagen, dass in der Kammerzusammensetzung des strafrechtlichen Fachgerichts immer ein Richter desjenigen Mitgliedstaats vertreten ist, aus dem der Rechtsstreit vorgelegt wurde. Dadurch wäre es möglich, die jeweiligen rechtlichen Besonderheiten verschiedener nationaler Rechtsordnungen hinreichend zu berücksichtigen. Über die *Zusammensetzung* eines Fachgerichts trifft der Vertrag keine Regelung.⁸¹ Eine solche Regelung müsste daher in dem die Fachgerichts-

76 Diese Möglichkeit wurde bereits mit dem Vertrag von Nizza geschaffen. Sprachlich verwendet der Vertrag von Lissabon nun die Formulierung „Fachgerichte“. Vorher war die Möglichkeit der Gründung von „gerichtlichen Kammern“ vorgesehen. Die Regelung in Art. 257 AEUV greift den Vorschlag des Europäischen Konvents auf, die gerichtlichen Kammern in Fachgerichte umzubenennen, was ihre Konzeption als eigenständige Spruchkörper hervorhebt (vgl. Dok. CONV 636/03, S. 5, Rn. 15).

77 Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2007, § 12, Rn. 2; Lasok/Millett, Judicial Control in the EU, 2004, Rn. 362 ff.

78 Thiele (Fn. 77), § 12, Rn. 33 f., 36; Karper, Reformen des Europäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems, 2010, S. 39.

79 Thiele (Fn. 77), § 2, Rn. 2, 34; Karper (Fn. 78), S. 38 f.; Hakenberg, Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU – Eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, EuZW 2006, 391; Skouris, Höchste Gerichte an ihren Grenzen, in: FS Stark 2007, S. 999.

80 Vgl. Art. 2 S. 1 des Anhangs zur Satzung des Europäischen Gerichtshofs.

81 Karper (Fn. 78), S. 39, die die Normierung – ebenso wie die alte Fassung in Art. 225 a EG – als offengehaltene Ermächtigungsgrundlage bezeichnet.

barkeit einsetzenden Ratsbeschluss beziehungsweise in der Verfahrensordnung des Gerichtshofs getroffen werden.⁸² Hierbei wäre eine konkrete Ausgestaltung dahin gehend zu wählen, dass zunächst ein Rotationsverfahren vorgeschlagen würde, nach dem zunächst die Mitgliedstaaten benannt werden, die Richter für das Fachgericht entsenden können. Diese Abfolge wäre in der Verfahrensordnung zu normieren.

Die Regelungen zur *Auswahl und Ernennung* der Richter für die Fachgerichte weichen in einigen Punkten von denjenigen des EuGH ab.⁸³ Die Richter eines Fachgerichts sind gemäß Art. 257 UAbs. 4 S. 2 AEUV etwa einstimmig vom Rat zu ernennen. Zum Vergleich: Bei EuGH und EuG entscheiden die Regierungen der Mitgliedstaaten. Die Formulierung in Art. 257 AEUV klingt zunächst nach einem rein europäischen Wahlverfahren. Da aber im Rat letztlich die Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten entscheiden, ist der Unterschied im Ergebnis nicht groß. Art. 257 AEUV verzichtet allerdings – anders als Art. 253 und Art. 254 AEUV, die die Ernennung zu EUGH und EuG regeln – explizit auf die seit dem Vertrag von Lissabon vorgesehene Einbeziehung des Wahl-ausschusses nach Art. 255 AEUV. Dies ist bedenklich, gerade weil diese Einbeziehung als die zentrale Verbesserung im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit zu werten ist. Eine Einbeziehung ist dann allerdings wieder möglich über die Schlussbestimmung des Art. 257 AEUV. Die Norm schreibt vor, dass die den Gerichtshof betreffenden Bestimmungen der Verträge und die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf die Fachgerichte Anwendung finden – soweit die Verordnung über die Bildung der Fachgerichte nichts anderes vorsieht.

(c) Kritik an der Regelung des Art. 255 AEUV

An der Auswahlpraxis bezüglich der Richterwahl zum EuGH ist indes viel Kritik geübt worden. Daher ist eine Neuregelung für das Auswahlverfahren für ein strafrechtliches Fachgericht zu treffen. Dabei sollten die Änderungsvorschläge, die für den EuGH vorgeschlagen wurden, berücksichtigt werden.

Die Kritik am Auswahlverfahren der Richter zum EuGH setzt maßgeblich daran an, dass die Entscheidung letztlich allein durch die Regierungen der Mitgliedstaaten nach primär parteipolitischen Erwägungen getroffen werden.⁸⁴ Auf europäischer Ebene wurde diese nationale Auswahl regelmäßig bestätigt. Durch den Vertrag von Lissabon wurde in Art. 255 AEUV nur ein Ausschuss „Bewerberprüfung“ vorgesehen. Dieser hat die Aufgabe, vor einer Ernennung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerber für die Ausübung des Richteramts bzw. das Amt des Generalanwalts bei dem Gerichtshof oder dem Gericht abzugeben. Die Möglichkeit der Einrichtung dieses Ausschusses verstärkt damit die Entscheidungskraft auf der eu-

82 Thiele (Fn. 77), § 2, Rn. 34.

83 Vgl. hierzu im Einzelnen Schermuly (Fn. 1), S. 304 ff. m.w.N.

84 Vgl. hierzu nur Schubarth, Der europäische Richter – ein unabhängiger Richter?, in: FS Trechsel 2002, S. 93 ff.; Siebert, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1997, vgl. nur S. 97 ff.; Baltes (Fn. 15), S. 32 ff. m. w. N., S. 138 ff., 191 ff.; Albrecht, Could an independent Judiciary be a Counterbalance to the Erosion of European Principles of Criminal Law?, in: ders., (Fn. 51), S. 917; Gundel, Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips, EuR 2008 (Beiheft 3), 23 ff.

ropäischen Ebene. Ob dessen Einsatz allerdings in der Lage sein wird, den parteipolitischen Einfluss auf der nationalen Ebene geringer zu halten oder insgesamt sachgerechtere Entscheidungen zu treffen, ist zumindest zweifelhaft. Denn der Ausschuss kann lediglich eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerber abgeben. Berücksichtigt werden müsste zudem die Frage der Wiederwahl. Hier ist es in der Vergangenheit zu unsachgemäßen Entscheidungen gekommen.⁸⁵ Insgesamt ist die Regelung somit zwar eine Verbesserung, aber noch keine allein hinreichende Regelung. Gerade im Bereich des Strafrechts ist es von essenzieller Bedeutung, politische Einflussmöglichkeiten auf die Auswahlauscheidung und die Person des Richters zu verhindern.⁸⁶ Es ist somit für das strafrechtliche Fachgericht eine spezielle Regelung vorzuschlagen, die höhere Anforderungen anlegt.

(d) Vorbild für eine eigene Regelung: EuGÖD

Als Vorbild für die Gerichtsorganisation und die Richterwahl könnte wiederum das Gericht für den öffentlichen Dienst herangezogen werden. Die sieben Richter des EuGÖD werden nach einem europaweiten Ausschreibungsverfahren von einem Wahl-Ausschuss⁸⁷ ausgesucht und vorgeschlagen. Sie werden anschließend vom Rat ernannt.⁸⁸ Der Ausschuss setzt sich gemäß Art. 3 Abs. 3 Anhang I der Satzung aus sieben Persönlichkeiten aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des EuGH und EuG sowie aus Juristen mit anerkannter Befähigung zusammen. Er entscheidet über die Eignung der Kandidaten und erstellt eine Bewerberliste.⁸⁹ Der Wahlausschuss unterscheidet sich von dem in Art. 255 AEUV für den EuGH vorgesehenen Ausschuss „Bewerberprüfung“ dahin gehend, dass er die Auswahl umfassender regelt und eine europäische Wahl anstatt einer bloßen Stellungnahme vorsieht.

Die Richter, die auf nationaler Ebene für das Ausschreibungsverfahren vorgeschlagen werden, sollten durch einen nationalen Wahlausschuss ausgesucht werden. Damit sollte der Einfluss der Regierungen der Mitgliedstaaten auf die Richterwahl verhindert werden. Der europäische Wahlausschuss würde dann die endgültige Entscheidung treffen. Zu koppeln wäre dieser Vorschlag mit dem oben bereits angesprochenen Rotationsverfahren, welches die nationale Zusammensetzung des Fachgerichts vorab bestimmt.

b) Einführung einer Kompetenzgerichtsbarkeit

Daneben ist nach einer Lösung zu suchen, die die gerichtliche Kontrolldichte für Kompetenzüberschreitungen bzw. allgemein für die Kontrolle der Kompetenzprinzipien er-

85 Vgl. nur exemplarisch *Thiele* (Fn. 77), § 2, Rn. 38.

86 Vgl. zu aktuellen Bestrebungen zur Verbesserung der Richterorganisation im deutschen Rechtskreis nur jüngst die Projektgruppe „Richterliche Selbstverwaltung“, Brandenburgische Erwägungen für eine Stärkung der Autonomie der Dritten Gewalt, in: *KritV* 2011, 119 ff.; zu europäischen Modellen vgl. *Jeschke*, Modelle einer selbstverwalteten Dritten Gewalt in Europa, *KritV* 2010, 233 ff.

87 Vgl. zur Arbeitsweise den Beschluss 2005/49/EG, Euratom des Rates v. 18.1.2005, ABl. EU Nr. L 21, S. 13 f.

88 *Thiele* (Fn. 77), § 2, Rn. 36; *Skouris* (Fn. 79), 998 f.; *Hakenberg* (Fn. 79), 391 ff.

89 *Karper* (Fn. 78), S. 41.

höht. Der Vorschlag, ein eigenes Kompetenzgericht zu installieren, geht im Besonderen auf die angeführten Schwächen des EuGH bei der strikten Einhaltung der unionsrechtlichen Kompetenzen ein. Für den Bereich des Strafrechts könnte ein Kompetenzgericht – zusätzlich zur Spezialisierungswirkung durch eine Fachgerichtsbarkeit – eine externe Überprüfung der Einhaltung der Kompetenzbegrenzungsprinzipien in besonderen Streitfällen ermöglichen. Insbesondere ist aber an grundlegende Streitfälle zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH über Kompetenzfragen wie etwa im Rahmen von Vertragsänderungen zu denken.⁹⁰ Betroffen wäre die bereits oben angesprochene *ultra vires*-Kontrolle. Das Kompetenzgericht könnte dann angerufen werden gegen Kompetenzüberschreitungen des EuGH oder bei Abweichungen zwischen EuGH und nationalen Verfassungsgerichten. Gerade jüngst hat der Gerichtshof in einer Entscheidung⁹¹ zur Reichweite der Überprüfungskompetenz nationalen Rechts an EU-Grundrechten seine Zuständigkeit wieder weit ausgelegt und dadurch seinen „judikativen Expansionsdrang“⁹² bestätigt.

(1) Ausgestaltung und Besetzung

Die Einführung eines Kompetenzgerichts hätte große Veränderungen für die europäische Gerichtsarchitektur und die nationale Verfassungsgerichtsstruktur zur Folge. Dies ist bei der Ausgestaltung zu berücksichtigen. Daher sollte der Einsatz auf wenige Ausnahmefragen beschränkt werden und als eine Art „letztes Korrektiv“ in einer nicht ständigen Form ausgestaltet werden. Die Ausgestaltung als ein *ad hoc* einzusetzender Gerichtshof würde zudem eine „administrative Aufblähung“ vermeiden.⁹³

Die Besetzung eines Kompetenzgerichts ist vielfältig denkbar. Möglich wäre zunächst eine Besetzung mit Richtern eines völkerrechtlichen Gerichts wie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Eine solche Lösung hätte auf den ersten Blick den Vorteil einer gänzlich unabhängigen Kontrolle, denn die Richter des EGMR würden sich keiner der beteiligten Rechtsordnungen verpflichtet fühlen. Sie könnten zudem besonderes Augenmerk auf eine schonende Auslegung der europäischen Verträge im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention legen. Damit könnte eine Verzahnung dreier Rechtssysteme erreicht werden. Problematisch und daher abzulehnen ist diese Konstruktion jedoch, weil die Richter des EGMR als Organ des Europarats fast zur Hälfte nicht aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union stammen und damit weder einen Bezugspunkt zur Rechtsordnung der europäischen Union, noch zu einer nationalen europäischen Rechtsordnung haben. Hinzu kommt, dass die direkte Einbeziehung der völkerrechtlichen Gerichtsbarkeit in die Rechtsordnung der Europäischen Union zu einer Vermischung der Rechtskreise führen würde und dies eine unnötige Verkomplizierung zur Folge hätte. Eine Überprüfungsmöglichkeit europäischen hoheitlichen Handelns durch den externen Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

90 Vgl. zu verschiedenen Konfliktkonstellationen *Schermuly* (Fn. 1), S. 312 ff.

91 EuGH, Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, Urt. v. 26.2.2013.

92 Cremer, Europa-Richter messen auch nationales Recht an EU-Grundrechten, in: FAZ vom 6.3.2013, S. 19.

93 Goll/Kenntner, Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht? – Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten, EuZW 2002, 101, 105.

eröffnet sich nach dem Beitritt der Europäischen Union zur EMRK ohnehin und brächte dann noch einen zusätzlichen Rechtsschutzzgewinn.

Teilweise wird für die Besetzung eines Kompetenzgerichts daher entweder ein überwiegend nationaler Vorschlag⁹⁴ oder ein ausschließlich europäischer Vorschlag⁹⁵ favorisiert. Um den Verbandscharakter der europäischen Gerichtsbarkeit zu stärken und den Aspekt der Kooperation zu betonen, sollte jedoch ein kompetenzrechtliches Schiedsgericht vielmehr paritätisch mit Richtern nationaler Verfassungsgerichte und Richtern des EuGH besetzt werden. Die paritätische Besetzung und der Zwang zu einer einheitlichen Entscheidung hätte den Vorteil, dass dies zu einer besseren Verzahnung der mitgliedstaatlichen mit der unionsrechtlichen Ebene führen würde.⁹⁶ Davon könnte man sich eine Stärkung des Charakters der europäischen Gerichtsbarkeit als Gerichtsverband in einem Mehrebenensystem erhoffen.

(2) Folgefragen

Bei diesem Modell sind indes vielfältige Folgefragen zu klären. Geregelt werden müsste insbesondere die konkrete Ausgestaltung einer eigenen Verfahrensordnung und die Auswahlregelung für die Richter. Es müsste geklärt werden, ob nur nationale Richter der obersten (Verfassungs-)Gerichte abgeordnet werden können und wie diese auszuwählen sind. Ebenso wäre zu regeln, nach welchem Verfahren die einzusetzenden EuGH- bzw. EuG-Richter auszuwählen wären. Notwendig erscheint die Auswahl ehemaliger oder aktueller nationaler Richter der Verfassungsgerichte oder – in Ländern, die keine Verfassungsgerichte aufweisen – der obersten Gerichte. Da es sich bei der Abgrenzung von mitgliedstaatlichen und nationalen Kompetenzen um grundlegende verfassungsrechtliche Fragen handelt, erscheint eine solche Auswahl am sachgerechtesten. Die Einbeziehung ehemaliger Richter wäre eine Möglichkeit, zeitliche Ressourcen zu bündeln und eine tiefe Auseinandersetzung mit der streitgegenständlichen Materie zu gewährleisten. Eingesetzt werden sollte innerhalb des Richtergremiums ein Richter aus dem Mitgliedstaat der Streitpartei.

Diese einführenden Erwägungen zeigen bereits, dass mit der Konstruktion einer Schiedsgerichtsbarkeit vielfältige Folgefragen verbunden sind.⁹⁷ Dennoch ist sie eine Lösung, die den Kontrollaspekt und den Verbandsgedanken der europäischen Gerichtsbarkeit vereinen könnte. Insbesondere erscheint ein kompetenzrechtliches Schiedsgericht oder etwa ein gemeinsamer Senat für Kompetenzfragen als eine Möglichkeit, für wenige Ausnahmefälle eine Streitschlichtung mit europaweiter Akzeptanz zu erreichen. Dies wäre ein weiteres Forum für einen „Dialog zwischen den Gerichten der Ebenen“

94 Broß, Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwArch 2001, 429 schlägt ein Schiedsgericht aus nationalen Richtern und einem EuGH-Richter vor.

95 Lindseth, Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism, Columbia Law Review 99 (1999), 628, 731 ff.

96 Goll/Kenntner (Fn. 93), 101, 106.

97 Zu koppeln wäre die Einführung einer Kompetenzgerichtsbarkeit mit der Normierung einer Vorlagepflicht in Kompetenzfragen. Vgl. hierzu Schermuly (Fn. 1), S. 323 ff.

in einem Verfassungsverbund im Wege des Verfahrens.⁹⁸ Diese Methode könnte ein großes Konfliktlösungspotenzial aufweisen und würde einen formellen Rahmen für bereits bestehende informelle Kontakte schaffen.⁹⁹ Dies würde der europäischen Rechtsordnung und der Akzeptanz der Entscheidungen des EuGH insgesamt zugutekommen. Sie ermöglicht eine zusätzliche unabhängige Kontrolle und setzt den Begrenzungsgedanken institutionell um, indem die gegenseitigen Loyalitätspflichten unabhängig abgewogen werden.

c) Begleitende verfahrensrechtliche Änderungen

Es gilt darüber hinaus, die aufgezeigten Rechtsschutzmängel auch verfahrensrechtlich aufzugreifen. Dabei ist die besondere Sensibilität für das Strafrecht einzufordern.¹⁰⁰ Anzusetzen ist zunächst bei den oft unzureichenden Begründungen strafrechtlicher Rechtsprechung des Gerichtshofs, die zu fehlender Transparenz und Bestimmtheit seiner Urteile geführt haben. Darüber hinaus zeigt sich Reformbedarf im Bereich der Geschäftsverteilung und der Veröffentlichung von Sondervoten.¹⁰¹

(1) Veröffentlichung von Sondervoten

Die Veröffentlichung von Sondervoten ist bisher in der Verfahrensordnung des Gerichtshofs und der Satzung nicht vorgesehen, vielmehr hält Art. 35 Satzung-GH am Beratungsgeheimnis fest. Dies wird häufig als Ausdruck der Autorität des Gerichtshofs verstanden, der nach außen einheitlich auftritt und dadurch der Gefahr entzogen wird, in politische Diskussionen hineingezogen zu werden.¹⁰² Diesen Bedenken kann indes mit einem Vergleich mit dem Bundesverfassungsgericht begegnet werden. Gerade durch die Veröffentlichung von Sondervoten macht das Gericht Argumentationen nachvollziehbar und verstärkt durch die Abwägung der verschiedenen Meinungen die Rationalität und „Sachgerechtigkeit der Entscheidung“¹⁰³. In der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts hat diese Praxis gerade nicht dem Ansehen des Gerichts geschadet, sondern im Gegenteil „friedensstiftend gewirkt“¹⁰⁴ und damit dessen Autorität gefestigt.

98 Mayer (Fn. 49), S. 587; Pernice, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 29; Calliess (Fn. 24), 562.

99 Mayer (Fn. 49), S. 587.

100 Braum (Fn. 62), 418 ff.; Satzger, Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik – Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe „European Criminal Policy Initiative“, ZIS 2009, 691 ff.; vgl. auch ders. (Fn. 61), 137-140.

101 Vgl. hierzu im Ganzen Schermuly (Fn. 1), S. 326 ff. m.w.N.

102 Frischhut, Die Rolle der Judikative in der Ausformung der Verbandsgewalt supranationaler Organisationen, 2003, S. 379; vgl. ferner Azizi, „EU-Gerichte: Sollen abweichende Richtermeinungen veröffentlicht werden?“, 2011; abrufbar unter: <http://science.orf.at/stories/1686710/>.

103 Limbach, Das Bundesverfassungsgericht, 2010, S. 38 f.

104 Limbach (Fn. 103), S. 38 f.

(2) Festlegung von Geschäftsverteilungsplänen

Im Hinblick auf die Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit ist die Festlegung von Geschäftsverteilungsplänen für die europäische Gerichtsbarkeit insgesamt durchzusetzen. Bisher verfügt nur das Gericht (EuG) über einen veröffentlichten Geschäftsverteilungsplan.¹⁰⁵ Für den EuGH entscheidet der Präsident über die Zuweisung einer Klage zu einer Kammer etwa nach Sachzusammenhang, Arbeitsbelastung, Kenntnis der Verfahrenssprache und des nationalen Rechts oder politischen Auswirkungen.¹⁰⁶

(3) Begründungsfehler als Rechtsmittelgrund

Schließlich sollten Begründungsfehler generell als Rechtsmittelgrund ausgestaltet werden. Im Hinblick auf die Transparenz, Nachvollziehbarkeit und auch Überprüfbarkeit der Entscheidungen ist es notwendig, dass nicht mehr nur die Generalanwälte ihre Plädoyers regelmäßig ausführlich begründen, der Gerichtshof meist nur recht knapp bestätigt oder ablehnt. Anknüpfungspunkt für eine Ausgestaltung als Rechtsmittelgrund ist die gemäß Art. 36 Satzungs-GH bestehende Pflicht, Urteile mit Gründen zu versehen. Zudem gilt bereits das Fehlen einer Urteilsbegründung durch das Gericht als Rechtsmittelgrund für eine Revision zum EuGH.¹⁰⁷ Die Begründungspflicht muss als Ausdruck des allgemeinen Transparenzgebots, das mit Art. 11 EUV-Lissabon primärrechtlich fixiert wurde, verstanden werden.¹⁰⁸ Es geht hierbei gerade nicht um das gänzliche Fehlen von Gründen, sondern um den praktischen Fall einer unzureichenden Subsumtion oder die fehlende bzw. widersprüchliche Begründung des angefochtenen Urteils.¹⁰⁹ Diese Grundsätze sind für die gesamte Judikative anzulegen, insbesondere für eine einzusetzende strafrechtliche Fachgerichtsbarkeit. Um die Durchsetzbarkeit auch für den EuGH selbst zu erreichen, könnte hier zumindest in kompetenzrechtlichen Fragen die Anrufung des Kompetenzgerichts angedacht werden.

III. Schlussfolgerungen und Ausblick

Das Verständnis der europäischen Integration sollte sich weg von einem rein funktionalen hin zu einem normativ bestimmten Verständnis orientieren und für den Bereich des Strafrechts strafrechtsspezifisch anhand gemeineuropäischer Prinzipien ausgerichtet werden. Darüber hinaus ist die Kontrollfunktion des Gerichtshofs der Europäischen Union durch die Einführung von prozeduralen und institutionellen Kontrollelementen zu stärken. Nur unter diesen engen Voraussetzungen kann der Gerichtshof der Europäischen Union eine Bremse funktionaler Integration sein. Dadurch wäre die europäische Ebene eine Hoffnung für die europaweite Rückführung des Strafrechts an europäische Rechtsprinzipien der Aufklärung. Justizkontrolle könnte unter diesen engen

105 Art. 12 VerfO-EuG i. V. m. ABl. EG Nr. C 259, S. 14. Darin ist für den Zeitraum von einem Jahr festgelegt, wie sich die Kammern zusammensetzen und Kriterien dafür aufgestellt, wie die einzelnen Rechtssachen an die verschiedenen Kammern zu verweisen sind.

106 Karpert (Fn. 78), S. 74; Wegener (Fn. 20), Art. 251 AEUV, Rn. 4, Fn. 7.

107 Thiele (Fn. 79), § 12, Rn. 18.

108 Vgl. zum Prinzip der Transparenz Schermuly (Fn. 1), S. 333 f. m.w.N.

109 Wegener (Fn. 20), Art. 256 AEUV, Rn. 10.

Voraussetzungen der Schlüssel zu einem rechtsstaatlichen, freiheitlichen Strafrecht in Europa sein, welches Funktionalisierungs- und Instrumentalisierungstendenzen wirksam begrenzen kann.